

**Estate of Bernard Sherman and Trustees of the Estate and Estate of Honey Sherman and Trustees of the Estate** *Appellants*

v.

**Kevin Donovan and Toronto Star Newspapers Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Canadian Civil Liberties Association, Income Security Advocacy Centre, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Citytv, a division of Rogers Media Inc., British Columbia Civil Liberties Association, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, HIV Legal Network and Mental Health Legal Committee** *Interveners*

INDEXED AS: SHERMAN ESTATE v. DONOVAN

2021 SCC 25

File No.: 38695.

2020: October 6; 2021: June 11.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Courts — Open court principle — Sealing orders — Discretionary limits on court openness — Important public*

**Succession de Bernard Sherman et fiduciaires de la succession et Succession de Honey Sherman et fiduciaires de la succession** *Appelants*

c.

**Kevin Donovan et Toronto Star Newspapers Ltd.** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des libertés civiles, Centre d'action pour la sécurité du revenu, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Citytv, a division of Rogers Media Inc., British Columbia Civil Liberties Association, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Réseau juridique VIH et Mental Health Legal Committee** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SHERMAN (SUCCESSION) c. DONOVAN

2021 CSC 25

N° du greffe : 38695.

2020 : 6 octobre; 2021 : 11 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

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

*Tribunaux — Principe de la publicité des débats judiciaires — Ordonnances de mise sous scellés — Limites*

*interest — Privacy — Dignity — Physical safety — Unexplained deaths of prominent couple generating intense public scrutiny and prompting trustees of estates to apply for sealing of probate files — Whether privacy and physical safety concerns advanced by estate trustees amount to important public interests at such serious risk to justify issuance of sealing orders.*

A prominent couple was found dead in their home. Their deaths had no apparent explanation and generated intense public interest. To this day, the identity and motive of those responsible remain unknown, and the deaths are being investigated as homicides. The estate trustees sought to stem the intense press scrutiny prompted by the events by seeking sealing orders of the probate files. Initially granted, the sealing orders were challenged by a journalist who had reported on the couple's deaths, and by the newspaper for which he wrote. The application judge sealed the probate files, concluding that the harmful effects of the sealing orders were substantially outweighed by the salutary effects on privacy and physical safety interests. The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and lifted the sealing orders. It concluded that the privacy interest advanced lacked a public interest quality, and that there was no evidence of a real risk to anyone's physical safety.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The estate trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest under the test for discretionary limits on court openness. As such, the sealing orders should not have been issued. Open courts can be a source of inconvenience and embarrassment, but this discomfort is not, as a general matter, enough to overturn the strong presumption of openness. That said, personal information disseminated in open court can be more than a source of discomfort and may result in an affront to a person's dignity. Insofar as privacy serves to protect individuals from this affront, it is an important public interest and a court can make an exception to the open court principle if it is at

*discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires — Intérêt public important — Vie privée — Dignité — Sécurité physique — Décès inexpliqué d'un couple important suscitant une vive attention chez le public et amenant les fiduciaires des successions à demander la mise sous scellés des dossiers d'homologation — Les préoccupations en matière de vie privée et de sécurité physique soulevées par les fiduciaires des successions constituent-elles des intérêts publics importants qui sont à ce point sérieusement menacés qu'ils justifient le prononcé d'ordonnances de mise sous scellés?*

Un couple important a été retrouvé mort dans sa résidence. Les décès apparemment inexplicables ont suscité un vif intérêt chez le public. À ce jour, l'identité et le mobile des personnes responsables demeurent inconnus, et les décès font l'objet d'une enquête pour homicides. Les fiduciaires des successions ont cherché à réfréner l'attention médiatique intense provoquée par les événements en sollicitant des ordonnances visant à mettre sous scellés les dossiers d'homologation. Les ordonnances de mise sous scellés ont au départ été accordées, puis ont été contestées par un journaliste qui avait rédigé des articles sur le décès du couple, ainsi que par le journal pour lequel il écrivait. Le juge de première instance a fait placer sous scellés les dossiers d'homologation, concluant que les effets bénéfiques des ordonnances de mise sous scellés sur les intérêts en matière de vie privée et de sécurité physique l'emportaient sensiblement sur leurs effets préjudiciables. La Cour d'appel à l'unanimité a accueilli l'appel et levé les ordonnances de mise sous scellés. Elle a conclu que l'intérêt en matière de vie privée qui avait été soulevé ne comportait pas la qualité d'intérêt public, et qu'il n'y avait aucun élément de preuve d'un risque réel pour la sécurité physique de quiconque.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les fiduciaires des successions n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important en vertu du test applicable en matière de limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, les ordonnances de mise sous scellés n'auraient pas dû être rendues. La publicité des débats judiciaires peut être source d'inconvénients et d'embarras, mais ce désagrément n'est pas, en règle générale, suffisant pour permettre de réfuter la forte présomption de publicité des débats. Cela dit, la diffusion de renseignements personnels dans le cadre de débats judiciaires publics peut être plus qu'une source de désagrément et peut aussi entraîner une atteinte

serious risk. In this case, the risks to privacy and physical safety cannot be said to be sufficiently serious.

Court proceedings are presumptively open to the public. Court openness is protected by the constitutional guarantee of freedom of expression and is essential to the proper functioning of Canadian democracy. Reporting on court proceedings by a free press is often said to be inseparable from the principle of open justice. The open court principle is engaged by all judicial proceedings, whatever their nature. Matters in a probate file are not quintessentially private or fundamentally administrative. Obtaining a certificate of appointment of estate trustee in Ontario is a court proceeding engaging the fundamental rationale for openness — discouraging mischief and ensuring confidence in the administration of justice through transparency — such that the strong presumption of openness applies.

The test for discretionary limits on court openness is directed at maintaining the presumption while offering sufficient flexibility for courts to protect other public interests where they arise. In order to succeed, the person asking a court to exercise discretion in a way that limits the open court presumption must establish that (1) court openness poses a serious risk to an important public interest; (2) the order sought is necessary to prevent this serious risk to the identified interest because reasonably alternative measures will not prevent this risk; and (3) as a matter of proportionality, the benefits of the order outweigh its negative effects.

The recognized scope of what interests might justify a discretionary exception to open courts has broadened over time and now extends generally to important public interests. The breadth of this category transcends the interests of the parties to the dispute and provides significant flexibility to address harm to fundamental values in our society that unqualified openness could cause. While there is no closed list of important public interests, courts must be cautious and alive to the fundamental importance of the open court rule when they are identifying them.

à la dignité d'une personne. Dans la mesure où elle sert à protéger les personnes contre une telle atteinte, la vie privée constitue un intérêt public important et un tribunal peut faire une exception au principe de la publicité des débats judiciaires si elle est sérieusement menacée. Dans la présente affaire, on ne peut pas dire que le risque pour la vie privée et pour la sécurité physique est suffisamment sérieux.

Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public. La publicité des débats judiciaires, qui est protégée par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, est essentielle au bon fonctionnement de la démocratie canadienne. On dit souvent de la liberté de la presse de rendre compte des procédures judiciaires qu'elle est indissociable du principe de publicité. Le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit leur nature. Les questions soulevées dans un dossier d'homologation ne sont pas typiquement de nature privée ou fondamentalement de nature administrative. L'obtention d'un certificat de nomination à titre de fiduciaire d'une succession en Ontario est une procédure judiciaire qui met en cause la raison d'être fondamentale de la publicité des débats — décourager les actes malveillants et garantir la confiance dans l'administration de la justice par la transparence —, de sorte que la forte présomption de publicité s'applique.

Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires vise à maintenir la présomption tout en offrant suffisamment de souplesse aux tribunaux pour leur permettre de protéger d'autres intérêts publics lorsqu'ils entrent en jeu. Pour obtenir gain de cause, la personne qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à limiter la présomption de publicité doit établir ce qui suit : (1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important; (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettront pas d'écarter ce risque; et (3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

La portée reconnue des intérêts qui pourraient justifier une exception discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires s'est élargie au fil du temps et s'étend désormais en général aux intérêts publics importants. L'étendue de cette catégorie transcende les intérêts des parties au litige et offre une grande souplesse pour remédier à l'atteinte aux valeurs fondamentales de notre société qu'une publicité absolue des procédures judiciaires pourrait causer. Bien qu'il n'y ait aucune liste exhaustive des intérêts publics importants, les tribunaux doivent faire preuve de prudence

Determining what is an important public interest can be done in the abstract at the level of general principles that extend beyond the parties to the particular dispute. By contrast, whether that interest is at serious risk is a fact-based finding that is necessarily made in context. The identification of an important interest and the seriousness of the risk to that interest are thus theoretically separate and qualitatively distinct operations.

Privacy has been championed as a fundamental consideration in a free society, and its public importance has been recognized in various settings. Though an individual's privacy will be pre-eminently important to that individual, the protection of privacy is also in the interest of society as a whole. Privacy therefore cannot be rejected as a mere personal concern: some personal concerns relating to privacy overlap with public interests.

However, cast too broadly, the recognition of a public interest in privacy could threaten the strong presumption of openness. The privacy of individuals will be at risk in many court proceedings. Furthermore, privacy is a complex and contextual concept, making it difficult for courts to measure. Recognizing an important interest in privacy generally would accordingly be unworkable.

Instead, the public character of the privacy interest involves protecting individuals from the threat to their dignity. Dignity in this sense involves the right to present core aspects of oneself to others in a considered and controlled manner; it is an expression of an individual's unique personality or personhood. This interest is consistent with the Court's emphasis on the importance of privacy, but is tailored to preserve the strong presumption of openness.

Privacy as predicated on dignity will be at serious risk in limited circumstances. Neither the sensibilities of individuals nor the fact that openness is disadvantageous, embarrassing or distressing to certain individuals will generally on their own warrant interference with court openness. Dignity will be at serious risk only where the information that would be disseminated as a result of court openness is sufficiently sensitive or private such that openness can be shown to meaningfully strike at the individual's biographical core in a manner that threatens their

et avoir pleinement conscience de l'importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires lorsqu'ils les constatent. Déterminer ce qu'est un intérêt public important peut se faire dans l'abstrait sur le plan des principes généraux qui vont au-delà des parties à un litige donné. En revanche, la conclusion sur la question de savoir si un risque sérieux menace cet intérêt est une conclusion factuelle qui est nécessairement prise eu égard au contexte. Le fait de constater un intérêt important et celui de constater le caractère sérieux du risque auquel cet intérêt est exposé sont donc en théorie des opérations séparées et qualitativement distinctes.

La vie privée a été défendue en tant que considération fondamentale d'une société libre et son importance pour le public a été reconnue dans divers contextes. Bien que la vie privée d'une personne soit d'une importance primordiale pour celle-ci, la protection de la vie privée est également dans l'intérêt de la société dans son ensemble. La vie privée ne saurait donc être rejetée en tant que simple préoccupation personnelle : il y a chevauchement entre certaines préoccupations personnelles relatives à la vie privée et les intérêts du public.

Cependant, si la vie privée est définie trop largement, la reconnaissance d'un intérêt public en matière de vie privée pourrait menacer la forte présomption de publicité. La vie privée des personnes sera menacée dans de nombreuses procédures judiciaires. De plus, la vie privée est une notion complexe et contextuelle, de sorte qu'il est difficile pour les tribunaux de la mesurer. La reconnaissance d'un intérêt important à l'égard de la notion générale de vie privée serait donc irréalisable.

Le caractère public de l'intérêt en matière de vie privée consiste plutôt à protéger les gens contre la menace à leur dignité. La dignité en ce sens comporte le droit de présenter des aspects fondamentaux de soi-même aux autres de manière réfléchie et contrôlée; il s'agit de l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne. Cet intérêt est conforme à l'accent mis par la Cour sur l'importance de la vie privée, tout en permettant de maintenir la forte présomption de publicité des débats.

Se fondant sur la dignité, la vie privée sera sérieusement menacée dans des circonstances limitées. Ni la susceptibilité des gens ni le fait que la publicité soit désavantageuse, embarrassante ou pénible pour certaines personnes ne justifieront généralement, à eux seuls, une atteinte à la publicité des débats judiciaires. La dignité ne sera sérieusement menacée que lorsque les renseignements qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats sont suffisamment sensibles ou privés pour que l'on puisse démontrer que la publicité porte atteinte de

integrity. The question is whether the information reveals something intimate and personal about the individual, their lifestyle or their experiences.

In cases where the information is sufficiently sensitive to strike at an individual's biographical core, a court must then ask whether a serious risk to the interest is made out in the full factual context of the case. The seriousness of the risk may be affected by the extent to which information is disseminated and already in the public domain, and the probability of the dissemination actually occurring. The burden is on the applicant to show that privacy, understood in reference to dignity, is at serious risk; this erects a fact-specific threshold consistent with the presumption of openness.

There is also an important public interest in protecting individuals from physical harm, but a discretionary order limiting court openness can only be made where there is a serious risk to this important public interest. Direct evidence is not necessarily required to establish a serious risk to an important public interest, as objectively discernable harm may be identified on the basis of logical inferences. But this process of inferential reasoning is not a licence to engage in impermissible speculation. It is not just the probability of the feared harm, but also the gravity of the harm itself that is relevant to the assessment of serious risk. Where the feared harm is particularly serious, the probability that this harm materialize need not be shown to be likely, but must still be more than negligible, fanciful or speculative. Mere assertions of grave physical harm are therefore insufficient.

In addition to a serious risk to an important interest, it must be shown that the particular order sought is necessary to address the risk and that the benefits of the order outweigh its negative effects as a matter of proportionality. This contextual balancing, informed by the importance of the open court principle, presents a final barrier to those seeking a discretionary limit on court openness for the purposes of privacy protection.

façon significative au cœur même des renseignements biographiques de la personne d'une manière qui menace son intégrité. Il faut se demander si les renseignements révèlent quelque chose d'intime et de personnel sur la personne, son mode de vie ou ses expériences.

Dans les cas où les renseignements sont suffisamment sensibles pour toucher au cœur même des renseignements biographiques d'une personne, le tribunal doit alors se demander si le contexte factuel global de l'affaire permet d'établir l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en cause. La mesure dans laquelle les renseignements sont diffusés et font déjà partie du domaine public, ainsi que la probabilité que la diffusion se produise réellement, peuvent avoir une incidence sur le caractère sérieux du risque. Il incombe au demandeur de démontrer que la vie privée, considérée au regard de la dignité, est sérieusement menacée; cela permet d'établir un seuil, tributaire des faits, compatible avec la présomption de publicité des débats.

Il existe également un intérêt public important dans la protection des personnes contre un préjudice physique, mais une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires ne peut être rendue qu'en présence d'un risque sérieux pour cet intérêt public important. Une preuve directe n'est pas nécessairement exigée pour démontrer qu'un intérêt public important est sérieusement menacé, car il est possible d'établir l'existence d'un préjudice objectivement discernable sur la base d'inférences logiques. Or, ce raisonnement inférentiel ne permet pas de se livrer à des conjectures inadmissibles. Ce n'est pas seulement la probabilité du préjudice appréhendé qui est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer si un risque est sérieux, mais également la gravité du préjudice lui-même. Lorsque le préjudice appréhendé est particulièrement sérieux, il n'est pas nécessaire de démontrer que la probabilité que ce préjudice se matérialise est vraisemblable, mais elle doit tout de même être plus que négligeable, fantaisiste ou conjecturale. Le simple fait d'invoquer un préjudice physique grave n'est donc pas suffisant.

Il faut démontrer, outre un risque sérieux pour un intérêt important, que l'ordonnance particulière demandée est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs. Cette pondération contextuelle, éclairée par l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, constitue un dernier obstacle sur la route de ceux qui cherchent à faire limiter de façon discrétionnaire la publicité des débats judiciaires aux fins de la protection de la vie privée.

In the present case, the risk to the important public interest in privacy, defined in reference to dignity, is not serious. The information contained in the probate files does not reveal anything particularly private or highly sensitive. It has not been shown that it would strike at the biographical core of the affected individuals in a way that would undermine their control over the expression of their identities. Furthermore, the record does not show a serious risk of physical harm. The estate trustees asked the application judge to infer not only the fact that harm would befall the affected individuals, but also that a person or persons exist who wish to harm them. To infer all this on the basis of the deaths and the association of the affected individuals with the deceased is not a reasonable inference but is speculation.

Even if the estate trustees had succeeded in showing a serious risk to privacy, a publication ban — less constraining on openness than the sealing orders — would have likely been sufficient as a reasonable alternative to prevent this risk. As a final barrier, the estate trustees would have had to show that the benefits of any order necessary to protect from a serious risk to the important public interest outweighed the harmful effects of the order.

### Cases Cited

**Applied:** *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Khuja v. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 11; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Otis v. Otis* (2004), 7 E.T.R.

En l'espèce, le risque pour l'intérêt public important en matière de vie privée, défini au regard de la dignité, n'est pas sérieux. Les renseignements contenus dans les dossiers d'homologation ne révèlent rien de particulièrement privé ni de très sensible. Il n'a pas été démontré qu'ils toucheraient au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées d'une manière qui minerait leur contrôle sur l'expression de leur identité. De plus, le dossier ne démontre pas l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. Les fiduciaires des successions ont demandé au juge de première instance d'inférer non seulement le fait qu'un préjudice serait causé aux personnes touchées, mais également qu'il existe une ou des personnes qui souhaitent leur faire du mal. Déduire tout cela en se fondant sur les décès et sur les liens unissant les personnes touchées aux défunts ne constitue pas une inférence raisonnable, mais une conjecture.

Même si les fiduciaires des successions avaient réussi à démontrer l'existence d'un risque sérieux pour la vie privée, une interdiction de publication — moins contraignante à l'égard de la publicité des débats que les ordonnances de mise sous scellés — aurait probablement été suffisante en tant qu'autre option raisonnable pour écarter ce risque. Comme dernier obstacle, les fiduciaires des successions auraient eu à démontrer que les avantages de toute ordonnance nécessaire à la protection contre un risque sérieux pour l'intérêt public important l'emportaient sur ses effets préjudiciables.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Khuja c. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *R. c. Oakes*,

(3d) 221; *H. (M.E.) v. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321; *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Toronto Star Newspaper Ltd. v. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *S. v. Lamontagne*, 2020 QCCA 663; *Himel v. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357; *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629; *R. v. Pickton*, 2010 BCSC 1198; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *3834310 Canada inc. v. Chamberland*, 2004 CanLII 4122; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, aff'd [1997] 3 S.C.R. 844; *A. v. B.*, 1990 CanLII 3132; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Work Safe Twerk Safe v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100; *Fedeli v. Brown*, 2020 ONSC 994; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121; *X. v. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410; *R. v. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455.

### Statutes and Regulations Cited

Bill C-11, *An Act to enact the Consumer Privacy Protection Act and the Personal Information and Data Protection Tribunal Act and to make consequential and related amendments to other Acts*, 2nd Sess., 43rd Parl., 2020.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 8.

Charter of Human Rights and Freedoms, CQLR, c. C-12, s. 5.

Civil Code of Québec, arts. 35 to 41.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 12.

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21.

[1986] 1 R.C.S. 103; *Otis c. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221; *H. (M.E.) c. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321; *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663; *Himel c. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357; *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629; *R. c. Pickton*, 2010 BCSC 1198; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *3834310 Canada inc. c. Chamberland*, 2004 CanLII 4122; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *Coltsfoot Publishing Ltd. c. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844; *A. c. B.*, 1990 CanLII 3132; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Work Safe Twerk Safe c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100; *Fedeli c. Brown*, 2020 ONSC 994; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121; *X. c. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410; *R. c. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455.

### Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 8.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 5.

Code civil du Québec, art. 35 à 41.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 12.

Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, c. F.31.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5.

Projet de loi C-11, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, 2<sup>e</sup> sess., 43<sup>e</sup> lég., 2020.

**Authors Cited**

- Ardia, David S. “Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity” (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385.
- Austin, Lisa M. “Re-reading Westin” (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53.
- Bailey, Jane, and Jacquelyn Burkell. “Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication: Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information” (2016), 48 *Ottawa L. Rev.* 143.
- Cockfield, Arthur J. “Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41.
- Eltis, Karen. *Courts, Litigants, and the Digital Age*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Eltis, Karen. “The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context” (2011), 56 *McGill L.J.* 289.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.
- Gewirtz, Paul. “Privacy and Speech”, [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139.
- Guillemard, Sylvette, et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Hughes, Kirsty. “A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law” (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806.
- Matheson, David. “Dignity and Selective Self-Presentation”, in Ian Kerr, Valerie Steeves and Carole Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*. New York: Oxford University Press, 2009, 319.
- McIsaac, Barbara, Kris Klein, and Shaun Brown. *The Law of Privacy in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 2000 (loose-leaf updated 2020, release 11).
- McLachlin, Beverley. “Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Paton-Simpson, Elizabeth. “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01*. Montréal: SOQUIJ, 2015.

**Doctrine et autres documents cités**

- Ardia, David S. « Privacy and Court Records : Online Access and the Loss of Practical Obscurity » (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385.
- Austin, Lisa M. « Re-reading Westin » (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53.
- Bailey, Jane, and Jacquelyn Burkell. « Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication : Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information » (2016), 48 *R.D. Ottawa* 143.
- Cockfield, Arthur J. « Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41.
- Eltis, Karen. *Courts, Litigants, and the Digital Age*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Eltis, Karen. « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.
- Gewirtz, Paul. « Privacy and Speech », [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139.
- Guillemard, Sylvette, et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Hughes, Kirsty. « A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806.
- Matheson, David. « Dignity and Selective Self-Presentation », in Ian Kerr, Valerie Steeves and Carole Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail : Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*, New York, Oxford University Press, 2009, 319.
- McIsaac, Barbara, Kris Klein, and Shaun Brown. *The Law of Privacy in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 2000 (loose-leaf updated 2020, release 11).
- McLachlin, Beverley. « Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Paton-Simpson, Elizabeth. « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ, 2015.

Rochette, Sébastien, et Jean-François Côté. “Article 12”, dans Luc Chamberland, dir. *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*. Toronto: Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).

Solove, Daniel J. “Conceptualizing Privacy” (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rouleau and Hourigan JJ.A.), 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2373 (QL), 2019 CarswellOnt 6867 (WL Can.), setting aside a decision of Dunphy J., 2018 ONSC 4706, 417 C.R.R. (2d) 321, 41 E.T.R. (4th) 126, 28 C.P.C. (8th) 102, [2018] O.J. No. 4121 (QL), 2018 CarswellOnt 13017 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Chantelle Cseh and Timothy Youdan*, for the appellants.

*Iris Fischer and Skye A. Sepp*, for the respondents.

*Peter Scrutton*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Jaqueline Hughes*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Ryder Gilliland*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Ewa Krajewska*, for the intervener the Income Security Advocacy Centre.

*Robert S. Anderson, Q.C.*, for the interveners Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.

*Adam Goldenberg*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Khalid Janmohamed*, for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the HIV Legal Network and the Mental Health Legal Committee.

Rochette, Sébastien, et Jean-François Côté. « Article 12 », dans Luc Chamberland, dir. *Le grand collectif : Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, Toronto, Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).

Solove, Daniel J. « Conceptualizing Privacy » (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Rouleau et Hourigan), 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2373 (QL), 2019 CarswellOnt 6867 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dunphy, 2018 ONSC 4706, 417 C.R.R. (2d) 321, 41 E.T.R. (4th) 126, 28 C.P.C. (8th) 102, [2018] O.J. No. 4121 (QL), 2018 CarswellOnt 13017 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Chantelle Cseh et Timothy Youdan*, pour les appelants.

*Iris Fischer et Skye A. Sepp*, pour les intimés.

*Peter Scrutton*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Jaqueline Hughes*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ryder Gilliland*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Ewa Krajewska*, pour l’intervenant le Centre d’action pour la sécurité du revenu.

*Robert S. Anderson, c.r.*, pour les intervenants Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.

*Adam Goldenberg*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Khalid Janmohamed*, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique VIH et Mental Health Legal Committee.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

### I. Overview

[1] This Court has been resolute in recognizing that the open court principle is protected by the constitutionally-entrenched right of freedom of expression and, as such, it represents a central feature of a liberal democracy. As a general rule, the public can attend hearings and consult court files and the press — the eyes and ears of the public — is left free to inquire and comment on the workings of the courts, all of which helps make the justice system fair and accountable.

[2] Accordingly, there is a strong presumption in favour of open courts. It is understood that this allows for public scrutiny which can be the source of inconvenience and even embarrassment to those who feel that their engagement in the justice system brings intrusion into their private lives. But this discomfort is not, as a general matter, enough to overturn the strong presumption that the public can attend hearings and that court files can be consulted and reported upon by the free press.

[3] Notwithstanding this presumption, exceptional circumstances do arise where competing interests justify a restriction on the open court principle. Where a discretionary court order limiting constitutionally-protected openness is sought — for example, a sealing order, a publication ban, an order excluding the public from a hearing, or a redaction order — the applicant must demonstrate, as a threshold requirement, that openness presents a serious risk to a competing interest of public importance. That this requirement is considered a high bar serves to maintain the strong presumption of open courts. Moreover, the protection of open courts does not stop there. The applicant must still show that the order is necessary to prevent the risk and that, as a matter of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

### I. Survol

[1] La Cour a toujours fermement reconnu que le principe de la publicité des débats judiciaires est protégé par le droit constitutionnel à la liberté d'expression, et qu'il représente à ce titre un élément fondamental d'une démocratie libérale. En règle générale, le public peut assister aux audiences et consulter les dossiers judiciaires, et les médias — les yeux et les oreilles du public — sont libres de poser des questions et de formuler des commentaires sur les activités des tribunaux, ce qui contribue à rendre le système judiciaire équitable et responsable.

[2] Par conséquent, il existe une forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires. Il est entendu que cela permet un examen public minutieux qui peut être source d'inconvénients, voire d'embarras, pour ceux qui estiment que leur implication dans le système judiciaire entraîne une atteinte à leur vie privée. Cependant, ce désagrément n'est pas, en règle générale, suffisant pour permettre de réfuter la forte présomption voulant que le public puisse assister aux audiences, et que les dossiers judiciaires puissent être consultés et leur contenu rapporté par une presse libre.

[3] Malgré cette présomption, il se présente des circonstances exceptionnelles où des intérêts opposés justifient de restreindre le principe de la publicité des débats judiciaires. Lorsqu'un demandeur sollicite une ordonnance judiciaire discrétionnaire limitant le principe constitutionnalisé de la publicité des procédures judiciaires — par exemple, une ordonnance de mise sous scellés, une interdiction de publication, une ordonnance excluant le public d'une audience ou une ordonnance de caviardage —, il doit démontrer, comme condition préliminaire, que la publicité des débats en cause présente un risque sérieux pour un intérêt opposé qui revêt une importance pour le public. Le fait que cette condition soit considérée comme un seuil élevé vise à assurer

proportionality, the benefits of that order restricting openness outweigh its negative effects.

[4] This appeal turns on whether concerns advanced by persons seeking an exception to the ordinarily open court file in probate proceedings — the concerns for privacy of the affected individuals and their physical safety — amount to important public interests that are at such serious risk that the files should be sealed. The parties to this appeal agree that physical safety is an important public interest that could justify a sealing order but disagree as to whether that interest would be at serious risk, in the circumstances of this case, should the files be unsealed. They further disagree whether privacy is in itself an important interest that could justify a sealing order. The appellants say that privacy is a public interest of sufficient import that can justify limits on openness, especially in light of the threats individuals face as technology facilitates widespread dissemination of personally sensitive information. They argue that the Court of Appeal was mistaken to say that personal concerns for privacy, without more, lack the public interest component that is properly the subject-matter of a sealing order.

[5] This Court has, in different settings, consistently championed privacy as a fundamental consideration in a free society. Pointing to cases decided in other contexts, the appellants contend that privacy should be recognized here as a public interest that, on the facts of this case, substantiates their plea for orders sealing the probate files. The respondents resist,

le maintien de la forte présomption de publicité des débats judiciaires. En outre, la protection accordée à la publicité des débats ne s'arrête pas là. Le demandeur doit encore démontrer que l'ordonnance est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de cette ordonnance restreignant la publicité l'emportent sur ses effets négatifs.

[4] Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si les préoccupations soulevées par les personnes qui demandent qu'une exception soit faite à la publicité habituelle des dossiers judiciaires dans le cadre de procédures d'homologation successorale — à savoir les préoccupations concernant la vie privée et la sécurité physique des personnes touchées — constituent des intérêts publics importants qui sont à ce point sérieusement menacés que les dossiers devraient être mis sous scellés. Les parties au présent pourvoi conviennent que la sécurité physique constitue un intérêt public important qui pourrait justifier une ordonnance de mise sous scellés, mais elles ne s'entendent pas sur la question de savoir si cet intérêt serait sérieusement menacé, dans les circonstances de l'espèce, advenant la levée des scellés. Elles sont également en désaccord sur la question de savoir si la vie privée constitue en elle-même un intérêt important qui pourrait justifier une ordonnance de mise sous scellés. Les appelants affirment que la vie privée est un intérêt public suffisamment important pouvant justifier l'imposition de limites à la publicité des débats judiciaires, plus particulièrement à la lumière des menaces auxquelles les gens sont exposés dans un contexte où la technologie facilite la diffusion à grande échelle de renseignements personnels sensibles. Ils font valoir que la Cour d'appel a eu tort d'affirmer que les préoccupations personnelles en matière de vie privée, à elles seules, ne comportent pas l'élément d'intérêt public qui relève à juste titre d'une ordonnance de mise sous scellés.

[5] Notre Cour a, dans différents contextes, défendu de manière constante la vie privée en tant que considération fondamentale d'une société libre. Invoquant des arrêts rendus dans d'autres contextes, les appelants soutiennent que la vie privée devrait être reconnue en l'espèce comme un intérêt public qui, au vu des faits de la présente affaire, étaye leur

recalling that privacy has generally been seen as a poor justification for an exception to openness. After all, they say, virtually every court proceeding entails some disquiet for the lives of those concerned and these intrusions on privacy must be tolerated because open courts are essential to a healthy democracy.

[6] This appeal offers, then, an occasion to decide whether privacy can amount to a public interest in the open court jurisprudence and, if so, whether openness puts privacy at serious risk here so as to justify the kind of orders sought by the appellants.

[7] For the reasons that follow, I propose to recognize an aspect of privacy as an important public interest for the purposes of the relevant test from *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522. Proceedings in open court can lead to the dissemination of highly sensitive personal information that would result not just in discomfort or embarrassment, but in an affront to the affected person's dignity. Where this narrower dimension of privacy, rooted in what I see as the public interest in protecting human dignity, is shown to be at serious risk, an exception to the open court principle may be justified.

[8] In this case, and with this interest in mind, it cannot be said that the risk to privacy is sufficiently serious to overcome the strong presumption of openness. The same is true of the risk to physical safety here. The Court of Appeal was right in the circumstances to set aside the sealing orders and I would therefore dismiss the appeal.

plaidoyer en faveur du prononcé d'ordonnances de mise sous scellés des dossiers d'homologation. Les intimés s'opposent à ce que de telles ordonnances soient rendues, rappelant que la protection de la vie privée est généralement considérée comme une faible justification à une exception à la publicité des débats. Ils affirment qu'après tout, presque chaque procédure judiciaire entraîne un certain dérangement dans la vie des personnes concernées et que ces atteintes à la vie privée doivent être tolérées parce que la publicité des débats judiciaires est essentielle à une saine démocratie.

[6] Le présent pourvoi offre donc l'occasion de trancher la question de savoir si la vie privée peut constituer un intérêt public suivant la jurisprudence relative à la publicité des débats judiciaires et, dans l'affirmative, si la publicité des débats menace sérieusement la vie privée en l'espèce au point de justifier le type d'ordonnances demandé par les appelants.

[7] Pour les motifs qui suivent, je propose de reconnaître qu'un aspect de la vie privée constitue un intérêt public important pour l'application du test pertinent énoncé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522. La tenue de procédures judiciaires publiques peut mener à la diffusion de renseignements personnels très sensibles, laquelle entraînerait non seulement un désagrément ou de l'embarras pour la personne touchée, mais aussi une atteinte à sa dignité. Dans les cas où il est démontré que cette dimension plus restreinte de la vie privée, qui me semble tirer son origine de l'intérêt du public à la protection de la dignité humaine, est sérieusement menacée, une exception au principe de la publicité des débats judiciaires peut être justifiée.

[8] Dans la présente affaire, et en gardant cet intérêt à l'esprit, on ne peut pas dire que le risque pour la vie privée est suffisamment sérieux pour permettre de réfuter la forte présomption de publicité des débats judiciaires. Il en est de même du risque pour la sécurité physique en l'espèce. Dans les circonstances, la Cour d'appel a eu raison d'annuler les ordonnances de mise sous scellés et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Background

[9] Prominent in business and philanthropic circles, Bernard Sherman and Honey Sherman were found dead in their Toronto home in December of 2017. Their deaths had no apparent explanation and generated intense public interest and press scrutiny. In January of the following year, the Toronto Police Service announced that the deaths were being investigated as homicides. As the present matter came before the courts, the identity and motive of those responsible remained unknown.

[10] The couple's estates and estate trustees (collectively the "Trustees")<sup>1</sup> sought to stem the intense press scrutiny prompted by the events. The Trustees hoped to see to the orderly transfer of the couple's property, at arm's length from what they saw as the public's morbid interest in the unexplained deaths and the curiosity around apparently great sums of money involved.

[11] When the time came to obtain certificates of appointment of estate trustee from the Superior Court of Justice, the Trustees sought a sealing order so that the estate trustees and beneficiaries ("affected individuals") might be spared any further intrusions into their privacy and be protected from what was alleged to be a risk to their safety. The Trustees argued that if the information in the court files was revealed to the public, the safety of the affected individuals would be at risk and their privacy compromised as long as the deaths were unexplained and those responsible for the tragedy remained at large. In support of their request, they argued that there was a real and substantial risk that the affected individuals would suffer serious harm from the public exposure of the materials in the circumstances.

<sup>1</sup> As noted in the title of proceedings, the appellants in this matter have been referred to consistently as the "Estate of Bernard Sherman and Trustees of the Estate and Estate of Honey Sherman and Trustees of the Estate". In these reasons the appellants are referred to throughout as the "Trustees" for convenience.

## II. Contexte

[9] Bernard Sherman et Honey Sherman, figures importantes du monde des affaires et de la philanthropie, ont été retrouvés morts dans leur résidence de Toronto en décembre 2017. Leur décès apparemment inexpliqué a suscité un vif intérêt chez le public et une attention médiatique intense. En janvier de l'année suivante, le service de police de Toronto a annoncé que les décès faisaient l'objet d'une enquête pour homicides. Au moment où l'affaire a été portée devant les tribunaux, l'identité et le mobile des personnes responsables demeuraient inconnus.

[10] Les successions du couple et les fiduciaires des successions (collectivement les « fiduciaires »)<sup>1</sup> ont cherché à réfréner l'attention médiatique intense provoquée par les événements. Les fiduciaires souhaitaient veiller au transfert harmonieux des biens du couple, à distance de ce qu'ils percevaient comme un intérêt morbide du public pour les décès inexplicés et la curiosité suscitée par les importantes sommes d'argent apparemment en jeu.

[11] Quand le temps est venu d'obtenir auprès de la Cour supérieure de justice leurs certificats de nomination à titre de fiduciaires des successions, les fiduciaires ont sollicité une ordonnance de mise sous scellés dans le but d'épargner aux fiduciaires des successions et aux bénéficiaires (« personnes touchées ») de nouvelles atteintes à leur vie privée, et de les protéger contre ce qui, selon les allégations, aurait constitué un risque pour leur sécurité. Les fiduciaires ont soutenu que, si les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires étaient révélés au public, la sécurité des personnes touchées serait menacée et leur vie privée compromise tant et aussi longtemps que les décès demeureraient inexplicés et que les personnes responsables de la tragédie seraient en liberté. À l'appui de leur demande, ils ont fait valoir qu'il existait un risque réel et important que les personnes touchées subissent un préjudice sérieux en raison de la diffusion publique des documents dans les circonstances.

<sup>1</sup> Comme l'indique l'intitulé de la cause, les appelants en l'espèce ont, tout au long des procédures, été désignés comme suit : « succession de Bernard Sherman et fiduciaires de la succession et succession de Honey Sherman et fiduciaires de la succession ». Dans les présents motifs, les appelants sont appelés les « fiduciaires » par souci de commodité.

[12] Initially granted, the sealing orders were challenged by Kevin Donovan, a journalist who had written a series of articles on the couple's deaths, and Toronto Star Newspapers Ltd., for which he wrote (collectively the "Toronto Star").<sup>2</sup> The Toronto Star said the orders violated its constitutional rights of freedom of expression and freedom of the press, as well as the attending principle that the workings of the courts should be open to the public as a means of guaranteeing the fair and transparent administration of justice.

### III. Proceedings Below

#### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 4706, 41 E.T.R. (4th) 126 (Dunphy J.)*

[13] In addressing whether the circumstances warranted interference with the open court principle, the application judge relied on this Court's judgment in *Sierra Club*. He noted that a confidentiality order should only be granted when: "(1) such an order is necessary . . . to prevent a serious risk to an important interest because reasonable alternative measures will not prevent the risk; and (2) the salutary effects of the confidentiality order outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression and the public interest in open and accessible court proceedings" (para. 13(d)).

[14] The application judge considered whether the Trustees' interests would be served by granting the sealing orders. In his view, the Trustees had correctly identified two legitimate interests in support of making an exception to the open court principle: "protecting the privacy and dignity of victims of crime and their loved ones" and "a reasonable apprehension

<sup>2</sup> The use of "Toronto Star" as a collective term referring to both respondents should not be taken to suggest that only Toronto Star Newspapers Ltd. is participating in this appeal. Mr. Donovan is the only respondent to have been a party throughout. Toronto Star Newspapers Ltd. was a party in first instance, but was removed as a party on consent at the Court of Appeal. By order of Karakatsanis J. dated March 25, 2020, Toronto Star Newspapers Ltd. was added as a respondent in this Court.

[12] Les ordonnances de mise sous scellés ont au départ été accordées, puis ont été contestées par Kevin Donovan, un journaliste qui avait rédigé une série d'articles sur le décès du couple, ainsi que par Toronto Star Newspapers Ltd., le journal pour lequel il écrivait (collectivement le « Toronto Star »)<sup>2</sup>. Le Toronto Star a affirmé que les ordonnances portaient atteinte à ses droits constitutionnels à la liberté d'expression et à la liberté de la presse, ainsi qu'au principe corollaire selon lequel les activités des tribunaux devraient être accessibles au public comme moyen de garantir l'équité et la transparence de l'administration de la justice.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2018 ONSC 4706, 41 E.T.R. (4th) 126 (le juge Dunphy)*

[13] Examinant la question de savoir si les circonstances justifiaient une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires, le juge de première instance s'est appuyé sur l'arrêt *Sierra Club* de notre Cour. Il a souligné qu'une ordonnance de confidentialité ne devrait être accordée que si [TRADUCTION] : « (1) elle est nécessaire [. . .] pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression et l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires » (par. 13(d)).

[14] Le juge de première instance a examiné la question de savoir si les intérêts des fiduciaires seraient servis par l'octroi des ordonnances de mise sous scellés. À son avis, les fiduciaires avaient correctement mis en évidence deux intérêts légitimes à l'appui d'une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, à savoir [TRADUCTION] « la

<sup>2</sup> L'utilisation du terme « Toronto Star » pour désigner collectivement les deux intimés ne devrait pas être interprétée comme indiquant que seule la société Toronto Star Newspapers Ltd. participe au présent pourvoi. Monsieur Donovan est le seul intimé à avoir été une partie devant toutes les cours. Toronto Star Newspapers Ltd. a participé à la première instance, mais, sur consentement, elle a été retirée comme partie à la Cour d'appel. Par une ordonnance de la juge Karakatsanis datée du 25 mars 2020, Toronto Star Newspapers Ltd. a été ajoutée en tant qu'intimée devant notre Cour.

of risk on behalf of those known to have an interest in receiving or administering the assets of the deceased” (paras. 22-25). With respect to the first interest, the application judge found that “[t]he degree of intrusion on that privacy and dignity has already been extreme and . . . excruciating” (para. 23). For the second interest, although he noted that “it would have been preferable to include objective evidence of the gravity of that risk from, for example, the police responsible for the investigation”, he concluded that “the lack of such evidence is not fatal” (para. 24). Rather, the necessary inferences could be drawn from the circumstances notably the “willingness of the perpetrator(s) of the crimes to resort to extreme violence to pursue whatever motive existed” (*ibid.*). He concluded that the “current uncertainty” was the source of a reasonable apprehension of the risk of harm and, further, that the foreseeable harm was “grave” (*ibid.*).

[15] The application judge ultimately accepted the Trustees’ submission that these interests “very strongly outweigh” what he called the proportionately narrow public interest in the “essentially administrative files” at issue (paras. 31 and 33). He therefore concluded that the harmful effects of the sealing orders were substantially outweighed by the salutary effects on the rights and interests of the affected individuals.

[16] Finally, the application judge considered what order would protect the affected individuals while infringing upon the open court principle to the minimum extent possible. He decided no meaningful part of either file could be disclosed if one were to make the redactions necessary to protect the interests he had identified. Open-ended sealing orders did not, however, sit well with him. The application judge therefore sealed the files for an initial period of two years, with the possibility of renewal.

protection de la vie privée et de la dignité des victimes d’actes criminels ainsi que de leurs êtres chers », et « une crainte raisonnable d’un risque de préjudice chez les personnes connues comme ayant un intérêt à recevoir ou à administrer les biens des défunts » (par. 22-25). S’agissant du premier intérêt, le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « le degré d’atteinte à cette vie privée et à cette dignité est déjà extrême et [. . .] insoutenable » (par. 23). En ce qui a trait au deuxième intérêt, bien qu’il ait souligné qu’« il aurait été préférable d’inclure des éléments de preuve objectifs de la gravité de ce risque, obtenus, par exemple, auprès des policiers responsables de l’enquête », il a conclu que « l’absence de tels éléments de preuve n’est pas fatale » (par. 24). Les inférences nécessaires pouvaient plutôt être tirées des circonstances, notamment [TRADUCTION] « la volonté de la personne ou des personnes ayant perpétré les crimes de recourir à une violence extrême pour obéir à un mobile quelconque » (*ibid.*). Il a conclu que [TRADUCTION] « l’incertitude actuelle » était source d’une crainte raisonnable du risque de préjudice, et qu’en outre, le préjudice prévisible était « grave » (*ibid.*).

[15] Le juge de première instance a finalement accepté l’argument des fiduciaires selon lequel ces intérêts [TRADUCTION] « l’emportent très fortement » sur ce qu’il a qualifié d’intérêt public proportionnellement restreint à l’égard des « dossiers essentiellement administratifs » en cause (par. 31 et 33). Il a donc conclu que les effets bénéfiques des ordonnances de mise sous scellés sur les droits et les intérêts des personnes touchées l’emportaient sensiblement sur leurs effets préjudiciables.

[16] Enfin, le juge de première instance a examiné la question de savoir quelle ordonnance protégerait les personnes touchées tout en portant le moins possible atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Il a décidé que, si l’on devait apporter aux deux dossiers le caviardage nécessaire à la protection des intérêts qu’il avait constatés, il n’en resterait plus aucun passage digne d’intérêt susceptible d’être divulgué. Des ordonnances de mise sous scellés d’une durée indéterminée ne lui semblaient toutefois pas une bonne solution. Le juge de première instance a donc fait placer sous scellés les dossiers pour une période initiale de deux ans, avec possibilité de renouvellement.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1 (Doherty, Rouleau and Hourigan J.J.A.)*

[17] The Toronto Star’s appeal was allowed, unanimously, and the sealing orders were lifted.

[18] The Court of Appeal considered the two interests advanced before the application judge in support of the orders to seal the probate files. As to the need to protect the privacy and dignity of the victims of violent crime and their loved ones, it recalled that the kind of interest that is properly protected by a sealing order must have a public interest component. Citing *Sierra Club*, the Court of Appeal wrote that “[p]ersonal concerns cannot, without more, justify an order sealing material that would normally be available to the public under the open court principle” (para. 10). It concluded that the privacy interest for which the Trustees sought protection lacked this quality of public interest.

[19] While it recognized the personal safety of individuals as an important public interest generally, the Court of Appeal wrote that there was no evidence in this case that could warrant a finding that disclosure of the contents of the estate files posed a real risk to anyone’s physical safety. The application judge had erred on this point: “the suggestion that the beneficiaries and trustees are somehow at risk because the Shermans were murdered is not an inference, but is speculation. It provides no basis for a sealing order” (para. 16).

[20] The Court of Appeal concluded that the Trustees had failed the first stage of the test for obtaining orders sealing the probate files. It therefore allowed the appeal and set aside the orders.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1 (les juges Doherty, Rouleau et Hourigan)*

[17] L’appel interjeté par le Toronto Star a été accueilli à l’unanimité et les ordonnances de mise sous scellés ont été levées.

[18] La Cour d’appel a examiné les deux intérêts qui avaient été soulevés devant le juge de première instance au soutien des ordonnances visant à mettre sous scellés les dossiers d’homologation. En ce qui concerne la nécessité de protéger la vie privée et la dignité des victimes de crimes violents et de leurs êtres chers, elle a rappelé que le type d’intérêt qui est à juste titre protégé par une ordonnance de mise sous scellés doit comporter un élément d’intérêt public. Citant l’arrêt *Sierra Club*, la Cour d’appel a écrit que [TRADUCTION] « [d]es préoccupations personnelles ne peuvent à elles seules justifier une ordonnance de mise sous scellés de documents qui seraient normalement accessibles au public en vertu du principe de la publicité des débats judiciaires » (par. 10). Elle a conclu que l’intérêt en matière de vie privée à l’égard duquel les fiduciaires sollicitaient une protection ne comportait pas cette qualité d’intérêt public.

[19] Bien qu’elle ait reconnu que la sécurité personnelle des gens constituait, de manière générale, un intérêt public important, la Cour d’appel a écrit qu’il n’y avait aucun élément de preuve en l’espèce permettant de conclure que la divulgation du contenu des dossiers de succession posait un risque réel pour la sécurité physique de quiconque. Le juge de première instance avait commis une erreur sur ce point : [TRADUCTION] « l’idée selon laquelle les bénéficiaires et les fiduciaires sont en quelque sorte en danger parce que les Sherman ont été assassinés n’est pas une inférence, mais une conjecture. Elle ne justifie aucunement l’octroi d’une ordonnance de mise sous scellés » (par. 16).

[20] La Cour d’appel a conclu que les fiduciaires n’avaient pas franchi la première étape du test relatif à l’obtention d’ordonnances de mise sous scellés des dossiers d’homologation. Elle a donc accueilli l’appel et annulé les ordonnances.

### C. *Subsequent Proceedings*

[21] The Court of Appeal's order setting aside the sealing orders has been stayed pending the disposition of this appeal. The Toronto Star brought a motion to adduce new evidence on this appeal, comprised of land titles documents, transcripts of the cross-examination of a detective on the murder investigation, and various news articles. This evidence, it says, supports the conclusion that the sealing orders should be lifted. The motion was referred to this panel.

### IV. Submissions

[22] The Trustees have appealed to this Court seeking to restore the sealing orders made by the application judge. In addition to contesting the motion for new evidence, they maintain that the orders are necessary to prevent a serious risk to the privacy and physical safety of the affected individuals and that the salutary effects of sealing the court probate files outweigh the harmful effects of limiting court openness. The Trustees argue that two legal errors led the Court of Appeal to conclude otherwise.

[23] First, they submit the Court of Appeal erred in holding that privacy is a personal concern that cannot, without more, constitute an important interest under *Sierra Club*. The Trustees say the application judge was right to characterize privacy and dignity as an important public interest which, as it was subject to a serious risk, justified the orders. They ask this Court to recognize that privacy in itself is an important public interest for the purposes of the analysis.

[24] Second, the Trustees submit that the Court of Appeal erred in overturning the application judge's conclusion that there was a serious risk of physical

### C. *Procédures subséquentes*

[21] L'ordonnance de la Cour d'appel annulant les ordonnances de mise sous scellés a été suspendue en attendant l'issue du présent pourvoi. Le Toronto Star a présenté une requête pour être autorisé à déposer de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du pourvoi, éléments de preuve qui comprennent des documents d'enregistrement des droits immobiliers, des transcriptions du contre-interrogatoire d'un détective sur l'enquête relative aux meurtres ainsi que divers articles de presse. Ces éléments de preuve, affirme-t-il, étayaient la conclusion selon laquelle les ordonnances de mise sous scellés devraient être levées. La requête a été renvoyée à notre formation.

### IV. Moyens

[22] Les fiduciaires ont interjeté appel devant notre Cour pour demander le rétablissement des ordonnances de mise sous scellés rendues par le juge de première instance. En plus de contester la requête en production de nouveaux éléments de preuve, ils soutiennent que les ordonnances sont nécessaires pour écarter un risque sérieux pour la vie privée et la sécurité physique des personnes touchées, et que les effets bénéfiques de la mise sous scellés des dossiers d'homologation judiciaire l'emportent sur les effets préjudiciables du fait de limiter la publicité des débats judiciaires. Les fiduciaires soutiennent que deux erreurs de droit ont amené la Cour d'appel à conclure autrement.

[23] Premièrement, ils soutiennent que la Cour d'appel a conclu à tort que la vie privée est une préoccupation personnelle qui ne peut, à elle seule, constituer un intérêt important suivant l'arrêt *Sierra Club*. Les fiduciaires affirment que le juge de première instance a qualifié à bon droit la vie privée et la dignité comme un intérêt public important qui, étant exposé à un risque sérieux, justifiait les ordonnances. Ils demandent à notre Cour de reconnaître que la vie privée constitue en elle-même un intérêt public important pour les besoins de l'analyse.

[24] Deuxièmement, les fiduciaires avancent que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge de première instance selon

harm. They argue that the Court of Appeal failed to recognize that courts have the ability to draw reasonable inferences by applying reason and logic even in the absence of specific evidence of the alleged risk.

[25] The Trustees say that these errors led the Court of Appeal to mistakenly set aside the sealing orders. In answer to questions at the hearing, the Trustees acknowledged that an order redacting certain documents in the file or a publication ban could assist in addressing some of their concerns, but maintained neither is a reasonable alternative to the sealing orders in the circumstances.

[26] The Trustees submit further that the protection of these interests outweighs the deleterious effects of the orders. They argue that the importance of the open court principle is attenuated by the nature of these probate proceedings. Given that it is non-contentious and not strictly speaking necessary for the transfer of property at death, probate is a court proceeding of an “administrative” character, which diminishes the imperative of applying the open court principle here (paras. 113-14).

[27] The Toronto Star takes the position that the Court of Appeal made no mistake in setting aside the sealing orders and that the appeal should be dismissed. In the Toronto Star’s view, while privacy can be an important interest where it evinces a public component, the Trustees have only identified a subjective desire for the affected individuals in this case to avoid further publicity, which is not inherently harmful. According to the Toronto Star and some of the interveners, the Trustees’ position would allow that measure of inconvenience and embarrassment that arises in every court proceeding to take precedence over the interest in court openness protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in which all of society has a stake. The Toronto Star argues further that the information in the court files

laquelle il y avait un risque sérieux de préjudice physique. Ils font valoir que la Cour d’appel n’a pas reconnu que les tribunaux sont habilités à tirer des inférences raisonnables sur le fondement de la raison et de la logique, même en l’absence d’éléments de preuve précis du risque allégué.

[25] Les fiduciaires affirment que ces erreurs ont amené la Cour d’appel à annuler à tort les ordonnances de mise sous scellés. En réponse aux questions qui leur ont été posées à l’audience, les fiduciaires ont reconnu qu’une ordonnance de caviardage de certains documents dans le dossier ou encore une interdiction de publication pourrait contribuer à apaiser certaines de leurs préoccupations, mais ils ont maintenu qu’aucune de ces mesures ne constituait une solution de rechange raisonnable aux ordonnances de mise sous scellés dans les circonstances.

[26] Les fiduciaires font également valoir que la protection de ces intérêts l’emporte sur les effets préjudiciables des ordonnances. Ils soutiennent que la nature des procédures d’homologation successorale dans la présente affaire atténue l’importance du principe de la publicité des débats judiciaires. Étant donné qu’elle n’est ni contentieuse ni, à proprement parler, nécessaire au transfert des biens au décès, l’homologation est une procédure judiciaire de nature [TRADUCTION] « administrative », ce qui réduit la nécessité d’appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires à l’espèce (par. 113-114).

[27] Le Toronto Star soutient pour sa part que la Cour d’appel n’a commis aucune erreur en annulant les ordonnances de mise sous scellés et que l’appel devrait être rejeté. Selon le Toronto Star, bien que la vie privée puisse constituer un intérêt important quand elle révèle la présence d’un élément public, les fiduciaires ont seulement fait état d’un désir subjectif de la part des personnes touchées en l’espèce d’éviter toute publicité supplémentaire, laquelle n’est pas préjudiciable en soi. De l’avis du Toronto Star et de certains des intervenants, la position des fiduciaires reviendrait à permettre à cette part d’inconvénients et d’embarras propre à toute instance judiciaire à avoir préséance sur l’intérêt dans la publicité des débats judiciaires, un principe qui est garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans

is not highly sensitive. On the issue of whether the sealing orders were necessary to protect the affected individuals from physical harm, the Toronto Star submits that the Court of Appeal was right to conclude that the Trustees had failed to establish a serious risk to this interest.

[28] In the alternative, even if there were a serious risk to one or another important interest, the Toronto Star says the sealing orders are not necessary because the risk could be addressed by an alternative, less onerous order. Furthermore, it says the orders are not proportionate. In seeking to minimize the importance of openness in probate proceedings, the Trustees invite an inflexible approach to balancing the effects of the order that is incompatible with the principle that openness applies to all court proceedings. In any event, there is a public interest in openness specifically here, given that the certificates sought can affect the rights of third parties and that openness ensures the fairness of the proceedings, whether they are contested or not.

#### V. Analysis

[29] The outcome of the appeal turns on whether the application judge should have made the sealing orders pursuant to the test for discretionary limits on court openness from this Court's decision in *Sierra Club*.

[30] Court openness is protected by the constitutional guarantee of freedom of expression and is essential to the proper functioning of our democracy (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paras. 23-26). Reporting on court proceedings by a free press is often said to be inseparable from the

lequel toute la société a un intérêt. Le Toronto Star soutient également que les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires ne sont pas de nature très sensible. En ce qui a trait à la question de savoir si les ordonnances de mise sous scellés étaient nécessaires pour protéger les personnes touchées d'un préjudice physique, le Toronto Star fait valoir que la Cour d'appel a eu raison de conclure que les fiduciaires n'avaient pas établi l'existence d'un risque sérieux pour cet intérêt.

[28] Subsidièrement, le Toronto Star affirme que, même s'il existe un risque sérieux pour un intérêt important quelconque, les ordonnances de mise sous scellés ne sont pas nécessaires, car le risque pourrait être écarté par une autre ordonnance moins sévère. De plus, il soutient que les ordonnances ne sont pas proportionnées. En cherchant à minimiser l'importance de la publicité des débats judiciaires dans les procédures d'homologation, les fiduciaires invitent à adopter, à l'égard de la pondération des effets de l'ordonnance, une approche inflexible, incompatible avec le principe de la publicité qui s'applique à toutes les procédures judiciaires. Quoiqu'il en soit, il existe précisément un intérêt public à l'égard de la publicité des débats dans la présente affaire, étant donné que les certificats demandés peuvent avoir une incidence sur les droits de tiers et que la publicité des débats garantit l'équité des procédures, qu'elles soient contestées ou non.

#### V. Analyse

[29] L'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si le juge de première instance aurait dû rendre les ordonnances de mise sous scellés conformément au test applicable en matière de limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, test établi par notre Cour dans l'arrêt *Sierra Club*.

[30] La publicité des débats judiciaires, qui est protégée par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, est essentielle au bon fonctionnement de notre démocratie (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23-26). On dit souvent de la liberté de la presse de rendre compte

principle of open justice. “In reporting what has been said and done at a public trial, the media serve as the eyes and ears of a wider public which would be absolutely entitled to attend but for purely practical reasons cannot do so” (*Khuja v. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161, at para. 16, citing *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40, per Cory J.). Limits on openness in service of other public interests have been recognized, but sparingly and always with an eye to preserving a strong presumption that justice should proceed in public view (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 878; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, at paras. 32-39; *Sierra Club*, at para. 56). The test for discretionary limits on court openness is directed at maintaining this presumption while offering sufficient flexibility for courts to protect these other public interests where they arise (*Mentuck*, at para. 33). The parties agree that this is the appropriate framework of analysis for resolving this appeal.

[31] The parties and the courts below disagree, however, about how this test applies to the facts of this case and this calls for clarification of certain points of the *Sierra Club* analysis. Most centrally, there is disagreement about how an important interest in the protection of privacy could be recognized such that it would justify limits on openness, and in particular when privacy can be a matter of public concern. The parties bring two settled principles of this Court’s jurisprudence to bear in support of their respective positions. First, this Court has often observed that privacy is a fundamental value necessary to the preservation of a free and democratic society (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 25; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66, per La Forest J. (dissenting but not on this point); *New Brunswick*, at para. 40). Courts have invoked privacy, in some instances, as the basis for an exception to openness under the *Sierra*

des procédures judiciaires qu’elle est indissociable du principe de publicité. [TRADUCTION] « En rendant compte de ce qui a été dit et fait dans un procès public, les médias sont les yeux et les oreilles d’un public plus large qui aurait parfaitement le droit d’y assister, mais qui, pour des raisons purement pratiques, ne peut le faire » (*Khuja c. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161, par. 16, citant *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339-1340, le juge Cory). Le pouvoir d’imposer des limites à la publicité des débats judiciaires afin de servir d’autres intérêts publics est reconnu, mais il doit être exercé avec modération et en veillant toujours à maintenir la forte présomption selon laquelle la justice doit être rendue au vu et au su du public (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 878; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 32-39; *Sierra Club*, par. 56). Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires vise à maintenir cette présomption tout en offrant suffisamment de souplesse aux tribunaux pour leur permettre de protéger ces autres intérêts publics lorsqu’ils entrent en jeu (*Mentuck*, par. 33). Les parties conviennent qu’il s’agit du cadre d’analyse approprié à appliquer pour trancher le présent pourvoi.

[31] Les parties et les tribunaux d’instance inférieure ne s’entendent pas, cependant, sur la façon dont ce test s’applique aux faits de la présente affaire et cela nécessite des éclaircissements sur certains points de l’analyse établie dans l’arrêt *Sierra Club*. Plus fondamentalement, il y a désaccord sur la façon dont un intérêt important à la protection de la vie privée pourrait être reconnu de telle sorte qu’il justifierait des limites à la publicité des débats, et en particulier lorsque la vie privée peut constituer une question d’intérêt public. Les parties font valoir deux principes établis dans la jurisprudence de la Cour à l’appui de leur position respective. Tout d’abord, notre Cour a souvent fait observer que la vie privée est une valeur fondamentale nécessaire au maintien d’une société libre et démocratique (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 25; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66, le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point); *Nouveau-Brunswick*, par. 40).

*Club* test (see, e.g., *R. v. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5, at paras. 11 and 17). At the same time, the jurisprudence acknowledges that some degree of privacy loss — resulting in inconvenience, even in upset or embarrassment — is inherent in any court proceeding open to the public (*New Brunswick*, at para. 40). Accordingly, upholding the presumption of openness has meant recognizing that neither individual sensibilities nor mere personal discomfort associated with participating in judicial proceedings are likely to justify the exclusion of the public from court (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185; *New Brunswick*, at para. 41). Determining the role of privacy in the *Sierra Club* analysis requires reconciling these two ideas, which is the nub of the disagreement between the parties. The right of privacy is not absolute; the open court principle is not without exceptions.

[32] For the reasons that follow, I disagree with the Trustees that the ostensibly unbounded privacy interest they invoke qualifies as an important public interest within the meaning of *Sierra Club*. Their broad claim fails to focus on the elements of privacy that are deserving of public protection in the open court context. That is not to say, however, that privacy can never ground an exceptional measure such as the sealing orders sought in this case. While the mere embarrassment caused by the dissemination of personal information through the open court process does not rise to the level justifying a limit on court openness, circumstances do exist where an aspect of a person's private life has a plain public interest dimension.

[33] Personal information disseminated in open court can be more than a source of discomfort and may result in an affront to a person's dignity. Insofar as privacy serves to protect individuals from this

Dans certains cas, les tribunaux ont invoqué la vie privée pour justifier l'application d'une exception à la publicité des débats judiciaires conformément au test établi dans *Sierra Club* (voir, p. ex., *R. c. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5, par. 11 et 17). En même temps, la jurisprudence reconnaît qu'un certain degré d'atteinte à la vie privée — qui entraîne des inconvénients, voire de la contrariété ou de l'embarras — est inhérent à toute instance judiciaire accessible au public (*Nouveau-Brunswick*, par. 40). Par conséquent, le maintien de la présomption de la publicité des débats judiciaires signifie reconnaître que ni la susceptibilité individuelle ni le simple désagrément personnel découlant de la participation à des procédures judiciaires ne sont susceptibles de justifier l'exclusion du public des tribunaux (*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 185; *Nouveau-Brunswick*, par. 41). Déterminer le rôle de la vie privée dans le cadre de l'analyse prévue dans l'arrêt *Sierra Club* exige de concilier ces deux idées, et c'est là le nœud du désaccord entre les parties. Le droit à vie privée n'est pas absolu et le principe de la publicité des débats judiciaires n'est pas sans exception.

[32] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec les fiduciaires pour dire que l'intérêt en matière de vie privée apparemment illimité qu'ils invoquent constitue un intérêt public important au sens de *Sierra Club*. Leur revendication large n'est pas axée sur les éléments de la vie privée qui méritent une protection publique dans le contexte de la publicité des débats judiciaires. Cela ne veut pas dire, cependant, que la protection de la vie privée ne peut jamais justifier une mesure exceptionnelle comme les ordonnances de mise sous scellés sollicitées en l'espèce. Bien que le simple embarras causé par la diffusion de renseignements personnels dans le cadre d'une procédure judiciaire publique ne suffise pas à justifier une limite à la publicité des débats judiciaires, il existe des circonstances où un aspect de la vie privée d'une personne revêt une dimension d'intérêt public manifeste.

[33] La diffusion de renseignements personnels dans le cadre de débats judiciaires publics peut être plus qu'une source de désagrément et peut aussi entraîner une atteinte à la dignité d'une personne.

affront, it is an important public interest relevant under *Sierra Club*. Dignity in this sense is a related but narrower concern than privacy generally; it transcends the interests of the individual and, like other important public interests, is a matter that concerns the society at large. A court can make an exception to the open court principle, notwithstanding the strong presumption in its favour, if the interest in protecting core aspects of individuals' personal lives that bear on their dignity is at serious risk by reason of the dissemination of sufficiently sensitive information. The question is not whether the information is "personal" to the individual concerned, but whether, because of its highly sensitive character, its dissemination would occasion an affront to their dignity that society as a whole has a stake in protecting.

[34] This public interest in privacy appropriately focuses the analysis on the impact of the dissemination of sensitive personal information, rather than the mere fact of this dissemination, which is frequently risked in court proceedings and is necessary in a system that privileges court openness. It is a high bar — higher and more precise than the sweeping privacy interest relied upon here by the Trustees. This public interest will only be seriously at risk where the information in question strikes at what is sometimes said to be the core identity of the individual concerned: information so sensitive that its dissemination could be an affront to dignity that the public would not tolerate, even in service of open proceedings.

[35] I hasten to say that applicants for an order making exception to the open court principle cannot content themselves with an unsubstantiated claim that this public interest in dignity is compromised any more than they could by an unsubstantiated claim that their physical integrity is endangered. Under *Sierra Club*, the applicant must show on the facts of the case that, as an important interest, this

Dans la mesure où elle sert à protéger les personnes contre une telle atteinte, la vie privée constitue un intérêt public important qui est pertinent selon *Sierra Club*. La dignité en ce sens est une préoccupation connexe à la vie privée en général, mais elle est plus restreinte que celle-ci; elle transcende les intérêts individuels et, comme d'autres intérêts publics importants, c'est une question qui concerne la société en général. Un tribunal peut faire une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, malgré la forte présomption en faveur de son application, si l'intérêt à protéger les aspects fondamentaux de la vie personnelle des individus qui se rapportent à leur dignité est sérieusement menacé par la diffusion de renseignements suffisamment sensibles. La question est de savoir non pas si les renseignements sont « personnels » pour la personne concernée, mais si, en raison de leur caractère très sensible, leur diffusion entraînerait une atteinte à sa dignité que la société dans son ensemble a intérêt à protéger.

[34] Cet intérêt du public à l'égard de la vie privée axe à juste titre l'analyse sur l'incidence de la diffusion de renseignements personnels sensibles, plutôt que sur le simple fait de cette diffusion, intérêt qui est fréquemment menacé dans les procédures judiciaires et qui est nécessaire dans un système qui privilégie la publicité des débats judiciaires. Il s'agit d'un seuil élevé — plus élevé et plus précis que le vaste intérêt en matière de vie privée invoqué en l'espèce par les fiduciaires. Cet intérêt public ne sera sérieusement menacé que lorsque les renseignements en question portent atteinte à ce que l'on considère parfois comme l'identité fondamentale de la personne concernée : des renseignements si sensibles que leur diffusion pourrait porter atteinte à la dignité de la personne d'une manière que le public ne tolérerait pas, pas même au nom du principe de la publicité des débats judiciaires.

[35] Je m'empresse de dire que la personne qui demande une ordonnance visant à faire exception au principe de la publicité des débats judiciaires ne peut se contenter d'affirmer sans fondement que cet intérêt du public à l'égard de la dignité est compromis, pas plus qu'elle ne le pourrait si c'était son intégrité physique qui était menacée. Selon *Sierra Club*, le demandeur doit démontrer, au vu des faits de l'affaire,

dignity dimension of their privacy is at “serious risk”. For the purposes of the test for discretionary limits on court openness, this requires the applicant to show that the information in the court file is sufficiently sensitive such that it can be said to strike at the biographical core of the individual and, in the broader circumstances, that there is a serious risk that, without an exceptional order, the affected individual will suffer an affront to their dignity.

[36] In the present case, the information in the court files was not of this highly sensitive character that it could be said to strike at the core identity of the affected persons; the Trustees have failed to show how the lifting of the sealing orders engages the dignity of the affected individuals. I am therefore not convinced that the intrusion on their privacy raises a serious risk to an important public interest as required by *Sierra Club*. Moreover, as I shall endeavour to explain, there was no serious risk of physical harm to the affected individuals by lifting the sealing orders. Accordingly, this is not an appropriate case in which to make sealing orders, or any order limiting access to these court files. In the circumstances, the admissibility of the Toronto Star’s new evidence is moot. I propose to dismiss the appeal.

A. *The Test for Discretionary Limits on Court Openness*

[37] Court proceedings are presumptively open to the public (*MacIntyre*, at p. 189; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 11).

[38] The test for discretionary limits on presumptive court openness has been expressed as a two-step inquiry involving the necessity and proportionality of the proposed order (*Sierra Club*, at para. 53). Upon examination, however, this test rests upon three core prerequisites that a person seeking such a limit must show. Recasting the test around these three

qu’il y a un « risque sérieux » pour cette dimension de sa vie privée liée à sa dignité. Pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaire, le demandeur doit donc démontrer que les renseignements contenus dans le dossier judiciaire sont suffisamment sensibles pour que l’on puisse dire qu’ils touchent au cœur même des renseignements biographiques de la personne et, dans un contexte plus large, qu’il existe un risque sérieux d’atteinte à la dignité de la personne concernée si une ordonnance exceptionnelle n’est pas rendue.

[36] En l’espèce, les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires ne revêtent pas ce caractère si sensible qu’on pourrait dire qu’ils touchent à l’identité fondamentale des personnes concernées; les fiduciaires n’ont pas démontré en quoi la levée des ordonnances de mise sous scellés met en jeu la dignité des personnes touchées. Je ne suis donc pas convaincu que l’atteinte à leur vie privée soulève un risque sérieux pour un intérêt public important, comme l’exige *Sierra Club*. De plus, comme je tenterai de l’expliquer, il n’y avait pas de risque sérieux que les personnes visées subissent un préjudice physique en raison de la levée des ordonnances de mise sous scellés. Par conséquent, la présente affaire n’est pas un cas où il convient de rendre des ordonnances de mise sous scellés ni aucune ordonnance limitant l’accès aux dossiers judiciaires en cause. Dans les circonstances, la question de l’admissibilité des nouveaux éléments de preuve du Toronto Star est théorique. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

A. *Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires*

[37] Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public (*MacIntyre*, p. 189; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 11).

[38] Le test des limites discrétionnaires à la publicité présumée des débats judiciaires a été décrit comme une analyse en deux étapes, soit l’étape de la nécessité et celle de la proportionnalité de l’ordonnance proposée (*Sierra Club*, par. 53). Après un examen, cependant, je constate que ce test repose sur trois conditions préalables fondamentales dont une

prerequisites, without altering its essence, helps to clarify the burden on an applicant seeking an exception to the open court principle. In order to succeed, the person asking a court to exercise discretion in a way that limits the open court presumption must establish that:

- (1) court openness poses a serious risk to an important public interest;
- (2) the order sought is necessary to prevent this serious risk to the identified interest because reasonably alternative measures will not prevent this risk; and,
- (3) as a matter of proportionality, the benefits of the order outweigh its negative effects.

Only where all three of these prerequisites have been met can a discretionary limit on openness — for example, a sealing order, a publication ban, an order excluding the public from a hearing, or a redaction order — properly be ordered. This test applies to all discretionary limits on court openness, subject only to valid legislative enactments (*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, at paras. 7 and 22).

[39] The discretion is structured and controlled in this way to protect the open court principle, which is understood to be constitutionalized under the right to freedom of expression at s. 2(b) of the Charter (*New Brunswick*, at para. 23). Sustained by freedom of expression, the open court principle is one of the foundations of a free press given that access to courts is fundamental to newsgathering. This Court has often highlighted the importance of open judicial proceedings to maintaining the independence and impartiality of the courts, public confidence and understanding of their work and ultimately the legitimacy of the process (see, e.g., *Vancouver Sun*,

personne cherchant à faire établir une telle limite doit démontrer le respect. La reformulation du test autour de ces trois conditions préalables, sans en modifier l'essence, aide à clarifier le fardeau auquel doit satisfaire la personne qui sollicite une exception au principe de la publicité des débats judiciaires. Pour obtenir gain de cause, la personne qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à limiter la présomption de publicité doit établir que :

- (1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important;
- (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettraient pas d'écarter ce risque; et
- (3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

Ce n'est que lorsque ces trois conditions préalables sont remplies qu'une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires — par exemple une ordonnance de mise sous scellés, une interdiction de publication, une ordonnance excluant le public d'une audience ou une ordonnance de caviardage — pourra dûment être rendue. Ce test s'applique à toutes les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, sous réserve uniquement d'une loi valide (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188, par. 7 et 22).

[39] Le pouvoir discrétionnaire est ainsi structuré et contrôlé de manière à protéger le principe de la publicité des débats judiciaires, qui est considéré comme étant constitutionnalisé sous le régime du droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte (Nouveau-Brunswick*, par. 23). Reposant sur la liberté d'expression, le principe de la publicité des débats judiciaires est l'un des fondements de la liberté de la presse étant donné que l'accès aux tribunaux est un élément essentiel de la collecte d'information. Notre Cour a souvent souligné l'importance de la publicité pour maintenir l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, la confiance du

at paras. 23-26). In *New Brunswick*, La Forest J. explained the presumption in favour of court openness had become “one of the hallmarks of a democratic society” (citing *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 119), that “acts as a guarantee that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law . . . thereby fostering public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice” (para. 22). The centrality of this principle to the court system underlies the strong presumption — albeit one that is rebuttable — in favour of court openness (para. 40; *Mentuck*, at para. 39).

[40] The test ensures that discretionary orders are subject to no lower standard than a legislative enactment limiting court openness would be (*Mentuck*, at para. 27; *Sierra Club*, at para. 45). To that end, this Court developed a scheme of analysis by analogy to the *Oakes* test, which courts use to understand whether a legislative limit on a right guaranteed under the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society (*Sierra Club*, at para. 40, citing *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; see also *Dagenais*, at p. 878; *Vancouver Sun*, at para. 30).

[41] The recognized scope of what interests might justify a discretionary exception to open courts has broadened over time. In *Dagenais*, Lamer C.J. spoke of a requisite risk to the “fairness of the trial” (p. 878). In *Mentuck*, Iacobucci J. extended this to a risk affecting the “proper administration of justice” (para. 32). Finally, in *Sierra Club*, Iacobucci J., again writing for a unanimous Court, restated the test to capture any serious risk to an “important interest, including a commercial interest, in the context of litigation” (para. 53). He simultaneously clarified that the important interest must be expressed as a public interest. For example, on the facts of that

public à l’égard de leur travail et sa compréhension de celui-ci, et, au bout du compte, la légitimité du processus (voir, p. ex., *Vancouver Sun*, par. 23-26). Dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick*, le juge La Forest a expliqué que la présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires était devenue « [TRADUCTION] “l’une des caractéristiques d’une société démocratique” » (citant *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), p. 119), qui « fait en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit [. . .], situation qui favorise la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l’administration de la justice » (par. 22). Le caractère fondamental de ce principe pour le système judiciaire sous-tend la forte présomption — quoique réfutable — en faveur de la tenue de procédures judiciaires publiques (par. 40; *Mentuck*, par. 39).

[40] Le test fait en sorte que les ordonnances discrétionnaires ne soient pas assujetties à une norme moins exigeante que la norme à laquelle seraient assujetties des dispositions législatives qui limiteraient la publicité des débats judiciaires (*Mentuck*, par. 27; *Sierra Club*, par. 45). À cette fin, la Cour a élaboré un cadre d’analyse par analogie avec le test de l’arrêt *Oakes*, que les tribunaux utilisent pour déterminer si une limite imposée par un texte de loi à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique (*Sierra Club*, par. 40, citant *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; voir également *Dagenais*, p. 878; *Vancouver Sun*, par. 30).

[41] La portée reconnue des intérêts qui pourraient justifier une exception discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires s’est élargie au fil du temps. Dans l’arrêt *Dagenais*, le juge en chef Lamer a parlé de la nécessité d’un risque « que le procès soit inéquitable » (p. 878). Dans *Mentuck*, le juge Iacobucci a étendu cette condition à un risque « pour la bonne administration de la justice » (par. 32). Enfin, dans *Sierra Club*, le juge Iacobucci, s’exprimant encore une fois au nom de la Cour à l’unanimité, a reformulé le test de manière à englober tout risque sérieux pour un « intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d’un litige » (par. 53). Il a en

case, a harm to a particular business interest would not have been sufficient, but the “general commercial interest of preserving confidential information” was an important interest because of its public character (para. 55). This is consistent with the fact that this test was developed in reference to the *Oakes* jurisprudence that focuses on the “pressing and substantial” objective of legislation of general application (*Oakes*, at pp. 138-39; see also *Mentuck*, at para. 31). The term “important interest” therefore captures a broad array of public objectives.

[42] While there is no closed list of important public interests for the purposes of this test, I share Iacobucci J.’s sense, explained in *Sierra Club*, that courts must be “cautious” and “alive to the fundamental importance of the open court rule” even at the earliest stage when they are identifying important public interests (para. 56). Determining what is an important public interest can be done in the abstract at the level of general principles that extend beyond the parties to the particular dispute (para. 55). By contrast, whether that interest is at “serious risk” is a fact-based finding that, for the judge considering the appropriateness of an order, is necessarily made in context. In this sense, the identification of, on the one hand, an important interest and, on the other, the seriousness of the risk to that interest are, theoretically at least, separate and qualitatively distinct operations. An order may therefore be refused simply because a valid important public interest is not at serious risk on the facts of a given case or, conversely, that the identified interests, regardless of whether they are at serious risk, do not have the requisite important public character as a matter of general principle.

[43] The test laid out in *Sierra Club* continues to be an appropriate guide for judicial discretion in cases like this one. The breadth of the category of

même temps précisé que l’intérêt important doit être exprimé en tant qu’intérêt public. Par exemple, à la lumière des faits de cette affaire, le préjudice causé à un intérêt commercial particulier n’aurait pas été suffisant, mais « l’intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels » constituait un intérêt important en raison de son caractère public (par. 55). Cette conclusion est compatible avec le fait que ce test a été élaboré à l’égard de la jurisprudence relative à l’arrêt *Oakes*, laquelle met l’accent sur l’objectif « urgen[t] et rée[l] » d’un texte de loi d’application générale (*Oakes*, p. 138-139; voir également *Mentuck*, par. 31). L’expression « intérêt important » vise donc un large éventail d’objectifs d’intérêt public.

[42] Bien qu’il n’y ait aucune liste exhaustive des intérêts publics importants pour l’application de ce test, je partage l’opinion du juge Iacobucci, exprimée dans *Sierra Club*, selon laquelle les tribunaux doivent faire preuve de « prudence » et « avoir pleinement conscience de l’importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires », même à la toute première étape lorsqu’ils constatent les intérêts publics importants (par. 56). Déterminer ce qu’est un intérêt public important peut se faire dans l’abstrait sur le plan des principes généraux qui vont au-delà des parties à un litige donné (par. 55). En revanche, la conclusion sur la question de savoir si un « risque sérieux » menace cet intérêt est une conclusion factuelle qui, pour le juge qui examine le caractère approprié d’une ordonnance, est nécessairement prise eu égard au contexte. En ce sens, le fait de constater, d’une part, un intérêt important et celui de constater, d’autre part, le caractère sérieux du risque auquel cet intérêt est exposé sont, en théorie du moins, des opérations séparées et qualitativement distinctes. Une ordonnance peut donc être refusée du simple fait qu’un intérêt public important valide n’est pas sérieusement menacé au vu des faits de l’affaire ou, à l’inverse, parce que les intérêts constatés, qu’ils soient ou non sérieusement menacés, ne présentent pas le caractère public important requis sur le plan des principes généraux.

[43] Le test énoncé dans *Sierra Club* continue d’être un guide approprié en ce qui a trait à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans des

“important interest” transcends the interests of the parties to the dispute and provides significant flexibility to address harm to fundamental values in our society that unqualified openness could cause (see, e.g., P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (4th ed. 2020), at para. 3.185; J. Bailey and J. Burkell, “Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication: Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information” (2016), 48 *Ottawa L. Rev.* 143, at pp. 154-55). At the same time, however, the requirement that a serious risk to an important interest be demonstrated imposes a meaningful threshold necessary to maintain the presumption of openness. Were it merely a matter of weighing the benefits of the limit on court openness against its negative effects, decision-makers confronted with concrete impacts on the individuals appearing before them may struggle to put adequate weight on the less immediate negative effects on the open court principle. Such balancing could be evasive of effective appellate review. To my mind, the structure provided by *Dagenais*, *Mentuck*, and *Sierra Club* remains appropriate and should be affirmed.

[44] Finally, I recall that the open court principle is engaged by all judicial proceedings, whatever their nature (*MacIntyre* at pp. 185-86; *Vancouver Sun*, at para. 31). To the extent the Trustees suggested, in their arguments about the negative effects of the sealing orders, that probate in Ontario does not engage the open court principle or that the openness of these proceedings has no public value, I disagree. The certificates the Trustees sought from the court are issued under the seal of that court, thereby bearing the imprimatur of the court’s authority. The court’s decision, even if rendered in a non-contentious setting, will have an impact on third parties, for example by establishing the testamentary paper that constitutes a valid will (see *Otis v. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221 (Ont. S.C.), at paras. 23-24). Contrary to what the Trustees argue, the matters in a probate file are not quintessentially private or fundamentally administrative. Obtaining a certificate of appointment of

affaires comme en l’espèce. L’étendue de la catégorie d’« intérêt important » transcende les intérêts des parties au litige et offre une grande souplesse pour remédier à l’atteinte aux valeurs fondamentales de notre société qu’une publicité absolue des procédures judiciaires pourrait causer (voir, p. ex., P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (4<sup>e</sup> éd. 2020), par. 3.185; J. Bailey et J. Burkell, « Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication : Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information » (2016), 48 *R.D. Ottawa* 143, p. 154-155). Parallèlement, cependant, l’obligation de démontrer l’existence d’un risque sérieux pour un intérêt important établit un seuil valable nécessaire au maintien de la présomption de publicité des débats. S’ils devaient tout simplement mettre en balance les avantages et les effets négatifs de l’imposition d’une limite à la publicité des débats judiciaires, les décideurs appelés à examiner les incidences concrètes pour les personnes qui comparaissent devant eux pourraient avoir du mal à accorder un poids suffisant aux effets négatifs moins immédiats sur le principe de la publicité des débats. Une telle pondération pourrait échapper à un contrôle efficace en appel. À mon avis, le cadre d’analyse fourni par les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club* demeure approprié et devrait être confirmé.

[44] Enfin, je rappelle que le principe de la publicité des débats judiciaires s’applique dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit leur nature (*MacIntyre*, p. 185-186; *Vancouver Sun*, par. 31). Je suis en désaccord avec les fiduciaires dans la mesure où ils affirment, dans leurs arguments sur les effets négatifs des ordonnances de mise sous scellés, que l’homologation successorale en Ontario ne fait pas intervenir le principe de la publicité des procédures judiciaires ou que la publicité de ces procédures n’a pas de valeur pour le public. Les certificats que les fiduciaires ont demandés au tribunal sont délivrés sous le sceau de ce tribunal, portant ainsi l’imprimatur du pouvoir judiciaire. La décision du tribunal, même si elle est rendue dans un contexte non contentieux, aura une incidence sur des tiers, par exemple en déterminant l’écrit testamentaire qui constitue un testament valide (voir *Otis c. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221 (C.S. Ont.), par. 23-24). Contrairement

estate trustee in Ontario is a court proceeding and the fundamental rationale for openness — discouraging mischief and ensuring confidence in the administration of justice through transparency — applies to probate proceedings and thus to the transfer of property under court authority and other matters affected by that court action.

[45] It is true that other non-probate estate planning mechanisms may allow for the transfer of wealth outside the ordinary avenues of testate or intestate succession — that is the case, for instance, for certain insurance and pension benefits, and for certain property held in co-ownership. But this does not change the necessarily open court character of probate proceedings. That non-probate transfers keep certain information related to the administration of an estate out of public view does not mean that the Trustees here, by seeking certificates from the court, somehow do not engage this principle. The Trustees seek the benefits that flow from the public judicial probate process: transparency ensures that the probate court’s authority is administered fairly and efficiently (*Vancouver Sun*, at para. 25; *New Brunswick*, at para. 22). The strong presumption in favour of openness plainly applies to probate proceedings and the Trustees must satisfy the test for discretionary limits on court openness.

#### B. *The Public Importance of Privacy*

[46] As mentioned, I disagree with the Trustees that an unbounded interest in privacy qualifies as an important public interest under the test for discretionary limits on court openness. Yet in some of its

à ce que les fiduciaires soutiennent, les questions soulevées dans un dossier d’homologation ne sont pas typiquement de nature privée ou fondamentalement de nature administrative. L’obtention d’un certificat de nomination à titre de fiduciaire d’une succession en Ontario est une procédure judiciaire, et la raison d’être fondamentale de la publicité des débats — décourager les actes malveillants et garantir la confiance dans l’administration de la justice par la transparence — s’applique aux procédures d’homologation et donc au transfert de biens sous l’autorité d’un tribunal ainsi qu’à d’autres questions touchées par ce recours judiciaire.

[45] Il est vrai que d’autres mécanismes de planification successorale non assujettis à une procédure d’homologation peuvent permettre que le transfert du patrimoine soit effectué en dehors des voies ordinaires de la succession testamentaire ou *ab intestat* — c’est le cas, par exemple, de certaines assurances et prestations de retraite, et de certains biens détenus en copropriété. Cependant, cela ne change rien au caractère nécessairement public des procédures d’homologation. Le fait que les transferts non assujettis à une procédure d’homologation soustraient aux regards du public certains renseignements se rapportant à l’administration d’une succession ne signifie pas que les fiduciaires en l’espèce, en demandant au tribunal de leur délivrer des certificats, ne font pas d’une façon ou d’une autre intervenir ce principe. Les fiduciaires sollicitent les avantages qui découlent de la procédure judiciaire publique d’homologation : la transparence garantit que le tribunal successoral exerce son pouvoir de manière équitable et efficace (*Vancouver Sun*, par. 25; *Nouveau-Brunswick*, par. 22). La forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires s’applique manifestement aux procédures d’homologation et les fiduciaires doivent satisfaire au test des limites discrétionnaires à cette publicité.

#### B. *L’importance pour le public de la protection de la vie privée*

[46] Comme il a été mentionné précédemment, je ne suis pas d’accord avec les fiduciaires pour dire qu’un intérêt illimité en matière de vie privée constitue un intérêt public important au sens du test des

manifestations, privacy does have social importance beyond the person most immediately concerned. On that basis, it cannot be excluded as an interest that could justify, in the right circumstances, a limit to court openness. Indeed, the public importance of privacy has been recognized by this Court in various settings, and this sheds light on why the narrower aspect of privacy related to the protection of dignity is an important public interest.

[47] I respectfully disagree with the manner in which the Court of Appeal disposed of the claim by the Trustees that there is a serious risk to the interest in protecting personal privacy in this case. For the appellate judges, the privacy concerns raised by the Trustees amounted to “[p]ersonal concerns” which cannot, “without more”, satisfy the requirement from *Sierra Club* that an important interest be framed as a public interest (para. 10). The Court of Appeal in our case relied, at para. 10, on *H. (M.E.) v. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321, in which it was held that “[p]urely personal interests cannot justify non-publication or sealing orders” (para. 25). Citing as authority judgments of this Court in *MacIntyre* and *Sierra Club*, the court continued by observing that “personal concerns of a litigant, including concerns about the very real emotional distress and embarrassment that can be occasioned to litigants when justice is done in public, will not, standing alone, satisfy the necessity branch of the test” (para. 25). Respectfully stated, the emphasis that the Court of Appeal placed on personal concerns as a means of deciding that the sealing orders failed to meet the necessity requirement in this case and in *Williams* is, I think, mistaken. Personal concerns that relate to aspects of the privacy of an individual who is before the courts can coincide with a public interest in confidentiality.

limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Pourtant, dans certaines de ses manifestations, la vie privée revêt une importance sociale allant au-delà de la personne la plus immédiatement touchée. Sur ce fondement, elle ne peut être exclue en tant qu’intérêt qui pourrait justifier, dans les circonstances appropriées, une limite à la publicité des débats judiciaires. En fait, la Cour a dans divers contextes reconnu l’importance pour le public de la vie privée, ce qui permet de mieux comprendre pourquoi l’aspect plus restreint de la vie privée lié à la protection de la dignité constitue un intérêt public important.

[47] Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à la manière dont la Cour d’appel a statué sur l’allegation des fiduciaires selon laquelle il existe un risque sérieux pour l’intérêt à la protection de la vie privée personnelle dans la présente affaire. Pour les juges d’appel, les préoccupations en matière de vie privée soulevées par les fiduciaires équivalent à des [TRADUCTION] « [p]réoccupations personnelles » qui ne peuvent, « à elles seules », satisfaire à l’exigence énoncée dans *Sierra Club* voulant qu’un intérêt important soit exprimé en tant qu’intérêt public (par. 10). Au paragraphe 10 de ses motifs dans l’affaire qui nous occupe, la Cour d’appel s’est appuyée sur l’arrêt *H. (M.E.) c. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321, où il a été conclu que [TRADUCTION] « [d]es intérêts purement personnels ne peuvent justifier des ordonnances de non-publication ou de mise sous scellés » (par. 25). Citant les arrêts *MacIntyre* et *Sierra Club* de notre Cour comme des décisions faisant autorité à cet égard, la cour a poursuivi en soulignant que « les préoccupations personnelles d’une partie, y compris les préoccupations relatives à la détresse émotionnelle et à l’embarras bien réels que peuvent subir les parties quand la justice est rendue en public, ne satisferont pas à elle seules au volet nécessité du test » (par. 25). En toute déférence, j’estime que la Cour d’appel a eu tort de mettre l’accent sur les préoccupations personnelles pour décider que les ordonnances de mise sous scellés ne satisfaisaient pas à l’exigence de la nécessité dans la présente affaire et dans *Williams*. Les préoccupations personnelles qui s’attachent à des aspects de la vie privée de la personne qui comparaît devant les tribunaux peuvent coïncider avec un intérêt public à la confidentialité.

[48] Like the Court of Appeal, I do agree with the view expressed particularly in the pre-*Charter* case of *MacIntyre*, that where court openness results in an intrusion on privacy which disturbs the “sensibilities of the individuals involved” (p. 185), that concern is generally insufficient to justify a sealing or like order and does not amount to an important public interest under *Sierra Club*. But I disagree with the Court of Appeal in this case and in *Williams* that this is because the intrusion only occasions “personal concerns”. Certain personal concerns — even “without more” — can coincide with important public interests within the meaning of *Sierra Club*. To invoke the expression of Binnie J. in *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880, at para. 10, there is a “public interest in confidentiality” that is felt, first and foremost, by the person involved and is most certainly a personal concern. Even in *Williams*, the Court of Appeal was careful to note that where, without privacy protection, an individual would face “a substantial risk of serious debilitating emotional . . . harm”, an exception to openness should be available (paras. 29-30). The means of discerning whether a privacy interest reflects a “public interest in confidentiality” is therefore not whether the interest reflects or is rooted in “personal concerns” for the privacy of the individuals involved. Some personal concerns relating to privacy overlap with public interests in confidentiality. These interests in privacy can be, in my view, important public interests within the meaning of *Sierra Club*. It is true that an individual’s privacy is pre-eminently important to that individual. But this Court has also long recognized that the protection of privacy is, in a variety of settings, in the interest of society as a whole.

[49] The proposition that privacy is important, not only to the affected individual but to our society, has deep roots in the jurisprudence of this Court outside the context of the test for discretionary limits on

[48] À l’instar de la Cour d’appel, je souscris à l’opinion exprimée en particulier dans *MacIntyre*, une affaire antérieure à la *Charte*, selon laquelle lorsque la publicité des débats judiciaires entraîne une atteinte à la vie privée qui perturbe « la susceptibilité des personnes en cause » (p. 185), cette préoccupation est généralement insuffisante pour justifier une ordonnance de mise sous scellés ou une ordonnance semblable et ne constitue pas un intérêt public important suivant l’arrêt *Sierra Club*. Cependant, je ne suis pas d’accord avec la Cour d’appel dans la présente affaire et dans *Williams* pour dire que c’est parce que l’atteinte n’occasionne que des [TRADUCTION] « préoccupations personnelles ». Certaines préoccupations personnelles — même « à elles seules » — peuvent coïncider avec des intérêts publics importants au sens de *Sierra Club*. Pour reprendre l’expression du juge Binnie dans *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880, par. 10, il y a un « droit du public à la confidentialité » qui touche, d’abord et avant tout, la personne concernée et qui est très certainement une préoccupation personnelle. Même dans *Williams*, la Cour d’appel a pris soin de souligner que lorsque, sans protection de la vie privée, une personne serait exposée à [TRADUCTION] « un risque important de préjudice émotionnel [. . .] débilisant », une exception à la publicité des débats devrait être permise (par. 29-30). Pour savoir si un intérêt en matière de vie privée reflète un « droit du public à la confidentialité », il ne s’agit donc pas de se demander si l’intérêt est le reflet ou tire sa source de « préoccupations personnelles » relatives à la vie privée des personnes concernées. Il y a chevauchement entre certaines préoccupations personnelles relatives à la vie privée et les intérêts du public en matière de confidentialité. Ces intérêts relatifs à la vie privée peuvent, à mon avis, être des intérêts publics importants au sens de *Sierra Club*. Il est vrai que la vie privée d’une personne est d’une importance primordiale pour celle-ci. Cependant, notre Cour reconnaît depuis longtemps que la protection de la vie privée est, dans divers contextes, dans l’intérêt de la société dans son ensemble.

[49] La proposition selon laquelle la vie privée est importante, non seulement pour la personne touchée, mais également pour notre société, est profondément enracinée dans la jurisprudence de la Cour en dehors

court openness. This background helps explain why privacy cannot be rejected as a mere personal concern. However, the key differences in these contexts are such that the public importance of privacy cannot be transposed to open courts without adaptation. Only specific aspects of privacy interests can qualify as important public interests under *Sierra Club*.

[50] In the context of s. 8 of the *Charter* and public sector privacy legislation, La Forest J. cited American privacy scholar Alan F. Westin for the proposition that privacy is a fundamental value of the modern state, first in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28 (concurring), and then in *Dagg*, at para. 65 (dissenting but not on this point). In the latter case, La Forest J. wrote: “The protection of privacy is a fundamental value in modern, democratic states. An expression of an individual’s unique personality or personhood, privacy is grounded on physical and moral autonomy — the freedom to engage in one’s own thoughts, actions and decisions” (para. 65 (citations omitted)). That statement was endorsed unanimously by this Court in *Lavigne*, at para. 25.

[51] Further, in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733 (“*UFCW*”), decided in the context of a statute regulating the use of information by organizations, the objective of providing an individual with some control over their information was recognized as “intimately connected to individual autonomy, dignity and privacy, self-evidently significant social values” (para. 24). The importance of privacy, its “quasi-constitutional status” and its role in protecting moral autonomy continues to find expression in our recent jurisprudence (see, e.g., *Lavigne*, at para. 24; *Bragg*, at para. 18, per Abella J., citing *Toronto Star Newspaper Ltd. v. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549, at paras. 40-41 and 44; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at para. 59).

du contexte du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Cela aide à expliquer pourquoi la vie privée ne saurait être rejetée en tant que simple préoccupation personnelle. Cependant, les différences clés dans ces contextes sont telles que l’importance pour le public de la vie privée ne saurait être transposée sans adaptation dans le contexte de la publicité des débats judiciaires. Seuls certains aspects particuliers des intérêts en matière de vie privée peuvent constituer des intérêts publics importants suivant l’arrêt *Sierra Club*.

[50] Dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* et des mesures législatives sur la protection de la vie privée dans le secteur public, le juge La Forest a cité un universitaire américain spécialiste de la vie privée, Alan F. Westin, à l’appui de la thèse selon laquelle la vie privée est une valeur fondamentale de l’État moderne; il l’a fait d’abord dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428 (motifs concordants), puis dans *Dagg*, par. 65 (dissident, mais non sur ce point). Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a écrit : « La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes. Étant l’expression de la personnalité ou de l’identité unique d’une personne, la notion de vie privée repose sur l’autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d’agir et de décider pour lui-même » (par. 65 (références omises)). Notre Cour a entériné à l’unanimité cette déclaration dans *Lavigne*, par. 25.

[51] De plus, dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleuses et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733 (« *TTUAC* »), qui a été jugé dans le contexte d’une loi régissant l’utilisation de renseignements par des organisations, il a été reconnu que l’objectif de fournir à une personne un certain droit de regard sur les renseignements la concernant était « intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l’importance va de soi » (par. 24). L’importance de la vie privée, son « caractère quasi constitutionnel » et son rôle dans la protection de l’autonomie morale continuent de trouver écho dans notre jurisprudence récente (voir, p. ex., *Lavigne*, par. 24; *Bragg*, par. 18, la juge Abella, citant *Toronto Star Newspaper Ltd. c. R.*,

In *Douez*, Karakatsanis, Wagner (as he then was) and Gascon JJ. underscored this same point, adding that “the growth of the Internet, virtually timeless with pervasive reach, has exacerbated the potential harm that may flow from incursions to a person’s privacy interests” (para. 59).

[52] Privacy as a public interest is underlined by specific aspects of privacy protection present in legislation at the federal and provincial levels (see, e.g., *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21; *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“PIPEDA”); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31; *Charter of Human Rights and Freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 5; *Civil Code of Québec*, arts. 35 to 41).<sup>3</sup> Further, in assessing the constitutionality of a legislative exception to the open court principle, this Court has recognized that the protection of individual privacy can be a pressing and substantial objective (*Edmonton Journal*, at p. 1345, per Cory J.; see also the concurring reasons of Wilson J., at p. 1354, in which “the public interest in protecting the privacy of litigants generally in matrimonial cases against the public interest in an open court process” was explicitly noted). There is also continued support for the social and public importance of individual privacy in the academic literature (see, e.g., A. J. Cockfield, “Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41, at p. 41; K. Hughes, “A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law” (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806, at p. 823; P. Gewirtz, “Privacy and Speech” (2001), *Sup. Ct. Rev.* 139, at p. 139). It is therefore inappropriate, in my respectful view, to dismiss the public interest in protecting privacy as merely a personal concern. This does not mean,

<sup>3</sup> At the time of writing the House of Commons is considering a bill that would replace part one of PIPEDA: Bill C-11, *An Act to enact the Consumer Privacy Protection Act and the Personal Information and Data Protection Tribunal Act and to make consequential and related amendments to other Acts*, 2nd Sess., 43rd Parl., 2020.

2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549, par. 40-41 et 44; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 59). Dans l’arrêt *Douez*, les juges Karakatsanis, Wagner (maintenant juge en chef) et Gascon ont insisté sur le même point, ajoutant que « la croissance d’Internet — un réseau quasi atemporel au rayonnement infini — a exacerbé le préjudice susceptible d’être infligé à une personne par une atteinte à son droit à la vie privée » (par. 59).

[52] La protection de la vie privée en tant qu’intérêt public est mise en évidence par des aspects particuliers de cette protection présents dans les lois fédérales et provinciales (voir, p. ex., *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21; *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« LPRPDE »); *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F.31; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 5; *Code civil du Québec*, art. 35 à 41)<sup>3</sup>. En outre, en examinant la constitutionnalité d’une exception législative au principe de la publicité des débats judiciaires, notre Cour a reconnu que la protection de la vie privée de la personne pouvait constituer un objectif urgent et réel (*Edmonton Journal*, p. 1345, le juge Cory; voir également les motifs concordants de la juge Wilson, à la p. 1354, dans lesquels a explicitement été souligné « l’intérêt public à la protection de la vie privée de l’ensemble des parties aux affaires matrimoniales par rapport à l’intérêt public à la publicité du processus judiciaire »). L’importance sociale et publique de la vie privée de la personne trouve également un appui continu dans la doctrine (voir, p. ex., A. J. Cockfield, « Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41, p. 41; K. Hughes, « A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806, p. 823; P. Gewirtz,

<sup>3</sup> Au moment de la rédaction des présents motifs, la Chambre des communes étudiait un projet de loi destiné à remplacer la première partie de la LPRPDE : le projet de loi C-11, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d’autres lois*, 2<sup>e</sup> sess., 43<sup>e</sup> lég., 2020.

however, that privacy generally is an important public interest in the context of limits on court openness.

[53] The fact that the case before the application judge concerned individuals who were advancing their own privacy interests, which were undeniably important to them as individuals, does not mean that there is no public interest at stake. In *F.N. (Re)*, this was the personal interest that young offenders had in remaining anonymous in court proceedings as a means of encouraging their personal rehabilitation (para. 11). All of society had a stake, according to Binnie J., in the young person’s personal prospect for rehabilitation. This same idea from *F.N. (Re)* was cited in support of finding the interest in *Sierra Club* to be a public interest. That interest, rooted first in an agreement of personal concern to the contracting parties involved, was a private matter that evinced, alongside its personal interest to the parties, a “public interest in confidentiality” (*Sierra Club*, at para. 55). Similarly, while the Trustees have a personal interest in preserving their privacy, this does not mean that the public has no stake in this same interest because — as this Court has made clear — it is related to moral autonomy and dignity which are pressing and substantial concerns.

[54] In this appeal, the Toronto Star suggests that legitimate privacy concerns would be effectively protected by a discretionary order where there is “something more” to elevate them beyond personal concerns and sensibilities (R.F., at para. 73). The Income Security Advocacy Centre, by way of example, submits that privacy serves the public interests of preventing harm and of ensuring individuals are not dissuaded from accessing the courts. I agree that these concepts are related, but in my view care must be taken not to conflate the public importance of

« Privacy and Speech », [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139, p. 139). Il est donc inapproprié, en toute déférence, de rejeter l’intérêt du public à la protection de la vie privée au motif qu’il s’agit d’une simple préoccupation personnelle. Cela ne signifie pas, cependant, que la vie privée est, de façon générale, un intérêt public important dans le contexte de l’imposition de limites à la publicité des débats judiciaires.

[53] Le fait que l’affaire dont était saisi le juge de première instance concernait des personnes défendant leurs propres intérêts en matière de vie privée, intérêts qui étaient indéniablement importants pour elles en tant qu’individus, ne signifie pas qu’il n’y a aucun intérêt public en jeu. Dans *F.N. (Re)*, il était question de l’intérêt personnel que les jeunes contrevenants avaient à garder l’anonymat dans les procédures judiciaires afin de favoriser leur réadaptation personnelle (par. 11). Selon le juge Binnie, la société dans son ensemble avait un intérêt dans les perspectives personnelles de réadaptation de l’adolescent visé. Cette même idée exposée dans *F.N. (Re)* a été citée à l’appui de la conclusion selon laquelle l’intérêt en cause dans *Sierra Club* était un intérêt public. Cet intérêt, qui prenait tout d’abord sa source dans une entente touchant personnellement les parties contractantes concernées, était une question de nature privée qui, en plus de son intérêt personnel pour les parties, faisait état d’un « intérêt public à la confidentialité » (*Sierra Club*, par. 55). De même, si les fiduciaires ont un intérêt personnel à protéger leur vie privée, cela ne signifie pas que le public n’a pas un intérêt à cet égard, car — comme l’a clairement souligné la Cour —, cet intérêt est lié à l’autonomie morale et à la dignité, lesquelles constituent des préoccupations urgentes et réelles.

[54] Dans le présent pourvoi, le Toronto Star avance que les préoccupations légitimes en matière de vie privée seraient efficacement protégées par une ordonnance discrétionnaire dans le cas où il y aurait [TRADUCTION] « quelque chose de plus » pour les élever au-delà des préoccupations et de la susceptibilité personnelles (m.i., par. 73). Le Centre d’action pour la sécurité du revenu, par exemple, soutient que la protection de la vie privée sert les intérêts du public qui consistent à prévenir les préjudices et à faire en sorte que les particuliers ne soient pas

privacy with that of other interests; aspects of privacy, such as dignity, may constitute important public interests in and of themselves. A risk to personal privacy may be tied to a risk to psychological harm, as it was in *Bragg* (para. 14; see also J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings, and Sealing Orders* (loose-leaf), s. 2.4.1). But concerns for privacy may not always coincide with a desire to avoid psychological harm, and may focus instead, for example, on protecting one's professional standing (see, e.g., *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200, at paras. 76, 78 and 87-88). Similarly, there may be circumstances where the prospect of surrendering the personal information necessary to pursue a legal claim may deter an individual from bringing that claim (see *S. v. Lamontagne*, 2020 QCCA 663, at paras. 34-35 (CanLII)). In the same way, the prospect of surrendering sensitive commercial information would have impaired the conduct of the party's defence in *Sierra Club* (at para. 71), or could pressure an individual into settling a dispute prematurely (K. Eltis, *Courts, Litigants and the Digital Age* (2nd ed. 2016), at p. 86). But this does not necessarily mean that a public interest in privacy is wholly subsumed by such concerns. I note, for example, that access to justice concerns do not apply where the privacy interest to be protected is that of a third party to the litigation, such as a witness, whose access to the courts is not at stake and who has no choice available to terminate the litigation and avoid any privacy impacts (see, e.g., *Himel v. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357, at para. 58; see also Rossiter, s. 2.4.2(2)). In any event, the recognition of these related and valid important public interests does not answer the question as to whether aspects of privacy in and of themselves are important public interests and does not diminish the distinctive public character of privacy, considered above.

dissuadés de recourir aux tribunaux. Je reconnais que ces notions sont liées, mais il faut, à mon avis, prendre soin de ne pas confondre l'importance pour le public de la vie privée avec l'importance pour le public d'autres intérêts; des aspects de la vie privée, comme la dignité, peuvent constituer des intérêts publics importants en soi. Un risque pour la vie privée personnelle peut être lié à un risque de préjudice psychologique, comme c'était le cas dans l'affaire *Bragg* (par. 14; voir également J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders* (feuilles mobiles), section 2.4.1). Cependant, il se peut que les préoccupations relatives à la vie privée ne coïncident pas toujours avec le désir d'éviter un préjudice psychologique et soient plutôt axées, par exemple, sur la protection de la réputation professionnelle d'une personne (voir, p. ex., *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200, par. 76, 78 et 87-88). De même, il peut y avoir des circonstances où la perspective de devoir communiquer les renseignements personnels nécessaires à la poursuite d'une action en justice peut dissuader une personne d'intenter cette action (voir *S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663, par. 34-35 (CanLII)). De la même manière, la perspective de devoir communiquer des renseignements commerciaux sensibles aurait nui à la conduite de la défense d'une partie dans *Sierra Club* (par. 71), ou pourrait inciter une personne à régler un litige prématurément (K. Eltis, *Courts, Litigants, and the Digital Age* (2<sup>e</sup> éd. 2016), p. 86). Cependant, cela ne signifie pas nécessairement qu'un intérêt public en matière de vie privée est entièrement subsumé dans de telles préoccupations. Je tiens à souligner, par exemple, que les préoccupations relatives à l'accès à la justice ne s'appliquent pas lorsque l'intérêt à protéger en matière de vie privée est celui d'un tiers au litige, comme un témoin, dont l'accès aux tribunaux n'est pas en cause et à qui il n'est pas loisible de mettre fin au litige et d'éviter toute incidence sur sa vie privée (voir, p. ex., *Himel c. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357, par. 58; voir également Rossiter, section 2.4.2(2)). En tout état de cause, la reconnaissance de ces importants intérêts publics connexes et valides ne permet pas de savoir si certains aspects de la vie privée constituent en eux-mêmes des intérêts publics importants et ne diminue en rien le caractère public distinctif de la vie privée, examiné précédemment.

[55] Indeed, the specific harms to privacy occasioned by open courts have not gone unnoticed nor been discounted as merely personal concerns. Courts have exercised their discretion to limit court openness in order to protect personal information from publicity, including to prevent the disclosure of sexual orientation (see, e.g., *Paterson*, at paras. 76, 78 and 87-88), HIV status (see, e.g., *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629, at para. 9 (CanLII)), and a history of substance abuse and criminality (see, e.g., *R. v. Pickton*, 2010 BCSC 1198, at paras. 11 and 20 (CanLII)). This need to reconcile the public interest in privacy with the open court principle has been highlighted by this Court (see, e.g., *Edmonton Journal*, at p. 1353, per Wilson J.). Writing extra-judicially, McLachlin C.J. explained that “[i]f we are serious about peoples’ private lives, we must preserve a modicum of privacy. Equally, if we are serious about our justice system, we must have open courts. The question is how to reconcile these dual imperatives in a fair and principled way” (“Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1, at p. 4). In seeking that reconciliation, the question becomes whether the relevant dimension of privacy amounts to an important public interest that, when seriously at risk, would justify rebutting the strong presumption favouring open courts.

C. *The Important Public Interest in Privacy Bears on the Protection of Individual Dignity*

[56] While the public importance of privacy has clearly been recognized by this Court in various settings, caution is required in deploying this concept in the test for discretionary limits on court openness. It is a matter of settled law that open court proceedings by their nature can be a source of discomfort and embarrassment and these intrusions on privacy

[55] En fait, les atteintes particulières à la vie privée ayant été occasionnées par la publicité des débats judiciaires ne sont pas passées inaperçues et n’ont pas non plus été écartées au motif qu’il s’agissait de simples préoccupations personnelles. Les tribunaux ont exercé leur pouvoir discrétionnaire de limiter la publicité des débats judiciaires afin de protéger les renseignements personnels de la publicité, y compris pour empêcher que soient divulgués l’orientation sexuelle d’une personne (voir, p. ex., *Paterson*, par. 76, 78 et 87-88), sa séropositivité (voir, p. ex., *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629, par. 9 (CanLII)), et ses antécédents de toxicomanie et de criminalité (voir, p. ex., *R. c. Pickton*, 2010 BCSC 1198, par. 11 et 20 (CanLII)). Notre Cour a souligné cette nécessité de concilier l’intérêt du public à l’égard de la vie privée et le principe de la publicité des débats judiciaires (voir, p. ex., *Edmonton Journal*, p. 1353, la juge Wilson). Dans un article de doctrine, la juge en chef McLachlin a expliqué que [TRADUCTION] « [s]i nous nous préoccupons sérieusement de la vie intime des gens, nous devons protéger un minimum de vie privée. De même, si nous nous préoccupons sérieusement de notre système judiciaire, les débats judiciaires doivent être publics. La question est de savoir comment concilier ces deux impératifs d’une manière qui soit équitable et raisonnée » (« Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1, p. 4). En cherchant à concilier ces deux impératifs, il faut alors se demander si la dimension de la vie privée en cause constitue un intérêt public important qui, lorsqu’il est sérieusement menacé, justifierait de réfuter la forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires.

C. *L’intérêt public important en matière de vie privée se rapporte à la protection de la dignité de la personne*

[56] Bien que l’importance pour le public de la protection de la vie privée ait clairement été reconnue par la Cour dans divers contextes, la prudence est de mise lorsqu’il s’agit d’utiliser cette notion dans le cadre du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Il est bien établi en droit que les procédures judiciaires publiques, de par leur

are generally seen as of insufficient importance to overcome the presumption of openness. The Toronto Star has raised the concern that recognizing privacy as an important public interest will lower the burden for applicants because the privacy of litigants will, in some respects, always be at risk in court proceedings. I agree that the requirement to show a serious risk to an important interest is a key threshold component of the analysis that must be preserved in order to protect the open court principle. The recognition of a public interest in privacy could threaten the strong presumption of openness if privacy is cast too broadly without a view to its public character.

[57] Privacy poses challenges in the test for discretionary limits on court openness because of the necessary dissemination of information that openness implies. It bears recalling that when Dickson J., as he then was, wrote in *MacIntyre* that “covertness is the exception and openness the rule”, he was explicitly treating a privacy argument, returning to and dismissing the view, urged many times before, “that the ‘privacy’ of litigants requires that the public be excluded from court proceedings” (p. 185 (emphasis added)). Dickson J. rejected the view that personal privacy concerns require closed courtroom doors, explaining that “[a]s a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings” (*ibid.*).

[58] Though writing before *Dagenais*, and therefore not commenting on the specific steps of the analysis as we now understand them, to my mind, Dickson J. was right to recognize that the open court principle brings necessary limits to the right to privacy. While individuals may have an expectation that information about them will not be revealed in judicial proceedings, the open court principle stands presumptively in opposition to that expectation. For

nature, peuvent être une source de désagrément et d’embarras, et l’on considère généralement que ces atteintes à la vie privée ne sont pas suffisamment importantes pour réfuter la présomption de publicité des débats. Le Toronto Star a exprimé la crainte que la reconnaissance de la vie privée en tant qu’intérêt public important n’allège le fardeau de preuve incombant aux demandeurs, car la vie privée des parties à un litige sera, à certains égards, toujours menacée dans les procédures judiciaires. Je conviens que l’exigence de démontrer l’existence d’un risque sérieux pour un intérêt important est un élément préliminaire clé de l’analyse qui doit être maintenu afin de protéger le principe de la publicité des débats judiciaires. La reconnaissance d’un intérêt public en matière de vie privée pourrait menacer la forte présomption de publicité si la vie privée est définie trop largement sans tenir compte de son caractère public.

[57] La vie privée pose des défis dans l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires en raison de la diffusion nécessaire de renseignements que supposent des procédures publiques. Il convient de rappeler que lorsqu’il a écrit, dans l’arrêt *MacIntyre*, que « le secret est l’exception et que la publicité est la règle », le juge Dickson, plus tard juge en chef, examinait explicitement un argument relatif à la vie privée en revenant sur un point de vue préconisé maintes fois auparavant devant les tribunaux selon lequel « le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos » (p. 185 (je souligne)), et en rejetant celui-ci. Le juge Dickson a rejeté l’opinion selon laquelle les préoccupations personnelles en matière de vie privée exigent des audiences à huis clos, expliquant qu’« [e]n règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu’on exclut le public des procédures judiciaires » (*ibid.*).

[58] Bien qu’il ait rendu sa décision avant le prononcé de l’arrêt *Dagenais* et qu’il ne commente donc pas les étapes précises de l’analyse telles que nous les comprenons aujourd’hui, j’estime que le juge Dickson a, à juste titre, reconnu que le principe de la publicité des débats judiciaires apporte des limites nécessaires au droit à la vie privée. Quoique les particuliers puissent s’attendre à ce que les renseignements qui les concernent ne soient pas révélés

example, in *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, LeBel J. held that “a party who institutes a legal proceeding waives his or her right to privacy, at least in part” (para. 42). *MacIntyre* and cases like it recognize — in stating that openness is the rule and covertness the exception — that the right to privacy, however defined, in some measure gives way to the open court ideal. I share the view that the open court principle presumes that this limit on the right to privacy is justified.

[59] The *Toronto Star* is therefore right to say that the privacy of individuals will very often be at some risk in court proceedings. Disputes between and concerning individuals that play out in open court necessarily reveal information that may have otherwise remained out of public view. Indeed, much like the Court of Appeal in this case, courts have explicitly adverted to this concern when concluding that mere inconvenience is insufficient to cross the initial threshold of the test (see, e.g., *3834310 Canada inc. v. Chamberland*, 2004 CanLII 4122 (Que. C.A.), at para. 30). Saying that any impact on individual privacy is sufficient to establish a serious risk to an important public interest for the purposes of the test for discretionary limits on court openness could render this initial requirement moot. Many cases would turn on the balancing at the proportionality stage. Such a development would amount to a departure from *Sierra Club*, which is the appropriate framework and one which must be preserved.

[60] Further, recognizing an important interest in privacy generally could prove to be too open-ended and difficult to apply. Privacy is a complex and contextual concept (*Dagg*, at para. 67; see also B. McIsaac, K. Klein and S. Brown, *The Law of Privacy in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 1-4; D. J. Solove, “Conceptualizing Privacy” (2002), 90

dans le cadre de procédures judiciaires, le principe de la publicité des débats judiciaires s’oppose par présomption à cette attente. Par exemple, dans l’arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, le juge LeBel a conclu que la « partie qui engage un débat judiciaire renonce, à tout le moins en partie, à la protection de sa vie privée » (par. 42). L’arrêt *MacIntyre* et les jugements similaires reconnaissent — en affirmant que la publicité est la règle et le secret, l’exception — que le droit à la vie privée, quelle qu’en soit la définition, cède le pas, dans une certaine mesure, à l’idéal de la publicité des débats judiciaires. Je partage le point de vue selon lequel le principe de la publicité des débats suppose que cette limite au droit à la vie privée est justifiée.

[59] Le *Toronto Star* a donc raison d’affirmer que la vie privée des personnes sera très souvent en quelque sorte menacée dans les procédures judiciaires. Les litiges entre et concernant des particuliers qui se déroulent dans le cadre de débats judiciaires publics révèlent nécessairement des renseignements qui pourraient autrement être restés à l’abri des regards du public. En fait, tout comme la Cour d’appel en l’espèce, les tribunaux ont explicitement fait mention de cette préoccupation lorsqu’ils ont conclu que de simples inconvénients ne suffisaient pas à franchir le seuil initial du test (voir, p. ex., *3834310 Canada inc. c. Chamberland*, 2004 CanLII 4122 (C.A. Qc), par. 30). Affirmer que toute incidence sur la vie privée d’une personne suffit à établir un risque sérieux pour un intérêt public important pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires pourrait rendre cette exigence préliminaire théorique. Le sort de nombreuses causes dépendrait de la pondération à l’étape de la proportionnalité. Une telle évolution reviendrait à déroger à l’arrêt *Sierra Club*, qui constitue le cadre approprié à appliquer, lequel doit être maintenu.

[60] De plus, la reconnaissance d’un intérêt important à l’égard de la notion générale de vie privée pourrait s’avérer trop indéterminée et difficile à appliquer. La vie privée est une notion complexe et contextuelle (*Dagg*, par. 67; voir également B. McIsaac, K. Klein et S. Brown, *The Law of Privacy in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-4; D. J.

*Cal. L. Rev.* 1087, at p. 1090). Indeed, this Court has described the nature of limits of privacy as being in a state of “theoretical disarray” (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 35). Much turns on the context in which privacy is invoked. I agree with the *Toronto Star* that a bald recognition of privacy as an important interest in the context of the test for discretionary limits on court openness, as the Trustees advance here, would invite considerable confusion. It would be difficult for courts to measure a serious risk to such an interest because of its multi-faceted nature.

[61] While I acknowledge these concerns have merit, I disagree that they require that privacy never be considered in determining whether there is a serious risk to an important public interest. I reach this conclusion for two reasons. First, the problem of privacy’s complexity can be attenuated by focusing on the purpose underlying the public protection of privacy as it is relevant to the judicial process, in order to fix precisely on that aspect which transcends the interests of the parties in this context. That narrower dimension of privacy is the protection of dignity, an important public interest that can be threatened by open courts. Indeed, rather than attempting to apply a single unwieldy concept of privacy in all contexts, this Court has generally fixed on more specific privacy interests tailored to the particular situation (*Spencer*, at para. 35; *Edmonton Journal*, at p. 1362, per Wilson J.). That is what must be done here, with a view to identifying the public aspect of privacy that openness might inappropriately undermine.

[62] Second, I recall that in order to pass the first stage of the analysis one must not simply invoke an important interest, but must also overcome the presumption of openness by showing a serious risk to this interest. The burden of showing a risk to such

Solove, « Conceptualizing Privacy » (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087, p. 1090). En fait, notre Cour a décrit la nature des limites à la vie privée comme étant dans un état de « confusion [. . .] sur le plan théorique » (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 35). Cela dépend en grande partie du contexte dans lequel la vie privée est invoquée. Je suis d’accord avec le *Toronto Star* pour dire que la reconnaissance de la vie privée, sans nuances, comme un intérêt important dans le contexte du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, ainsi que le revendiquent les fiduciaires en l’espèce, susciterait énormément de confusion. Il serait difficile pour les tribunaux de mesurer un risque sérieux pour un tel intérêt, en raison de ses multiples facettes.

[61] Bien que je reconnaisse la validité de ces préoccupations, je ne suis pas d’accord pour dire qu’elles exigent que la vie privée ne soit jamais prise en considération lorsqu’il s’agit de décider s’il existe un risque sérieux pour un intérêt public important. J’arrive à cette conclusion pour deux raisons. Premièrement, il est possible d’atténuer le problème de la complexité de la vie privée en se concentrant sur l’objectif qui sous-tend la protection publique de la vie privée, lequel est pertinent dans le cadre du processus judiciaire, de manière à s’en tenir précisément à l’aspect qui transcende les intérêts des parties dans ce contexte. Cette dimension plus restreinte de la vie privée est la protection de la dignité, un intérêt public important qui peut être menacé par la publicité des débats judiciaires. D’ailleurs, plutôt que d’essayer d’appliquer une notion unique et complexe de la vie privée à tous les contextes, notre Cour s’est généralement arrêtée sur des intérêts plus précis en matière de vie privée adaptés à la situation particulière en cause (*Spencer*, par. 35; *Edmonton Journal*, p. 1362, la juge Wilson). C’est ce qu’il faut faire en l’espèce, en vue de cerner l’aspect public de la vie privée que la publicité des débats risque de miner indûment.

[62] Deuxièmement, je rappelle que, pour franchir la première étape de l’analyse, il ne suffit pas d’invoquer un intérêt important, mais il faut aussi réfuter la présomption de publicité des débats en démontrant l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt. Le

an interest on the facts of a given case constitutes the true initial threshold on the person seeking to restrict openness. It is never sufficient to plead a recognized important public interest on its own. The demonstration of a serious risk to this interest is still required. What is important is that the interest be accurately defined to capture only those aspects of privacy that engage legitimate public objectives such that showing a serious risk to that interest remains a high bar. In this way, courts can effectively maintain the guarantee of presumptive openness.

[63] Specifically, in order to preserve the integrity of the open court principle, an important public interest concerned with the protection of dignity should be understood to be seriously at risk only in limited cases. Nothing here displaces the principle that covertness in court proceedings must be exceptional. Neither the sensibilities of individuals nor the fact that openness is disadvantageous, embarrassing or distressing to certain individuals will generally on their own warrant interference with court openness (*MacIntyre*, at p. 185; *New Brunswick*, at para. 40; *Williams*, at para. 30; *Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166, at para. 97). These principles do not preclude recognizing the public character of a privacy interest as important when it is related to the protection of dignity. They merely require that a serious risk be shown to exist in respect of this interest in order to justify, exceptionally, a limit on openness, as is the case with any important public interest under *Sierra Club*. As Professors Sylvette Guillemard and Séverine Menétrey explain, [TRANSLATION] “[t]he confidentiality of the proceedings may be justified, in particular, in order to protect the parties’ privacy . . . . However, the jurisprudence indicates that embarrassment or shame is not a sufficient reason to order that proceedings be held *in camera* or to impose a publication ban” (*Comprendre la procédure civile québécoise* (2nd ed. 2017), at p. 57).

fardeau d’établir l’existence d’un risque pour un tel intérêt au vu des faits d’une affaire donnée constitue le véritable seuil initial à franchir pour la personne cherchant à restreindre la publicité. Il n’est jamais suffisant d’alléguer la seule existence d’un intérêt public important reconnu. Démontrer l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt demeure toujours nécessaire. Ce qui importe, c’est que l’intérêt soit précisément défini de manière à ce qu’il n’englobe que les aspects de la vie privée qui font entrer en jeu des objectifs publics légitimes, de sorte que le seuil à franchir pour établir l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt demeure élevé. De cette manière, les tribunaux peuvent efficacement maintenir la garantie de la présomption de publicité des débats.

[63] Plus particulièrement, pour maintenir l’intégrité du principe de la publicité des débats judiciaires, un intérêt public important à l’égard de la protection de la dignité devrait être considéré sérieusement menacé seulement dans des cas limités. Rien en l’espèce n’écarter le principe selon lequel le secret en matière de procédures judiciaires doit être exceptionnel. Ni la susceptibilité des gens ni le fait que la publicité soit désavantageuse, embarrassante ou pénible pour certaines personnes ne justifieront généralement, à eux seuls, une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires (*MacIntyre*, p. 185; *Nouveau-Brunswick*, par. 40; *Williams*, par. 30; *Coltsfoot Publishing Ltd. c. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166, par. 97). Ces principes n’empêchent pas de reconnaître l’importance du caractère public d’un intérêt en matière de vie privée quand celui-ci est lié à la protection de la dignité. Ils obligent simplement à faire la preuve de l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt de manière à justifier, à titre exceptionnel, une restriction à la publicité des débats, comme c’est le cas pour tout intérêt public important au regard de l’arrêt *Sierra Club*. Comme l’expliquent les professeures Sylvette Guillemard et Séverine Menétrey, « [l]a confidentialité des débats peut se justifier notamment pour protéger la vie privée des parties [. . .] La jurisprudence affirme cependant que l’embarras ou la honte ne sont pas des motifs suffisants pour ordonner le huis clos ou la non-publication » (*Comprendre la procédure civile québécoise* (2<sup>e</sup> éd. 2017), p. 57).

[64] How should the privacy interest at issue be understood as raising an important public interest relevant to the test for discretionary limits on court openness in this context? It is helpful to recall that the orders below were sought to limit access to documents and information in the court files. The Trustees' argument on this point focused squarely on the risk of immediate and widespread dissemination of the personally identifying and other sensitive information contained in the sealed materials by the *Toronto Star*. The Trustees submit that this dissemination would constitute an unwarranted intrusion into the privacy of the affected individuals beyond the upset they have already suffered as a result of the publicity associated with the death of the Shermans.

[65] In my view, there is value in leaving individuals free to restrict when, how and to what extent highly sensitive information about them is communicated to others in the public sphere, because choosing how we present ourselves in public preserves our moral autonomy and dignity as individuals. This Court has had occasion to underscore the connection between the privacy interest engaged by open courts and the protection of dignity specifically. For example, in *Edmonton Journal*, Wilson J. noted that the impugned provision which would limit publication about matrimonial proceedings addressed "a somewhat different aspect of privacy, one more closely related to the protection of one's dignity . . . namely the personal anguish and loss of dignity that may result from having embarrassing details of one's private life printed in the newspapers" (pp. 1363-64). In *Bragg*, as a further example, the protection of a young person's ability to control sensitive information was said to foster respect for "dignity, personal integrity and autonomy" (para. 18, citing *Toronto Star Newspaper Ltd.*, at para. 44).

[64] Comment devrait-on considérer que l'intérêt en matière de vie privée en cause soulève un intérêt public important qui est pertinent pour les besoins du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires dans le présent contexte? Il est utile de rappeler que les ordonnances rendues en première instance avaient été demandées pour limiter l'accès aux documents et aux renseignements figurant dans les dossiers judiciaires. L'argument des fiduciaires sur ce point était directement axé sur le risque de diffusion immédiate et à grande échelle, par le *Toronto Star*, de renseignements permettant d'identifier des personnes ainsi que d'autres renseignements sensibles contenus dans les documents placés sous scellés. Les fiduciaires soutiennent que cette diffusion constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée des personnes touchées, qui s'ajouterait à la contrariété qu'elles ont déjà subie en raison de la publicité ayant entouré le décès des Sherman.

[65] À mon avis, il est bon de laisser les personnes libres de fixer des limites quant à savoir à quel moment les renseignements très sensibles les concernant seront communiqués à d'autres personnes dans la sphère publique, et de quelle manière et dans quelle mesure ils le seront. En effet, en choisissant la manière dont on se présente en public, on protège son autonomie morale et sa dignité en tant que personne. La Cour a eu l'occasion de faire ressortir le lien entre l'intérêt en matière de vie privée mis en jeu par la tenue de procédures judiciaires publiques et la protection de la dignité plus particulièrement. Par exemple, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, la juge Wilson a souligné que la disposition contestée, qui devait avoir pour effet de limiter la publication de détails sur des procédures matrimoniales, portait sur « un aspect un peu différent de la vie privée, un aspect qui se rapproche davantage de la protection de la dignité personnelle [. . .], c'est-à-dire l'angoisse et la perte de dignité personnelle qui peuvent résulter de la publication dans les journaux de détails gênants de la vie privée d'une personne » (p. 1363-1364). Citons comme autre exemple l'affaire *Bragg*, dans laquelle la protection de la capacité des jeunes à contrôler des renseignements sensibles avait été considérée comme favorisant le respect [TRADUCTION] « de leur dignité, de leur intégrité personnelle et de leur autonomie » (par. 18, citant *Toronto Star Newspaper Ltd.*, par. 44).

[66] Consistent with this jurisprudence, I note by way of example that the Quebec legislature expressly highlighted the preservation of dignity when the *Sierra Club* test was codified in the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“C.C.P.”), art. 12 (see also Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 12). Under art. 12 C.C.P., a discretionary exception to the open court principle can be made by the court if “public order, in particular the preservation of the dignity of the persons involved or the protection of substantial and legitimate interests”, requires it.

[67] The concept of public order evidences flexibility analogous to the concept of an important public interest under *Sierra Club* yet it recalls that the interest invoked transcends, in importance and consequence, the purely subjective sensibilities of the persons affected. Like the “important public interest” that must be at serious risk to justify the sealing orders in the present appeal, public order encompasses a wide array of general principles and imperative norms identified by a legislature and the courts as fundamental to a given society (see *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719, at paras. 42-44, citing *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2570, aff’d [1997] 3 S.C.R. 844). As one Quebec judge wrote, referring to *Sierra Club* prior to the enactment of art. 12 C.C.P., the interest must be understood as defined [TRANSLATION] “in terms of a public interest in confidentiality” (see *3834310 Canada inc.*, at para. 24, per Gendreau J.A. for the Court of appeal). From among the various considerations that make up the concept of public order and other legitimate interests to which art. 12 C.C.P. alludes, it is significant that dignity, and not an untailed reference to either privacy, harm or access to justice, was given pride of place. Indeed, it is that narrow aspect of privacy considered to be a fundamental right that courts had fixed upon before the enactment of art. 12 C.C.P. — [TRANSLATION] “what is part of one’s personal life, in short, what constitutes a minimum personal sphere” (*Godbout*, at p. 2569, per Baudouin J.A.; see also *A. v. B.*, 1990

[66] Conformément à cette jurisprudence, je relève, par exemple, que le législateur québécois a expressément fait ressortir la protection de la dignité lorsque le test énoncé dans l’arrêt *Sierra Club* a été codifié dans le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« C.p.c. »), art. 12 (voir Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 12). Selon l’art. 12 C.p.c., un tribunal peut faire exception de façon discrétionnaire au principe de la publicité si « l’ordre public, notamment la protection de la dignité des personnes concernées par une demande, ou la protection d’intérêts légitimes importants » l’exige.

[67] La notion d’ordre public témoigne d’une souplesse analogue à la notion d’intérêt public important suivant l’arrêt *Sierra Club*; elle rappelle pourtant que l’intérêt invoqué transcende, en ce qui a trait à son importance et à ses conséquences, la susceptibilité purement subjective des personnes touchées. Tout comme l’« intérêt public important » qui doit être sérieusement menacé pour justifier des ordonnances de mise sous scellés dans le présent pourvoi, l’ordre public englobe un large éventail de principes généraux et de normes impératives qu’un législateur et les tribunaux considèrent comme fondamentaux pour une société donnée (voir *Goulet c. Cie d’Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719, par. 42-44, citant *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2570, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844). Comme l’a écrit un juge québécois en renvoyant à l’arrêt *Sierra Club* avant l’adoption de l’art. 12 C.p.c., l’intérêt doit être considéré comme étant défini « en termes d’intérêt public à la confidentialité » (voir *3834310 Canada inc.*, par. 24, le juge Gendreau s’exprimant au nom de la Cour d’appel). Parmi les diverses considérations qui composent la notion d’ordre public et d’autres intérêts légitimes évoqués par l’art. 12 C.p.c., il est significatif que la dignité, et non une référence générale à la vie privée, au préjudice ou à l’accès à la justice, se soit vu accorder une place de choix. En effet, c’est cet aspect restreint de la vie privée considéré comme un droit fondamental que les tribunaux ont retenu avant l’adoption de l’art. 12 C.p.c. — « ce qui fait partie de la vie intime de la personne, bref ce qui constitue un

CanLII 3132 (Que. C.A.), at para. 20, per Rothman J.A.).

[68] The “preservation of the dignity of the persons involved” is now consecrated as the archetypal public order interest in art. 12 *C.C.P.* It is the exemplar of the *Sierra Club* important public interest in confidentiality that stands as justification for an exception to openness (S. Rochette and J.-F. Côté, “Article 12”, in L. Chamberland, ed., *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations* (5th ed. 2020), vol. 1, at p. 102; D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (6th ed. 2020), vol. 1, at para. 1-111). Dignity gives concrete expression to this public order interest because all of society has a stake in its preservation, notwithstanding its personal connections to the individuals concerned. This codification of *Sierra Club*’s notion of important public interest highlights the superordinate importance of human dignity and the appropriateness of limiting court openness on this basis as against an overbroad understanding of privacy that might be otherwise unsuitable to the open court context.

[69] Consistent with this idea, understanding privacy as predicated on dignity has been advanced as useful in connection with challenges brought by digital communications (K. Eltis, “The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context” (2011), 56 *McGill L.J.* 289, at p. 314).

[70] It is also significant, in my view, that the application judge in this case explicitly recognized, in response to the relevant arguments from the Trustees, an interest in “protecting the privacy and dignity of victims of crime and their loved ones” (para. 23 (emphasis added)). This elucidates that the central concern for the affected individuals on this point is not merely protecting their privacy for its own sake but privacy where it coincides with the public character of the dignity interests of these individuals.

cercle personnel irréductible » (*Godbout*, p. 2569, le juge Baudouin; voir également *A. c. B.*, 1990 CanLII 3132 (C.A. Qc), par. 20, le juge Rothman).

[68] La « protection de la dignité des personnes concernées » est désormais consacrée comme l’archétype de l’intérêt d’ordre public à l’art. 12 *C.p.c.* C’est le modèle de l’intérêt public important à la confidentialité de *Sierra Club* qui sert à justifier une exception à la publicité des débats (S. Rochette et J.-F. Côté, « Article 12 », dans L. Chamberland, dir., *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations* (5<sup>e</sup> éd. 2020), vol. 1, p. 102; D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (6<sup>e</sup> éd. 2020), vol. 1, par. 1-111). La dignité donne une expression concrète à cet intérêt d’ordre public parce que toute la société a intérêt à ce qu’elle soit protégée, malgré ses liens personnels avec les personnes touchées. Cette codification de la notion d’intérêt public important de *Sierra Club* souligne l’importance primordiale de la dignité humaine et la pertinence de limiter la publicité des débats judiciaires sur ce fondement au lieu de donner une interprétation trop large à la vie privée qui pourrait par ailleurs ne pas convenir au contexte de la publicité des débats.

[69] Dans le même ordre d’idée, on a fait valoir qu’il est utile de considérer que la vie privée se fonde sur la dignité dans le contexte des défis que posent les communications numériques (K. Eltis, « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289, p. 314).

[70] Il est également significatif, à mon avis, que le juge de première instance en l’espèce ait explicitement reconnu, en réponse aux arguments pertinents des fiduciaires, un intérêt à [TRADUCTION] « la protection de la vie privée et de la dignité des victimes d’actes criminels ainsi que de leurs êtres chers » (par. 23 (je souligne)). Cela montre clairement que la préoccupation centrale des personnes touchées à cet égard n’est pas simplement de protéger leur vie privée en tant que telle, mais bien de protéger leur vie privée là où elle coïncide avec le caractère public de leurs intérêts en matière de dignité.

[71] Violations of privacy that cause a loss of control over fundamental personal information about oneself are damaging to dignity because they erode one's ability to present aspects of oneself to others in a selective manner (D. Matheson, "Dignity and Selective Self-Presentation", in I. Kerr, V. Steeves and C. Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society* (2009), 319, at pp. 327-28; L. M. Austin, "Re-reading Westin" (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53, at pp. 66-68; Eltis (2016), at p. 13). Dignity, used in this context, is a social concept that involves presenting core aspects of oneself to others in a considered and controlled manner (see generally Matheson, at pp. 327-28; Austin, at pp. 66-68). Dignity is eroded where individuals lose control over this core identity-giving information about themselves, because a highly sensitive aspect of who they are that they did not consciously decide to share is now available to others and may shape how they are seen in public. This was even alluded to by La Forest J., dissenting but not on this point, in *Dagg*, where he referred to privacy as "[a]n expression of an individual's unique personality or personhood" (para. 65).

[72] Where dignity is impaired, the impact on the individual is not theoretical but could engender real human consequences, including psychological distress (see generally *Bragg*, at para. 23). La Forest J., concurring, observed in *Dyment* that privacy is essential to the well-being of individuals (p. 427). Viewed in this way, a privacy interest, where it shields the core information associated with dignity necessary to individual well-being, begins to look much like the physical safety interest also raised in this case, the important and public nature of which is neither debated, nor, in my view, seriously debatable. The administration of justice suffers when the operation of courts threatens physical well-being because a responsible court system is attuned to the physical harm it inflicts on individuals and works to avoid such effects. Similarly, in my view, a responsible

[71] Les atteintes à la vie privée qui entraînent une perte de contrôle à l'égard de renseignements personnels fondamentaux peuvent porter préjudice à la dignité d'une personne, car elles minent sa capacité à présenter de manière sélective certains aspects de sa personne aux autres (D. Matheson, « Dignity and Selective Self-Presentation », dans I. Kerr, V. Steeves et C. Lucock, dir., *Lessons from the Identity Trail : Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society* (2009), 319, p. 327-328; L. M. Austin, « Re-reading Westin » (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53, p. 66-68; Eltis (2016), p. 13). La dignité, employée dans ce contexte, est un concept social qui consiste à présenter des aspects fondamentaux de soi-même aux autres de manière réfléchie et contrôlée (voir de manière générale Matheson, p. 327-328; Austin, p. 66-68). La dignité est minée lorsque les personnes perdent le contrôle sur la possibilité de fournir des renseignements sur elles-mêmes qui touchent leur identité fondamentale, car un aspect très sensible de qui elles sont qu'elles n'ont pas décidé consciemment de communiquer est désormais accessible à autrui et risque de façonner la manière dont elles sont perçues en public. Cela a même été évoqué par le juge La Forest, dissident mais non sur ce point, dans l'arrêt *Dagg*, lorsqu'il a parlé de la notion de vie privée comme « [é]tant l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne » (par. 65).

[72] En cas d'atteinte à la dignité, l'incidence sur la personne n'est pas théorique, mais pourrait entraîner des conséquences humaines réelles, y compris une détresse psychologique (voir de manière générale *Bragg*, par. 23). Dans l'arrêt *Dyment*, le juge La Forest a fait remarquer dans ses motifs concordants que la notion de vie privée est essentielle au bien-être d'une personne (p. 427). Vu sous cet angle, un intérêt en matière de vie privée, lorsqu'il protège les renseignements fondamentaux associés à la dignité qui est nécessaire au bien-être d'une personne, commence à ressembler beaucoup à l'intérêt relatif à la sécurité physique également soulevé en l'espèce, dont la nature importante et publique n'est pas débattue, et n'est pas non plus, selon moi, sérieusement discutable. Lorsque le fonctionnement des tribunaux menace le bien-être physique d'une

court must be attuned and responsive to the harm it causes to other core elements of individual well-being, including individual dignity. This parallel helps to understand dignity as a more limited dimension of privacy relevant as an important public interest in the open court context.

[73] I am accordingly of the view that protecting individuals from the threat to their dignity that arises when information revealing core aspects of their private lives is disseminated through open court proceedings is an important public interest for the purposes of the test.

[74] Focusing on the underlying value of privacy in protecting individual dignity from the exposure of private information in open court overcomes the criticisms that privacy will always be at risk in open court proceedings and is theoretically complex. Openness brings intrusions on personal privacy in virtually all cases, but dignity as a public interest in protecting an individual's core sensibility is more rarely in play. Specifically, and consistent with the cautious approach to the recognition of important public interests, this privacy interest, while determined in reference to the broader factual setting, will be at serious risk only where the sensitivity of the information strikes at the subject's more intimate self.

[75] If the interest is ultimately about safeguarding a person's dignity, that interest will be undermined when the information reveals something sensitive about them as an individual, as opposed to generic information that reveals little if anything about who they are as a person. Therefore the information that will be revealed by court openness must consist of

personne, l'administration de la justice en souffre, car un système judiciaire responsable est sensible aux dommages physiques qu'il inflige aux individus et s'efforce d'éviter de tels effets. De même, j'estime qu'un tribunal responsable doit être sensible et attentif aux dommages qu'il cause à d'autres éléments fondamentaux du bien-être individuel, notamment la dignité individuelle. Ce parallèle aide à comprendre que la dignité est une dimension plus limitée de la vie privée, pertinente en tant qu'intérêt public important dans le contexte de la publicité des débats judiciaires.

[73] Je suis donc d'avis que protéger les gens contre la menace à leur dignité qu'entraîne la diffusion de renseignements révélant des aspects fondamentaux de leur vie privée dans le cadre de procédures judiciaires publiques constitue un intérêt public important pour l'application du test.

[74] Insister sur la valeur sous-jacente de la vie privée lorsqu'il s'agit de protéger la dignité d'une personne de la diffusion de renseignements privés dans le cadre de débats judiciaires publics permet de surmonter les critiques selon lesquelles la vie privée sera toujours menacée dans un tel cadre et constitue une notion théoriquement complexe. La publicité des débats donne lieu à des atteintes à la vie privée personnelle dans presque tous les cas, mais la dignité en tant qu'intérêt public dans la protection de la sensibilité fondamentale d'une personne entre plus rarement en jeu. Plus précisément, et conformément à l'approche prudente servant à reconnaître des intérêts publics importants, cet intérêt en matière de vie privée, bien qu'il soit déterminé par rapport au contexte factuel plus large, ne sera sérieusement menacé que lorsque le caractère sensible des renseignements touche à l'aspect le plus intime de la personne.

[75] S'il porte essentiellement sur la protection de la dignité d'une personne, cet intérêt sera miné dans le cas de renseignements qui révèlent quelque chose de sensible sur elle en tant qu'individu, par opposition à des renseignements d'ordre général révélant peu ou rien sur ce qu'elle est en tant que personne. Par conséquent, les renseignements qui

intimate or personal details about an individual — what this Court has described in its jurisprudence on s. 8 of the *Charter* as the “biographical core” — if a serious risk to an important public interest is to be recognized in this context (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 60; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 46). Dignity transcends personal inconvenience by reason of the highly sensitive nature of the information that might be revealed. This Court in *Cole* drew a similar line between the sensitivity of personal information and the public interest in protecting that information in reference to the biographical core. It held that “reasonable and informed Canadians” would be more willing to recognize the existence of a privacy interest where the relevant information cuts to the “biographical core” or, “[p]ut another way, the more personal and confidential the information” (para. 46). The presumption of openness means that mere discomfort associated with lesser intrusions of privacy will generally be tolerated. But there is a public interest in ensuring that openness does not unduly entail the dissemination of this core information that threatens dignity — even if it is “personal” to the affected person.

[76] The test for discretionary limits on court openness imposes on the applicant the burden to show that the important public interest is at serious risk. Recognizing that privacy, understood in reference to dignity, is only at serious risk where the information in the court file is sufficiently sensitive erects a threshold consistent with the presumption of openness. This threshold is fact specific. It addresses the concern, noted above, that personal information can frequently be found in court files and yet finding this sufficient to pass the serious risk threshold in every case would undermine the structure of the test. By requiring the applicant to demonstrate the sensitivity

seront révélés en raison de la publicité des débats judiciaires doivent être constitués de détails intimes ou personnels concernant une personne — ce que notre Cour a décrit, dans sa jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte*, comme le cœur même des « renseignements biographiques » — pour qu’un risque sérieux pour un intérêt public important soit reconnu dans ce contexte (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 60; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 46). La dignité transcende les inconvénients personnels en raison de la nature très sensible des renseignements qui pourraient être révélés. Notre Cour a tracé dans l’arrêt *Cole* une ligne de démarcation similaire entre le caractère sensible des renseignements personnels et l’intérêt du public à protéger ces renseignements en ce qui a trait au cœur même des renseignements biographiques. Elle a conclu que « les Canadiens raisonnables et bien informés » seraient plus disposés à reconnaître l’existence d’un intérêt en matière de vie privée lorsque les renseignements pertinents concernent le cœur même des « renseignements biographiques » ou, « [a]utrement dit, plus les renseignements sont personnels et confidentiels » (par. 46). La présomption de publicité des débats signifie que le simple désagrément associé à des atteintes moindres à la vie privée sera généralement toléré. Cependant, il est dans l’intérêt public de veiller à ce que cette publicité n’entraîne pas indûment la diffusion de ces renseignements fondamentaux qui menacent la dignité — même s’ils sont « personnels » pour la personne touchée.

[76] Selon le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, il incombe au demandeur de démontrer que l’intérêt public important est sérieusement menacé. Reconnaître que la vie privée, considérée au regard de la dignité, n’est sérieusement menacée que lorsque les renseignements contenus dans le dossier judiciaire sont suffisamment sensibles permet d’établir un seuil compatible avec la présomption de publicité des débats. Ce seuil est tributaire des faits. Il répond à la préoccupation, mentionnée précédemment, portant que les dossiers judiciaires comportent fréquemment des renseignements personnels, mais conclure que cela suffit à franchir le

of the information as a necessary condition to the finding of a serious risk to this interest, the scope of the interest is limited to only those cases where the rationale for not revealing core aspects of a person's private life, namely protecting individual dignity, is most actively engaged.

[77] There is no need here to provide an exhaustive catalogue of the range of sensitive personal information that, if exposed, could give rise to a serious risk. It is enough to say that courts have demonstrated a willingness to recognize the sensitivity of information related to stigmatized medical conditions (see, e.g., *A.B.*, at para. 9), stigmatized work (see, e.g., *Work Safe Twerk Safe v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100, at para. 28 (CanLII)), sexual orientation (see, e.g., *Paterson*, at paras. 76, 78 and 87-88), and subjection to sexual assault or harassment (see, e.g., *Fedeli v. Brown*, 2020 ONSC 994, at para. 9 (CanLII)). I would also note the submission of the intervener the Income Security Advocacy Centre, that detailed information about family structure and work history could in some circumstances constitute sensitive information. The question in every case is whether the information reveals something intimate and personal about the individual, their lifestyle or their experiences.

[78] I pause here to note that I refer to cases on s. 8 of the *Charter* above for the limited purpose of providing insight into types of information that are more or less personal and therefore deserving of public protection. If the impact on dignity as a result of disclosure is to be accurately measured, it is critical that the analysis differentiate between information in this way. Helpfully, one factor in determining whether an applicant's subjective expectation of privacy is objectively reasonable in the s. 8 jurisprudence focuses

seuil du risque sérieux dans tous les cas mettrait en péril la structure du test. Exiger du demandeur qu'il démontre le caractère sensible des renseignements comme condition nécessaire à la conclusion d'un risque sérieux pour cet intérêt a pour effet de limiter le champ d'application de l'intérêt aux seuls cas où la justification de la non-divulgence des aspects fondamentaux de la vie privée d'une personne, à savoir la protection de la dignité individuelle, est fortement en jeu.

[77] Il n'est aucunement nécessaire en l'espèce de fournir une liste exhaustive de l'étendue des renseignements personnels sensibles qui, s'ils étaient diffusés, pourraient entraîner un risque sérieux. Qu'il suffise de dire que les tribunaux ont démontré la volonté de reconnaître le caractère sensible des renseignements liés à des problèmes de santé stigmatisés (voir, p. ex., *A.B.*, par. 9), à un travail stigmatisé (voir, p. ex., *Work Safe Twerk Safe c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100, par. 28 (CanLII)), à l'orientation sexuelle (voir, p. ex., *Paterson*, par. 76, 78 et 87-88), et au fait d'avoir été victime d'agression sexuelle ou de harcèlement (voir, p. ex., *Fedeli c. Brown*, 2020 ONSC 994, par. 9 (CanLII)). Je prends acte également de l'observation du Centre d'action pour la sécurité du revenu, intervenant, selon laquelle des renseignements détaillés quant à la structure familiale et aux antécédents professionnels pourraient, dans certaines circonstances, constituer des renseignements sensibles. Dans chaque cas, il faut se demander si les renseignements révèlent quelque chose d'intime et de personnel sur la personne, son mode de vie ou ses expériences.

[78] Je marque ici un temps d'arrêt pour souligner que je renvoie ci-dessus aux décisions relatives à l'art. 8 de la *Charte* à seule fin de donner une idée des types de renseignements qui sont plus ou moins personnels et qui méritent donc une protection publique. Pour mesurer avec précision l'incidence de la divulgation sur la dignité, il est essentiel que l'analyse différencie ainsi les renseignements. Ce qui est utile, c'est que l'un des facteurs permettant de déterminer si l'attente subjective d'un demandeur en

on the degree to which information is private (see, e.g., *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at para. 31; *Cole*, at paras. 44-46). But while these decisions may assist for this limited purpose, this is not to say that the remainder of the s. 8 analysis has any relevance to the application of the test for discretionary limits on court openness. For example, asking what the Trustees' reasonable expectation of privacy was here could invite a circular analysis of whether they reasonably expected their court files to be open to the public or whether they reasonably expected to be successful in having them sealed. Therefore, it is only for the limited purpose described above that the s. 8 jurisprudence is useful.

[79] In cases where the information is sufficiently sensitive to strike at an individual's biographical core, a court must then ask whether a serious risk to the interest is made out in the full factual context of the case. While this is obviously a fact-specific determination, some general observations may be made here to guide this assessment.

[80] I note that the seriousness of the risk may be affected by the extent to which information would be disseminated without an exception to the open court principle. If the applicant raises a risk that the personal information will come to be known by a large segment of the public in the absence of an order, this is a plainly more serious risk than if the result will be that a handful of people become aware of the same information, all else being equal. In the past, the requirement that one be physically present to acquire information in open court or from a court record meant that information was, to some extent, protected because it was "practically obscure" (D. S. Ardia, "Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity" (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385, at p. 1396). However, today,

matière de vie privée est objectivement raisonnable dans la jurisprudence relative à l'art. 8 met l'accent sur la mesure dans laquelle les renseignements sont privés (voir, p. ex., *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, par. 31; *Cole*, par. 44-46). Cependant, bien que la consultation de ces décisions puisse être avantageuse à cette fin précise, cela ne veut pas dire que le reste de l'analyse relative à l'art. 8 est pertinent pour l'application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats. Par exemple, demander aux fiduciaires quelle était leur attente raisonnable en matière de vie privée en l'espèce pourrait entraîner une analyse circulaire visant à déterminer s'ils s'attendaient raisonnablement à ce que leurs dossiers judiciaires soient accessibles au public ou s'ils s'attendaient raisonnablement à réussir à obtenir leur mise sous scellés. En conséquence, la jurisprudence relative à l'art. 8 n'est utile qu'à la fin décrite ci-dessus.

[79] Dans les cas où les renseignements sont suffisamment sensibles pour toucher au cœur même des renseignements biographiques d'une personne, le tribunal doit alors se demander si le contexte factuel global de l'affaire permet d'établir l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en cause. Bien qu'il s'agisse manifestement d'une question de fait, il est possible de faire certaines observations générales en l'espèce pour guider cette appréciation.

[80] Je souligne que la mesure dans laquelle les renseignements seraient diffusés en l'absence d'une exception au principe de la publicité des débats judiciaires peut avoir une incidence sur le caractère sérieux du risque. Si le demandeur invoque le risque que les renseignements personnels en viennent à être connus par un large segment de la population en l'absence d'une ordonnance, il s'agit manifestement d'un risque plus sérieux que si le résultat était qu'une poignée de personnes prendrait connaissance des mêmes renseignements, toutes autres choses étant égales par ailleurs. Par le passé, l'obligation d'être physiquement présent pour obtenir des renseignements dans le cadre de débats judiciaires publics ou à partir d'un dossier judiciaire signifiait que les renseignements étaient, dans une certaine

courts should be sensitive to the information technology context, which has increased the ease with which information can be communicated and cross-referenced (see Bailey and Burkell, at pp. 169-70; Ardia, at pp. 1450-51). In this context, it may well be difficult for courts to be sure that information will not be broadly disseminated in the absence of an order.

[81] It will be appropriate, of course, to consider the extent to which information is already in the public domain. If court openness will simply make available what is already broadly and easily accessible, it will be difficult to show that revealing the information in open court will actually result in a meaningful loss of that aspect of privacy relating to the dignity interest to which I refer here. However, just because information is already accessible to some segment of the public does not mean that making it available through the court process will not exacerbate the risk to privacy. Privacy is not a binary concept, that is, information is not simply either private or public, especially because, by reason of technology in particular, absolute confidentiality is best thought of as elusive (see generally *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 37; *UFCW*, at para. 27). The fact that certain information is already available somewhere in the public sphere does not preclude further harm to the privacy interest by additional dissemination, particularly if the feared dissemination of highly sensitive information is broader or more easily accessible (see generally Solove, at p. 1152; Ardia, at p. 1393-94; E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at p. 346).

mesure, protégés parce qu’ils n’étaient [TRANSLATION] « pratiquement pas connus » (D. S. Ardia, « Privacy and Court Records : Online Access and the Loss of Practical Obscurity » (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385, p. 1396). Cependant, aujourd’hui, les tribunaux devraient prendre en considération le contexte des technologies de l’information, qui a facilité la communication de renseignements et le renvoi à ceux-ci (voir Bailey et Burkell, p. 169-170; Ardia, p. 1450-1451). Dans ce contexte, il peut fort bien être difficile pour les tribunaux d’avoir la certitude que les renseignements ne seront pas largement diffusés en l’absence d’une ordonnance.

[81] Il y aura lieu, bien sûr, d’examiner la mesure dans laquelle les renseignements font déjà partie du domaine public. Si la tenue de procédures judiciaires publiques ne fait que rendre accessibles ce qui est déjà largement et facilement accessible, il sera difficile de démontrer que la divulgation des renseignements dans le cadre de débats judiciaires publics entraînera effectivement une atteinte significative à cet aspect de la vie privée se rapportant à l’intérêt en matière de dignité auquel je fais référence en l’espèce. Cependant, le seul fait que des renseignements soient déjà accessibles à un segment de la population ne signifie pas que les rendre accessibles dans le cadre d’une procédure judiciaire n’exacerbera pas le risque pour la vie privée. La vie privée n’est pas une notion binaire, c’est-à-dire que les renseignements ne sont pas simplement soit privés, soit publics, d’autant plus que, en raison de la technologie en particulier, il vaut mieux considérer la confidentialité absolue comme difficile à atteindre (voir, de manière générale, *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 37; *TTUAC*, par. 27). Le fait que certains renseignements soient déjà accessibles quelque part dans la sphère publique n’empêche pas qu’une diffusion additionnelle de ceux-ci puisse nuire davantage à l’intérêt en matière de vie privée, en particulier si la diffusion appréhendée de renseignements très sensibles est plus large ou d’accès plus facile (voir de manière générale Solove, p. 1152; Ardia, p. 1393-1394; E. Paton-Simpson, « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, p. 346).

[82] Further, the seriousness of the risk is also affected by the probability that the dissemination the applicant suggests will occur actually occurs. I hasten to say that implicit in the notion of risk is that the applicant need not establish that the feared dissemination will certainly occur. However, the risk to the privacy interest related to the protection of dignity will be more serious the more likely it is that the information will be disseminated. While decided in a different context, this Court has held that the magnitude of risk is a product of both the gravity of the feared harm and its probability (*R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 86).

[83] That said, the likelihood that an individual's highly sensitive personal information will be disseminated in the absence of privacy protection will be difficult to quantify precisely. It is best to note as well that probability in this context need not be identified in mathematical or numerical terms. Rather, courts may merely discern probability in light of the totality of the circumstances and balance this one factor alongside other relevant factors.

[84] Finally, and as discussed above, individual sensitivities alone, even if they can be notionally associated with “privacy”, are generally insufficient to justify a restriction on court openness where they do not rise above those inconveniences and discomforts that are inherent to court openness (*MacIntyre*, at p. 185). An applicant will only be able to establish that the risk is sufficient to justify a limit on openness in exceptional cases, where the threatened loss of control over information about oneself is so fundamental that it strikes meaningfully at individual dignity. These circumstances engage “social values of superordinate importance” beyond the more ordinary intrusions inherent to participating in the judicial process that Dickson J. acknowledged could justify curtailing public openness (pp. 186-87).

[82] De plus, la probabilité que la diffusion évoquée par le demandeur se produise réellement a également une incidence sur le caractère sérieux du risque. Je m'empresse de dire qu'il est implicite dans la notion de risque que le demandeur n'a pas besoin d'établir que la diffusion appréhendée se produira assurément. Cependant, plus la probabilité de diffusion des renseignements est grande, plus le risque pour l'intérêt en matière de vie privée lié à la protection de la dignité sera sérieux. Bien qu'elle l'ait fait dans un contexte différent, la Cour a déjà conclu que l'ampleur du risque est le fruit de la gravité du préjudice appréhendé et de sa probabilité (*R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 86).

[83] Cela dit, la probabilité que les renseignements personnels très sensibles d'une personne soient diffusés en l'absence de mesures de protection de la vie privée sera difficile à quantifier avec précision. Il convient également de souligner que la probabilité dans ce contexte n'a pas à être quantifiée en termes mathématiques ou numériques. Les tribunaux peuvent plutôt simplement déterminer cette probabilité à la lumière de l'ensemble des circonstances et mettre en balance ce facteur avec d'autres facteurs pertinents.

[84] Enfin, rappelons que la susceptibilité individuelle à elle seule, même si elle peut théoriquement être associée à la notion de « vie privée », est généralement insuffisante pour justifier de restreindre la publicité des débats judiciaires lorsqu'elle ne surpasse pas les inconvénients et les désagréments inhérents à la publicité des débats (*MacIntyre*, p. 185). Un demandeur ne pourra établir que le risque est suffisant pour justifier une limite à la publicité des débats que dans des cas exceptionnels, lorsque la perte de contrôle appréhendée des renseignements le concernant est fondamentale au point de porter atteinte de manière significative à sa dignité individuelle. Ces circonstances mettent en jeu « des valeurs sociales qui ont préséance », qui vont au-delà des atteintes plus ordinaires propres à la participation à une procédure judiciaire et qui, comme l'a reconnu le juge Dickson, pourraient justifier de restreindre la publicité des débats (p. 186-187).

[85] To summarize, the important public interest in privacy, as understood in the context of the limits on court openness, is aimed at allowing individuals to preserve control over their core identity in the public sphere to the extent necessary to preserve their dignity. The public has a stake in openness, to be sure, but it also has an interest in the preservation of dignity: the administration of justice requires that where dignity is threatened in this way, measures be taken to accommodate this privacy concern. Although measured by reference to the facts of each case, the risk to this interest will be serious only where the information that would be disseminated as a result of court openness is sufficiently sensitive such that openness can be shown to meaningfully strike at the individual's biographical core in a manner that threatens their integrity. Recognizing this interest is consistent with this Court's emphasis on the importance of privacy and the underlying value of individual dignity, but is also tailored to preserve the strong presumption of openness.

D. *The Trustees Have Failed to Establish a Serious Risk to an Important Public Interest*

[86] As *Sierra Club* made plain, a discretionary order limiting court openness can only be made where there is a serious risk to an important public interest. The arguments on this appeal concerned whether privacy is an important public interest and whether the facts here disclose the existence of serious risks to privacy and safety. While the broad privacy interest invoked by the Trustees cannot be relied on to justify a limit on openness, the narrower concept of privacy understood in relation to dignity is an important public interest for the purposes of the test. I also recognize that a risk to physical safety is an important public interest, a point on which there is no dispute here. Accordingly, the relevant question at the first step is whether there is a serious risk to one or both of these interests. For reasons that follow, the Trustees have failed to establish a serious risk to

[85] En résumé, l'intérêt public important en matière de vie privée, tel qu'il est considéré dans le contexte des limites à la publicité des débats, vise à permettre aux personnes de garder un contrôle sur leur identité fondamentale dans la sphère publique dans la mesure nécessaire pour protéger leur dignité. Le public a certainement un intérêt dans la publicité des débats, mais il a aussi un intérêt dans la protection de la dignité : l'administration de la justice exige que, lorsque la dignité est menacée de cette façon, des mesures puissent être prises pour tenir compte de cette préoccupation en matière de vie privée. Bien qu'il soit évalué en fonction des faits de chaque cas, le risque pour cet intérêt ne sera sérieux que lorsque les renseignements qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles pour que l'on puisse démontrer que la publicité porte atteinte de façon significative au cœur même des renseignements biographiques de la personne d'une manière qui menace son intégrité. La reconnaissance de cet intérêt est conforme à l'accent mis par la Cour sur l'importance de la vie privée et de la valeur sous-jacente de la dignité individuelle, tout en permettant aussi de maintenir la forte présomption de publicité des débats.

D. *Les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important*

[86] Comme il a été clairement indiqué dans *Sierra Club*, une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires ne peut être rendue qu'en présence d'un risque sérieux pour un intérêt public important. Les arguments soulevés dans le présent pourvoi portaient sur la question de savoir si la vie privée constitue un intérêt public important et si les faits en l'espèce révèlent l'existence de risques sérieux pour la vie privée et la sécurité. Bien que le large intérêt en matière de vie privée que font valoir les fiduciaires ne puisse être invoqué pour justifier une limite à la publicité des débats, la notion plus restreinte de vie privée considérée au regard de la dignité constitue un intérêt public important pour l'application du test. Je reconnais aussi qu'un risque pour la sécurité physique représente un intérêt public important, un point qui n'est pas

either. This alone is sufficient to conclude that the sealing orders should not have been issued.

(1) The Risk to Privacy Alleged in this Case Is Not Serious

[87] As I have said, the important public interest in privacy must be understood as one tailored to the protection of individual dignity and not the broadly defined interest the Trustees have asked this Court to recognize. In order to establish a serious risk to this interest, the information in the court files about which the Trustees are concerned must be sufficiently sensitive in that it strikes at the biographical core of the affected individuals. If it is not, there is no serious risk that would justify an exception to openness. If it is, the question becomes whether a serious risk is made out in light of the facts of this case.

[88] The application judge never explicitly identified a serious risk to the privacy interest he identified but, to the extent he implicitly reached this conclusion, I respectfully do not share his view. His finding was limited to the observation that “[t]he degree of intrusion on that privacy and dignity [i.e., that of the victims and their loved ones] has already been extreme and, I am sure, excruciating” (para. 23). But the intense scrutiny faced by the Shermans up to the time of the application is only part of the equation. As the sealing orders can only protect against the disclosure of the information in these court files relating to probate, the application judge was required to consider the sensitivity of the specific information they contained. He made no such measure. His conclusion about the seriousness of the risk then focused entirely on the risk of physical harm, with

contesté en l’espèce. Par conséquent, la question pertinente à la première étape est celle de savoir s’il existe un risque sérieux pour l’un de ces intérêts ou pour ces deux intérêts. Pour les motifs qui suivent, les fiduciaires n’ont pas établi l’existence d’un risque sérieux pour l’un ou l’autre de ces intérêts. Cela suffit en soi pour conclure que les ordonnances de mise sous scellés n’auraient pas dû être rendues.

(1) Le risque pour la vie privée allégué en l’espèce n’est pas sérieux

[87] Comme je l’ai déjà dit, l’intérêt public important en matière de vie privée doit être considéré comme un intérêt propre à la protection de la dignité individuelle et non comme l’intérêt largement défini que les fiduciaires ont demandé à la Cour de reconnaître. Pour établir l’existence d’un risque sérieux à l’égard de cet intérêt, les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires qui préoccupent les fiduciaires doivent être suffisamment sensibles du fait qu’ils touchent au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées. Si ce n’est pas le cas, il n’y a pas de risque sérieux qui justifierait une exception à la publicité des débats. Si, par contre, c’est le cas, il faut alors se demander si les faits de l’espèce permettent d’établir l’existence d’un risque sérieux.

[88] Le juge de première instance n’a jamais explicitement constaté de risque sérieux pour l’intérêt en matière de vie privée qu’il a relevé, mais, dans la mesure où il est implicitement arrivé à cette conclusion, je ne puis, en toute déférence, partager son point de vue. Sa conclusion se limitait à l’observation selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e degré d’atteinte à cette vie privée et à cette dignité [c.-à-d. celle des victimes et de leurs êtres chers] est déjà extrême et, j’en suis sûr, insoutenable » (par. 23). Cependant, l’attention intense dont les Shermans ont fait l’objet jusqu’à la présentation de leur demande n’est qu’une partie de l’équation. Comme les ordonnances de mise sous scellés ne peuvent qu’offrir une protection contre la divulgation des renseignements contenus dans les dossiers judiciaires se rapportant à l’homologation, le juge de première instance était tenu d’examiner le

no indication that he found that the Trustees met their burden as to the serious risk to the privacy interest. Said very respectfully and with the knowledge that the application judge did not have the benefit of the above framework, the failure to assess the sensitivity of the information constituted a failure to consider a required element of the legal test. This warranted intervention on appeal.

[89] Applying the appropriate framework to the facts of this case, I conclude that the risk to the important public interest in the affected individuals' privacy, as I have defined it above in reference to dignity, is not serious. The information the Trustees seek to protect is not highly sensitive and this alone is sufficient to conclude that there is no serious risk to the important public interest in privacy so defined.

[90] There is little controversy in this case about the likelihood and extent of dissemination of the information contained in the estate files. There is near certainty that the Toronto Star will publish at least some aspects of the estate files if it is provided access. Given the breadth of the audience of its media organization, and the high-profile nature of the events surrounding the death of the Shermans, I have no difficulty in concluding that the affected individuals would lose control over this information to a significant extent should the files be open.

[91] With regard to the sensitivity of the information, however, the information contained in these files does not reveal anything particularly private about the affected individuals. What would be revealed might well cause inconvenience and perhaps embarrassment, but it has not been shown that it would strike at their biographical core in a way that

caractère sensible des renseignements précis qu'ils contenaient. Or, il n'a pas procédé à une telle appréciation. Sa conclusion sur le caractère sérieux du risque s'est alors entièrement concentrée sur le risque de préjudice physique, alors que rien n'indiquait qu'il avait conclu que les fiduciaires s'étaient acquittés de leur fardeau quant à la démonstration d'un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée. En toute déférence, et en sachant qu'il ne disposait pas du cadre d'analyse précédemment exposé, j'estime qu'en n'examinant pas le caractère sensible des renseignements, le juge de première instance a omis de se pencher sur un élément nécessaire du test juridique. Cela justifiait une intervention en appel.

[89] En appliquant le cadre approprié aux faits de la présente affaire, je conclus que le risque pour l'intérêt public important à l'égard de la vie privée des personnes touchées, que j'ai défini précédemment au regard de la dignité, n'est pas sérieux. Les renseignements que les fiduciaires cherchent à protéger ne sont pas très sensibles, ce qui suffit en soi pour conclure qu'il n'y a pas de risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de vie privée ainsi défini.

[90] Il y a peu de controverse en l'espèce sur la probabilité de diffusion des renseignements contenus dans les dossiers de succession et sur l'étendue de cette diffusion. Il est presque certain que le Toronto Star publiera au moins certains aspects des dossiers de succession si on lui en donne l'accès. Compte tenu de l'important auditoire de l'entreprise médiatique en cause et de la nature très médiatisée des événements entourant la mort des Shermans, je n'ai aucune difficulté à conclure que les personnes touchées perdraient, dans une large mesure, le contrôle des renseignements en question si les dossiers étaient rendus accessibles.

[91] Cependant, en ce qui concerne le caractère sensible des renseignements, ceux contenus dans ces dossiers ne révèlent rien de particulièrement privé sur les personnes touchées. Ce qui serait révélé pourrait bien causer des inconvénients et peut-être de l'embarras, mais il n'a pas été démontré que la divulgation toucherait au cœur même des renseignements

would undermine their control over the expression of their identities. Their privacy would be troubled, to be sure, but the relevant privacy interest bearing on the dignity of the affected persons has not been shown to be at serious risk. At its highest, the information in these files will reveal something about the relationship between the deceased and the affected individuals, in that it may reveal to whom the deceased entrusted the administration of their estates and those who they wished or were deemed to wish to be beneficiaries of their property at death. It may also reveal some basic personal information, such as addresses. Some of the beneficiaries might well, it may fairly be presumed, bear family names other than Sherman. I am mindful that the deaths are being investigated as homicides by the Toronto Police Service. However, even in this context, none of this information provides significant insight into who they are as individuals, nor would it provoke a fundamental change in their ability to control how they are perceived by others. The fact of being linked through estate documents to victims of an unsolved murder is not in itself highly sensitive. It may be the source of discomfort but has not been shown to constitute an affront to dignity in that it does not probe deeply into the biographical core of these individuals. As a result, the Trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest as required by *Sierra Club*.

[92] The fact that some of the affected individuals may be minors is also insufficient to cross the seriousness threshold. While the law recognizes that minors are especially vulnerable to intrusions of privacy (see *Bragg*, at para. 17), the mere fact that information concerns minors does not displace the generally applicable analysis (see, e.g., *Bragg*, at para. 11). Even taking into account the increased vulnerability of minors who may be affected individuals in the probate files, there is no evidence that

biographiques de ces personnes d'une manière qui minerait leur contrôle sur l'expression de leur identité. Leur vie privée serait certes perturbée, mais il n'a pas été démontré que l'intérêt pertinent en matière de vie privée se rapportant à la dignité des personnes touchées serait sérieusement menacé. Tout au plus, les renseignements contenus dans ces dossiers pourraient-ils révéler quelque chose sur la relation entre les défunts et les personnes touchées, en ce qu'ils pourraient dévoiler à qui les défunts ont confié l'administration de leur succession respective, et qui ils voulaient voir ou étaient présumés vouloir voir devenir héritiers de leurs biens à leur décès. Ils pourraient également révéler certaines données personnelles de base, par exemple des adresses. On peut à juste titre présumer qu'il se peut fort bien que certains des bénéficiaires portent un nom de famille autre que Sherman. Je suis conscient que les décès font l'objet d'une enquête pour homicides par le service de police de Toronto. Cependant, même dans ce contexte, aucun de ces renseignements ne donne des indications importantes sur qui ils sont en tant que personnes, et aucun d'eux n'entraînerait non plus un changement fondamental dans leur capacité à contrôler la façon dont ils sont perçus par les autres. Le fait pour des personnes d'être liées par des documents de succession aux victimes d'un meurtre non résolu n'est pas en soi un renseignement très sensible. Il peut être la source de désagréments, mais il n'a pas été démontré qu'il constitue une atteinte à la dignité, en ce qu'il ne touche pas au cœur même des renseignements biographiques de ces personnes. En conséquence, les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important comme l'exige l'arrêt *Sierra Club*.

[92] Le fait que certaines des personnes touchées puissent être mineures ne suffit pas non plus à franchir le seuil du caractère sérieux. Bien que le droit reconnaisse que les mineurs sont particulièrement vulnérables aux atteintes à la vie privée (voir *Bragg*, par. 17), le simple fait que des renseignements concernent des mineurs n'écarte pas l'analyse généralement applicable (voir, p. ex., *Bragg*, par. 11). Même en tenant compte de la vulnérabilité accrue des mineurs pouvant être des personnes touchées

they would lose control of information about themselves that reveals something close to the core of their identities. Merely associating the beneficiaries or trustees with the Shermans' unexplained deaths is not enough to constitute a serious risk to the identified important public interest in privacy, defined in reference to dignity.

[93] Further, while the intense media scrutiny on the family following the deaths suggests that the information would likely be widely disseminated, it is not in itself indicative of the sensitivity of the information contained in the probate files.

[94] Showing that the information that would be revealed by court openness is sufficiently sensitive and private such that it goes to the biographical core of the affected individual is a necessary prerequisite to showing a serious risk to the relevant public interest aspect of privacy. The Trustees did not advance any specific reason why the contents of these files are more sensitive than they may seem at first glance. When asserting a privacy risk, it is essential to show not only that information about individuals will escape the control of the person concerned — which will be true in every case — but that this particular information concerns who the individuals are as people in a manner that undermines their dignity. This the Trustees have not done.

[95] Therefore, while some of the material in the court files may well be broadly disseminated, the nature of the information has not been shown to give rise to a serious risk to the important public interest in privacy, as appropriately defined in this context in reference to dignity. For that reason alone, I conclude that the Trustees have failed to show a serious risk to this interest.

dans les dossiers d'homologation, rien dans la preuve n'indique qu'ils perdraient le contrôle des renseignements les concernant qui révèlent quelque chose se rapprochant du cœur de leur identité. Le simple fait d'associer les bénéficiaires ou les fiduciaires à la mort inexplicquée des Sherman ne suffit pas à constituer un risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de dignité ayant été constaté, intérêt défini au regard de la dignité.

[93] De plus, bien qu'elle indique que les renseignements seraient probablement largement diffusés, l'intense attention médiatique dont a fait l'objet la famille à la suite des décès n'est pas en soi révélatrice du caractère sensible des renseignements contenus dans les dossiers d'homologation.

[94] Démontrer que les renseignements qui seraient révélés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles et privés pour toucher au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées est une condition préalable nécessaire pour établir l'existence d'un risque sérieux pour l'aspect pertinent de la vie privée relatif à l'intérêt public. Les fiduciaires n'ont pas fait valoir de raison précise pour laquelle le contenu de ces dossiers serait plus sensible qu'il n'y paraît à première vue. Lorsque l'on affirme qu'il existe un risque pour la vie privée, il est essentiel de démontrer non seulement que les renseignements qui concernent des personnes échapperont au contrôle de celles-ci — ce qui sera vrai dans tous les cas —, mais aussi que ces renseignements concernent ce qu'elles sont en tant que personnes, d'une manière qui mine leur dignité. Or, les fiduciaires n'ont pas fait cette preuve.

[95] Par conséquent, même si certains des éléments contenus dans les dossiers judiciaires peuvent fort bien être largement diffusés, il n'a pas été démontré que la nature des renseignements en cause entraîne un risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de vie privée, qui a été défini adéquatement dans le présent contexte au regard de la dignité. Pour cette seule raison, je conclus que les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour cet intérêt.

(2) The Risk to Physical Safety Alleged in this Case is Not Serious

[96] Unlike the privacy interest raised in this case, there was no controversy that there is an important public interest in protecting individuals from physical harm. It is worth underscoring that the application judge correctly treated the protection from physical harm as a distinct important interest from that of the protection of privacy and found that this risk of harm was “foreseeable” and “grave” (paras. 22-24). The issue is whether the Trustees have established a serious risk to this interest for the purpose of the test for discretionary limits on court openness. The application judge observed that it would have been preferable to include objective evidence of the seriousness of the risk from the police service conducting the homicide investigation. He nevertheless concluded there was sufficient proof of risk to the physical safety of the affected individuals to meet the test. The Court of Appeal says that was a misreading of the evidence, and the *Toronto Star* agrees that the application judge’s conclusion as to the existence of a serious risk to safety was mere speculation.

[97] At the outset, I note that direct evidence is not necessarily required to establish a serious risk to an important interest. This Court has held that it is possible to identify objectively discernable harm on the basis of logical inferences (*Bragg*, at paras. 15-16). But this process of inferential reasoning is not a licence to engage in impermissible speculation. An inference must still be grounded in objective circumstantial facts that reasonably allow the finding to be made inferentially. Where the inference cannot reasonably be drawn from the circumstances, it amounts to speculation (*R. v. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121, at para. 45).

[98] As the Trustees correctly argue, it is not just the probability of the feared harm, but also the gravity

(2) Le risque pour la sécurité physique allégué en l’espèce n’est pas sérieux

[96] Contrairement à ce qu’il en est pour l’intérêt en matière de vie privée soulevé en l’espèce, nul n’a contesté l’existence d’un intérêt public important dans la protection des personnes contre un préjudice physique. Il convient de souligner que le juge de première instance a correctement traité la protection contre un préjudice physique comme un intérêt important distinct de l’intérêt à l’égard de la protection de la vie privée, et a conclu que ce risque était [TRANSDUCTION] « prévisible » et « grave » (par. 22-24). La question consiste à savoir si les fiduciaires ont établi que cet intérêt est sérieusement menacé pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Le juge de première instance a fait remarquer qu’il aurait été préférable d’inclure des éléments de preuve objectifs du caractère sérieux du risque fournis par le service de police menant l’enquête pour homicides. Il a néanmoins conclu que la preuve de risque pour la sécurité physique des personnes touchées était suffisante pour que le test soit respecté. Selon la Cour d’appel, il s’agit d’une mauvaise interprétation de la preuve, et, de son côté, le *Toronto Star* convient que la conclusion du juge de première instance quant à l’existence d’un risque sérieux pour la sécurité constitue une simple conjecture.

[97] D’entrée de jeu, je souligne qu’une preuve directe n’est pas nécessairement exigée pour démontrer qu’un intérêt important est sérieusement menacé. Notre Cour a statué qu’il est possible d’établir l’existence d’un préjudice objectivement discernable sur la base d’inférences logiques (*Bragg*, par. 15-16). Or, ce raisonnement inférentiel ne permet pas de se livrer à des conjectures inadmissibles. Une inférence doit tout de même être fondée sur des faits circonstanciels objectifs qui permettent raisonnablement de tirer la conclusion par inférence. Lorsque celle-ci ne peut raisonnablement être tirée à partir des circonstances, elle équivaut à une conjecture (*R. c. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121, par. 45).

[98] Comme le soutiennent à juste titre les fiduciaires, ce n’est pas seulement la probabilité du

of the harm itself that is relevant to the assessment of serious risk. Where the feared harm is particularly serious, the probability that this harm materialize need not be shown to be likely, but must still be more than negligible, fanciful or speculative. The question is ultimately whether this record allowed the application judge to objectively discern a serious risk of physical harm.

[99] This conclusion was not open to the application judge on this record. There is no dispute that the feared physical harm is grave. I agree with the *Toronto Star*, however, that the probability of this harm occurring was speculative. The application judge's conclusion as to the seriousness of the risk of physical harm was grounded on what he called "the degree of mystery that persists regarding both the perpetrator and the motives" associated with the deaths of the Shermans and his supposition that this motive might be "transported" to the trustees and beneficiaries (para. 5; see also paras. 19 and 23). The further step in reasoning that the unsealed estate files would lead to the perpetrator's next crime, to be visited upon someone mentioned in the files, is based on speculation, not the available affidavit evidence, and cannot be said to be a proper inference or some kind of objectively discerned harm or risk thereof. If that were the case, the estate files of every victim of an unsolved murder would pass the initial threshold of the test for a sealing order.

[100] Further, I recall that what is at issue here is not whether the affected individuals face a safety risk in general, but rather whether they face such a risk as a result of the openness of these court files. In light of the contents of these files, the Trustees had to point to some further reason why the risk posed

préjudice appréhendé qui est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer si un risque est sérieux, mais également la gravité du préjudice lui-même. Lorsque le préjudice appréhendé est particulièrement sérieux, il n'est pas nécessaire de démontrer que la probabilité que ce préjudice se matérialise est vraisemblable, mais elle doit tout de même être plus que négligeable, fantaisiste ou conjecturale. La question consiste finalement à savoir si le présent dossier permettrait au juge de première instance de discerner de manière objective l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique.

[99] Il n'était pas loisible au juge de première instance de tirer cette conclusion au vu du dossier. Nul ne conteste que le préjudice physique appréhendé est grave. Je conviens cependant avec le *Toronto Star* que la probabilité que ce préjudice se produise était conjecturale. La conclusion du juge de première instance quant au caractère sérieux du risque de préjudice physique était fondée sur ce qu'il a appelé [TRADUCTION] « le degré de mystère qui persiste en ce qui concerne à la fois le coupable et le mobile » en lien avec la mort des Sherman et sur sa supposition que ce mobile pourrait être « transposé » aux fiduciaires et aux bénéficiaires (par. 5; voir aussi par. 19 et 23). L'étape suivante du raisonnement, selon laquelle le fait de lever les scellés sur les dossiers de succession amènerait les coupables à commettre leur prochain crime contre une personne mentionnée dans les dossiers, repose sur des conjectures, et non sur les éléments de preuve par affidavit présentés, et ne peut être considérée comme une inférence appropriée ou un quelconque préjudice ou risque de préjudice objectivement discerné. Si tel était le cas, le dossier de succession de chaque victime d'un meurtre non résolu franchirait le seuil initial du test applicable pour déterminer si une ordonnance de mise sous scellés peut être rendue.

[100] En outre, je rappelle que la question à trancher en l'espèce n'est pas de savoir si les personnes touchées sont exposées à un risque pour leur sécurité en général, mais plutôt si la publicité des présents dossiers judiciaires les expose à un tel risque. À la lumière du contenu des dossiers en l'espèce, les

by this information becoming publicly available was more than negligible.

[101] The speculative character of the chain of reasoning leading to the conclusion that a serious risk of physical harm exists in this case is underlined by differences between these facts and those cases relied on by the Trustees. In *X. v. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410, the risk of physical harm was inferred on the basis that the plaintiff was a police officer who had investigated “cases involving gang violence and dangerous firearms” and wrote sentencing reports for such offenders which identified him by full name (para. 6). In *R. v. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455, Watt J.A. considered it “self-evident” that the disclosure of identifiers of an undercover operative working in counter-terrorism would compromise the safety of the operative (para. 41). In both cases, the danger flowed from facts establishing that the applicants were in antagonistic relationships with alleged criminal or terrorist organizations. But in this case, the Trustees asked the application judge to infer not only the fact that harm would befall the affected individuals, but also that a person or persons exist who wish to harm them. To infer all this on the basis of the Shermans’ deaths and the association of the affected individuals with the deceased is not reasonably possible on this record. It is not a reasonable inference but, as the Court of Appeal noted, a conclusion resting on speculation.

[102] Were the mere assertion of grave physical harm sufficient to show a serious risk to an important interest, there would be no meaningful threshold in the analysis. Instead, the test requires the serious risk asserted to be well grounded in the record or the circumstances of the particular case (*Sierra Club*,

fiduciaires devaient avancer une autre raison pour laquelle le risque que posait le fait que ces renseignements deviennent accessibles au public était plus que négligeable.

[101] Le caractère conjectural du raisonnement menant à la conclusion selon laquelle il existe un risque sérieux de préjudice physique en l’espèce ressort des différences entre les faits en cause et ceux des affaires invoquées par les fiduciaires. Dans *X. c. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410, le tribunal a inféré le risque de préjudice physique au motif que le demandeur était un policier qui avait enquêté sur des [TRADUCTION] « affaires portant sur la violence des gangs et des armes à feu dangereuses » et qui avait rédigé des rapports de détermination de la peine pour ces contrevenants, rapports dans lesquels il était identifié par son nom au complet (par. 6). Dans *R. c. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455, le juge Watt a considéré qu’il était [TRADUCTION] « évident » que la divulgation d’éléments permettant d’identifier un agent d’infiltration travaillant dans le domaine du contre-terrorisme compromettrait la sécurité de l’agent (par. 41). Dans les deux cas, le danger découlait de faits établissant que les demandeurs entretenaient des relations antagonistes avec de prétendues organisations criminelles ou terroristes. Cependant, dans l’affaire qui nous occupe, les fiduciaires ont demandé au juge de première instance d’inférer non seulement le fait qu’un préjudice serait causé aux personnes touchées, mais également qu’il existe une ou des personnes qui souhaitent leur faire du mal. Il n’est pas raisonnablement possible au vu du dossier en l’espèce d’inférer tout cela en se fondant sur le décès des Sherman et sur les liens unissant les personnes touchées aux défunts. Il ne s’agit pas d’une inférence raisonnable, mais, comme l’a souligné la Cour d’appel, d’une conclusion reposant sur des conjectures.

[102] Si le simple fait d’invoquer un préjudice physique grave suffisait à démontrer un risque sérieux pour un intérêt important, il n’y aurait pas de seuil valable dans l’analyse. Le test exige plutôt que le risque sérieux invoqué soit bien appuyé par le dossier ou les circonstances de l’espèce (*Sierra*

at para. 54; *Bragg*, at para. 15). This contributes to maintaining the strong presumption of openness.

[103] Again, in other cases, circumstantial facts may allow a court to infer the existence of a serious risk of physical harm. Applicants do not necessarily need to retain experts who will attest to the physical or psychological risk related to the disclosure. But on this record, the bare assertion that such a risk exists fails to meet the threshold necessary to establish a serious risk of physical harm. The application judge's conclusion to the contrary was an error warranting the intervention of the Court of Appeal.

E. *There Would Be Additional Barriers to a Sealing Order on the Basis of the Alleged Risk to Privacy*

[104] While not necessary to dispose of the appeal, it bears mention that the Trustees would have faced additional barriers in seeking the sealing orders on the basis of the privacy interest they advanced. I recall that to meet the test for discretionary limits on court openness, a person must show, in addition to a serious risk to an important interest, that the particular order sought is necessary to address the risk and that the benefits of the order outweigh its negative effects as a matter of proportionality (*Sierra Club*, at para. 53).

[105] Even if the Trustees had succeeded in showing a serious risk to the privacy interest they assert, a publication ban — less constraining on openness than the sealing orders — would have likely been sufficient as a reasonable alternative to prevent this risk. The condition that the order be necessary requires the court to consider whether there are alternatives to the order sought and to restrict the order as much as reasonably possible to prevent the serious risk (*Sierra Club*, at para. 57). An order imposing a publication ban could restrict the dissemination

*Club*, par. 54; *Bragg*, par. 15), ce qui contribue au maintien de la forte présomption de publicité des débats judiciaires.

[103] Encore une fois, dans d'autres affaires, des faits circonstanciels pourraient permettre à un tribunal d'inférer l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. Les demandeurs n'ont pas nécessairement à retenir les services d'experts qui attestent l'existence du risque physique ou psychologique lié à la divulgation. Cependant, sur la foi du présent dossier, le simple fait d'affirmer qu'un tel risque existe ne permet pas de franchir le seuil requis pour établir l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. La conclusion contraire tirée par le juge de première instance était une erreur justifiant l'intervention de la Cour d'appel.

E. *Il y aurait des obstacles additionnels à l'octroi d'une ordonnance de mise sous scellés fondée sur le risque d'atteinte à la vie privée allégué*

[104] Bien que cela ne soit pas nécessaire pour trancher le pourvoi, il convient de mentionner que les fiduciaires auraient eu à faire face à des obstacles additionnels en cherchant à obtenir les ordonnances de mise sous scellés sur la base de l'intérêt en matière de vie privée qu'ils ont fait valoir. Je rappelle que, pour satisfaire au test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, une personne doit démontrer, outre un risque sérieux pour un intérêt important, que l'ordonnance particulière demandée est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs (*Sierra Club*, par. 53).

[105] Même si les fiduciaires avaient réussi à démontrer l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée qu'ils invoquent, une interdiction de publication — moins contraignante à l'égard de la publicité des débats que les ordonnances de mise sous scellés — aurait probablement été suffisante en tant qu'autre option raisonnable pour écarter ce risque. La condition selon laquelle l'ordonnance doit être nécessaire oblige le tribunal à examiner s'il existe des mesures autres que l'ordonnance demandée et à restreindre l'ordonnance autant

of personal information to only those persons consulting the court record for themselves and prohibit those individuals from spreading the information any further. As I have noted, the likelihood and extent of dissemination may be relevant factors in determining the seriousness of a risk to privacy in this context. While the Toronto Star would be able to consult the files subject to a publication ban, for example, which may assist it in its investigations, it would not be able to publish and thereby broadly disseminate the contents of the files. A publication ban would seem to protect against this latter harm, which has been the focus of the Trustees' argument, while allowing some access to the file, which is not possible under the sealing orders. Therefore, even if a serious risk to the privacy interest had been made out, it would likely not have justified a sealing order, because a less onerous order would have likely been sufficient to mitigate this risk effectively. I hasten to add, however, that a publication ban is not available here since, as noted, the seriousness of the risk to the privacy interest at play has not been made out.

[106] Further, the Trustees would have had to show that the benefits of any order necessary to protect from a serious risk to the important public interest outweighed the harmful effects of the order, including the negative impact on the open court principle (*Sierra Club*, at para. 53). In balancing the privacy interests against the open court principle, it is important to consider whether the information the order seeks to protect is peripheral or central to the judicial process (paras. 78 and 86; *Bragg*, at paras. 28-29). There will doubtless be cases where the information that poses a serious risk to privacy, bearing as it does on individual dignity, will be central to the case. But the interest in important and legally relevant information being aired in open court may well overcome any concern for the privacy interests in that same

qu'il est raisonnablement possible de le faire pour écarter le risque sérieux (*Sierra Club*, par. 57). Une ordonnance imposant une interdiction de publication pourrait restreindre la diffusion de renseignements personnels aux seules personnes qui consultent le dossier judiciaire pour elles-mêmes et interdire à celles-ci de diffuser davantage les renseignements. Comme je l'ai mentionné, la probabilité et l'étendue de la diffusion peuvent être des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère sérieux d'un risque pour la vie privée dans ce contexte. Alors que le Toronto Star serait en mesure de consulter les dossiers faisant l'objet d'une interdiction de publication, par exemple, ce qui pourrait l'aider dans ses enquêtes, il ne pourrait publier, et ainsi diffuser largement, le contenu des dossiers. Une interdiction de publication semble offrir une protection contre ce dernier préjudice, qui a été au centre de l'argumentation des fiduciaires, tout en permettant un certain accès au dossier, ce qui n'est pas possible aux termes des ordonnances de mise sous scellés. En conséquence, même si un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée avait été établi, ce risque n'aurait probablement pas justifié une ordonnance de mise sous scellés, car une ordonnance moins sévère aurait probablement suffi à atténuer ce risque de manière efficace. Je m'empresse cependant d'ajouter qu'une interdiction de publication ne peut être prononcée en l'espèce, puisque, comme il a été souligné, le caractère sérieux du risque pour l'intérêt en matière de vie privée en jeu n'a pas été établi.

[106] De plus, les fiduciaires auraient eu à démontrer que les avantages de toute ordonnance nécessaire à la protection contre un risque sérieux pour l'intérêt public important l'emportaient sur ses effets préjudiciables, y compris l'incidence négative sur le principe de la publicité des débats judiciaires (*Sierra Club*, par. 53). Pour mettre en balance les intérêts en matière de vie privée et le principe de la publicité des débats judiciaires, il importe de se demander si les renseignements que l'ordonnance vise à protéger sont accessoires ou essentiels au processus judiciaire (par. 78 et 86; *Bragg*, par. 28-29). Il y aura sans doute des affaires où les renseignements présentant un risque sérieux pour la vie privée, du fait qu'ils toucheront à la dignité individuelle, seront essentiels au litige. Cependant, l'intérêt à ce

information. This contextual balancing, informed by the importance of the open court principle, presents a final barrier to those seeking a discretionary limit on court openness for the purposes of privacy protection.

## VI. Conclusion

[107] The conclusion that the Trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest ends the analysis. In such circumstances, the Trustees are not entitled to any discretionary order limiting the open court principle, including the sealing orders they initially obtained. The Court of Appeal rightly concluded that there was no basis for asking for redactions because the Trustees had failed at this stage of the test for discretionary limits on court openness. This is dispositive of the appeal. The decision to set aside the sealing orders rendered by the application judge should be affirmed. Given that I propose to dismiss the appeal on the existing record, I would dismiss the Toronto Star's motion for new evidence as being moot.

[108] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. The Toronto Star requests no costs given the important public issues in dispute. As such, there will be no order as to costs.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

que des renseignements importants et juridiquement pertinents soient diffusés dans le cadre de débats judiciaires publics pourrait bien prévaloir sur toute préoccupation à l'égard des intérêts en matière de vie privée relativement à ces mêmes renseignements. Cette pondération contextuelle, éclairée par l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, constitue un dernier obstacle sur la route de ceux qui cherchent à faire limiter de façon discrétionnaire la publicité des débats judiciaires aux fins de la protection de la vie privée.

## VI. Conclusion

[107] La conclusion selon laquelle les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important met fin à l'analyse. En de telles circonstances, les fiduciaires n'ont droit à aucune ordonnance discrétionnaire limitant le principe de la publicité des débats judiciaires, y compris les ordonnances de mise sous scellés qu'ils ont initialement obtenues. La Cour d'appel a conclu à juste titre qu'il n'y avait aucune raison de demander un caviardage parce que les fiduciaires n'avaient pas franchi cette étape du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Cette conclusion est déterminante quant à l'issue du pourvoi. La décision d'annuler les ordonnances de mise sous scellés rendues par le juge de première instance devrait être confirmée. Étant donné que je suis d'avis de rejeter le pourvoi eu égard au dossier existant, je rejetterais la requête en production de nouveaux éléments de preuve présentée par le Toronto Star au motif que celle-ci est théorique.

[108] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi. Le Toronto Star ne sollicite aucuns dépens, compte tenu des importantes questions d'intérêt public en litige. Dans les circonstances, aucuns dépens ne seront adjugés.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: DMG Advocates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : DMG Advocates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Income Security Advocacy Centre: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Centre d'action pour la sécurité du revenu : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.: Farris, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc. : Farris, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the HIV Legal Network and the Mental Health Legal Committee: HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique VIH and Mental Health Legal Committee : HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*