

Minister of Justice *Appellant*

v.

Sheldon Blank *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, The Advocates' Society and Information Commissioner of Canada *Interveners*

INDEXED AS: BLANK v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)

Neutral citation: 2006 SCC 39.

File No.: 30553.

2005: December 13; 2006: September 8.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Access to information — Exemptions — Solicitor-client privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Claimant requesting documents relating to prosecutions of himself and a company for federal regulatory offences — Charges subsequently quashed or stayed — Request for access denied by government on various grounds including solicitor-client privilege exemption set out in s. 23 of Access to Information Act — Whether documents once subject to litigation privilege remain privileged when litigation ends — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 23.

Law of professions — Barristers and solicitors — Solicitor-client privilege — Litigation privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Nature, scope and duration of litigation privilege.

In 1995, the Crown laid 13 charges against B and a company for regulatory offences; the charges were quashed, some of them in 1997 and the others in 2001.

Ministre de la Justice *Appellant*

c.

Sheldon Blank *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, The Advocates' Society et Commissaire à l'information du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BLANK c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

Référence neutre : 2006 CSC 39.

N° du greffe : 30553.

2005 : 13 décembre; 2006 : 8 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Accès à l'information — Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Requérant demandant l'accès à des documents relatifs à des poursuites intentées contre lui et une société pour des infractions réglementaires fédérales — Annulation des accusations ou arrêt des procédures — Accès refusé par le gouvernement pour divers motifs dont l'exemption du secret professionnel de l'avocat prévue à l'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information — Les documents protégés par le privilège relatif au litige, continuent-ils à bénéficier de cette protection lorsque le litige prend fin? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 23.

Droit des professions — Avocats et procureurs — Secret professionnel de l'avocat — Privilège relatif au litige — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Nature, portée et durée du privilège relatif au litige.

En 1995, le ministère public a porté 13 accusations contre B et une société pour des infractions réglementaires; certaines accusations ont été annulées en 1997, et

In 2002, the Crown laid new charges by way of indictment, but stayed them prior to trial. B and the company sued the federal government in damages for fraud, conspiracy, perjury and abuse of its prosecutorial powers. In 1997 and again in 1999, B requested all records pertaining to the prosecutions of himself and the company, but only some of the requested documents were furnished. His requests for information in the penal proceedings and under the *Access to Information Act* were denied by the government on various grounds, including the “solicitor-client privilege” exemption set out in s. 23 of the Act. Additional materials were released after B lodged a complaint with the Information Commissioner. The vast majority of the remaining documents were found to be properly exempted from disclosure under the solicitor-client privilege. On application for review under s. 41 of the Act, the motions judge held that documents excluded from disclosure pursuant to the litigation privilege should be released if the litigation to which the record relates has ended. On appeal, the majority of the Federal Court of Appeal on this issue found that the litigation privilege, unlike the legal advice privilege, expires with the end of the litigation that gave rise to the privilege, subject to the possibility of defining “litigation” broadly.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, and Abella JJ.: The Minister’s claim of litigation privilege under s. 23 of the *Access to Information Act* fails. The privilege has expired because the files to which B seeks access relate to penal proceedings that have terminated. [9]

The litigation privilege and the solicitor-client privilege are driven by different policy considerations and generate different legal consequences. Litigation privilege is not directed at, still less, restricted to, communications between solicitor and client. It contemplates, as well, communications between a solicitor and third parties or, in the case of an unrepresented litigant, between the litigant and third parties. The purpose of the litigation privilege is to create a zone of privacy in relation to pending or apprehended litigation. The common law litigation privilege comes to an end, absent closely related proceedings, upon the termination of the litigation that gave rise to the privilege. Unlike the solicitor-client

les autres en 2001. En 2002, le ministère public a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation, mais a ordonné l’arrêt des procédures avant le procès. B et la société ont intenté une action en dommages-intérêts contre le gouvernement fédéral pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite. En 1997, et de nouveau en 1999, B a demandé tous les dossiers se rapportant aux poursuites engagées contre lui et contre la société, mais seuls certains de ces documents lui ont été communiqués. Le gouvernement a soulevé divers motifs, y compris l’exemption relative au « secret professionnel de l’avocat » établie à l’art. 23 de la *Loi sur l’accès à l’information*, pour rejeter les demandes de renseignements qui lui ont été présentées en vertu de cette loi et dans le cadre des procédures pénales. D’autres documents ont été communiqués à B après qu’il eut porté plainte auprès du Commissaire à l’information. Il a été décidé que la très grande majorité des documents restants avaient été exclus à bon droit de la communication parce qu’ils étaient protégés par le secret professionnel de l’avocat. Saisi d’une demande de révision en application de l’art. 41 de la Loi, le juge des requêtes a conclu que les documents soustraits à la communication par application du privilège relatif au litige devaient être divulgués si le litige auquel ils se rapportaient avait pris fin. En appel, la Cour d’appel fédérale a conclu à la majorité, sur ce point, que le privilège relatif au litige, contrairement au privilège de la consultation juridique, s’éteint à l’issue du litige qui lui a donné lieu, sous réserve de la possibilité de définir le « litige » en termes larges.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella : La revendication, par le ministre, du privilège relatif au litige, fondée sur l’art. 23 de la *Loi sur l’accès à l’information*, ne saurait être accueillie. Le privilège a pris fin parce que les dossiers auxquels B tente d’avoir accès concernent des procédures pénales qui sont terminées. [9]

Le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat reposent sur des considérations de principe différentes et entraînent des conséquences juridiques différentes. Le privilège relatif au litige n’a pas pour cible, et encore moins pour cible unique, les communications entre un avocat et son client. Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d’une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. L’objet du privilège relatif au litige est de créer une zone de confidentialité à l’occasion ou en prévision d’un litige. Le privilège relatif au litige reconnu en common law prend fin, en l’absence de procédures étroitement liées, lorsque le

privilege, it is neither absolute in scope nor permanent in duration. The privilege may retain its purpose and its effect where the litigation that gave rise to the privilege has ended, but related litigation remains pending or may reasonably be apprehended. This enlarged definition of litigation includes separate proceedings that involve the same or related parties and arise from the same or a related cause of action or juridical source. Proceedings that raise issues common to the initial action and share its essential purpose would qualify as well. [27] [33-39]

The litigation privilege would not in any event protect from disclosure evidence of the claimant party's abuse of process or similar blameworthy conduct. Even where the materials sought would otherwise be subject to litigation privilege, the party seeking their disclosure may be granted access to them upon a *prima facie* showing of actionable misconduct by the other party in relation to the proceedings with respect to which litigation privilege is claimed. Whether privilege is claimed in the originating or in related litigation, the court may review the materials to determine whether their disclosure should be ordered on this ground. [44-45]

Litigation privilege should attach to documents created for the dominant purpose of litigation. The dominant purpose test is more compatible with the contemporary trend favouring increased disclosure. Though it provides narrower protection than would a substantial purpose test, the dominant purpose standard is consistent with the notion that the litigation privilege should be viewed as a limited exception to the principle of full disclosure and not as an equal partner of the broadly interpreted solicitor-client privilege. [59-60]

Per Bastarache and Charron JJ.: Litigation privilege cannot be invoked at common law to refuse disclosure which is statutorily mandated. Either litigation privilege must be read into s. 23 of the *Access to Information Act* or it must be acknowledged that the Crown cannot invoke litigation privilege so as to resist disclosure under the Act. An exemption for litigation privilege should be read into s. 23 because litigation privilege has always been considered a branch of solicitor-client privilege. The two-branches approach to solicitor-client privilege should subsist, even accepting

litige qui lui a donné lieu est terminé. Contrairement au secret professionnel de l'avocat, il n'est ni absolu quant à sa portée, ni illimité quant à sa durée. Le privilège peut conserver son objet et son effet lorsque le litige qui lui a donné lieu a pris fin, mais qu'un litige connexe demeure en instance ou peut être raisonnablement appréhendé. Cette définition élargie du litige comprend les procédures distinctes qui opposent les mêmes parties, ou des parties liées, et qui découlent de la même cause d'action ou source juridique, ou d'une cause d'action connexe. Les procédures qui soulèvent des questions communes avec l'action initiale et qui partagent son objet fondamental seraient également visées. [27] [33-39]

Quoi qu'il en soit, le privilège relatif au litige ne saurait protéger contre la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique. Même lorsque des documents seraient autrement protégés par le privilège relatif au litige, l'auteur d'une demande d'accès peut en obtenir la divulgation, s'il démontre *prima facie* que l'autre partie a eu une conduite donnant ouverture à action dans le cadre de la procédure à l'égard de laquelle elle revendique le privilège. Peu importe que le privilège soit revendiqué dans le cadre du litige initial ou d'un litige connexe, le tribunal peut examiner les documents afin de décider s'il y a lieu d'ordonner leur divulgation pour ce motif. [44-45]

Le privilège relatif au litige devrait s'attacher aux documents créés principalement en vue du litige. Le critère de l'objet principal est davantage compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue. Bien qu'il confère une protection plus limitée que ne le ferait le critère de l'objet important, le critère de l'objet principal est conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. [59-60]

Les juges Bastarache et Charron : On ne peut revendiquer le privilège relatif au litige en s'appuyant sur la common law pour refuser de communiquer un document que la loi nous oblige à divulguer. Soit l'art. 23 de la *Loi sur l'accès à l'information* doit être interprété comme visant implicitement le privilège relatif au litige, soit il faut reconnaître que le gouvernement ne peut invoquer ce privilège pour refuser de divulguer des documents sous le régime de cette loi. L'article 23 doit être tenu pour inclure implicitement une exemption concernant le privilège relatif au litige, parce que ce

that solicitor-client privilege and litigation privilege have distinct rationales. [67] [69-71] [73]

Once the privilege is determined to exist, s. 23 grants the institution a discretion as to whether or not to disclose. Although litigation privilege is understood as existing only *vis-à-vis* the adversary in the litigation, the effect of s. 23 is to permit the government institution to refuse disclosure to any requester so long as the privilege is found to exist. In this case, the Minister's claim of litigation privilege fails because the privilege has expired. [72] [74]

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *Liquor Control Board of Ontario v. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167; *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) v. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. v. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16; *Three Rivers District Council v. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218; *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407; *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84; *Wujda v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476; *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; *Canada Southern Petroleum Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134; *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Waugh v. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169; *Davies v. Harrington* (1980), 115 D.L.R. (3d) 347;

privilege a toujours été considéré comme une composante du secret professionnel de l'avocat. Il faut continuer à considérer le secret professionnel de l'avocat comme comportant deux composantes, même si l'on admet que le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige reposent sur des fondements différents. [67] [69-71] [73]

Une fois établie l'existence du privilège, l'art. 23 confère à l'institution le pouvoir discrétionnaire de divulguer ou non les renseignements. Alors que le privilège relatif au litige est considéré comme n'ayant d'effet que contre l'autre partie au litige, l'art. 23 permet à une institution fédérale de refuser la communication à quiconque la demande, à condition que l'existence du privilège soit établie. La revendication par le ministre du privilège relatif au litige ne saurait être accueillie en l'espèce, parce que ce privilège a pris fin. [72] [74]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *Liquor Control Board of Ontario c. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167; *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) c. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower c. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. c. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96; *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16; *Three Rivers District Council c. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218; *Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Alberta (Treasury Branches) c. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407; *Boulianne c. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84; *Wujda c. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476; *Meaney c. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; *Canada Southern Petroleum Ltd. c. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134; *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Waugh c. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169; *Davies c. Harrington* (1980),

Voth Bros. Construction (1974) Ltd. v. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees (1981), 29 B.C.L.R. 114; *McCaig v. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724; *Nova, an Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755; *Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1.

By Bastarache J.

Referred to: *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Interprovincial Pipe Line Inc. v. M.N.R.*, [1996] 1 F.C. 367; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 16(1)(b), (c), 17, 23, 41.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.
Pulp and Paper Effluent Regulations, SOR/92-269.

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
 Sharpe, Robert J. "Claiming Privilege in the Discovery Process", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo Publishers, 1984, 163.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
 Watson, Garry D., and Frank Au. "Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315.
 Wilson, J. Douglas. "Privilege in Experts' Working Papers" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346.
 Wilson, J. Douglas. "Privilege: Watson & Au (1998) 77 *Can. Bar Rev.* 346: REJOINER: 'It's Elementary My Dear Watson'" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 549.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Létourneau and Pelletier J.J.A.), [2005] 1 F.C.R. 403, 244 D.L.R. (4th) 80, 325 N.R. 315, 21 Admin. L.R. (4th) 225, 34 C.P.R. (4th) 385, [2004] F.C.J. No. 1455 (QL), 2004 FCA 287, affirming in part an order of Campbell J., 2003 CarswellNat 5040, 2003 FCT 462. Appeal dismissed.

115 D.L.R. (3d) 347; *Voth Bros. Construction (1974) Ltd. c. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114; *McCaig c. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724; *Nova, an Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755; *Lyell c. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Interprovincial Pipe Line Inc. c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 367; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

Lois et règlements cités

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 16(1)b), c), 17, 23, 41.
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14.
Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers, DORS/92-269.

Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Sharpe, Robert J. « Claiming Privilege in the Discovery Process », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Don Mills, Ont. : Richard De Boo Publishers, 1984, 163.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
 Watson, Garry D., and Frank Au. « Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation » (1998), 77 *R. du B. can.* 315.
 Wilson, J. Douglas. « Privilege in Experts' Working Papers » (1997), 76 *R. du B. can.* 346.
 Wilson, J. Douglas. « Privilege : Watson & Au (1998) 77 *Can. Bar Rev.* 346 : REJOINER : "It's Elementary My Dear Watson" » (1998), 77 *R. du B. can.* 549.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Létourneau et Pelletier), [2005] 1 R.C.F. 403, 244 D.L.R. (4th) 80, 325 N.R. 315, 21 Admin. L.R. (4th) 225, 34 C.P.R. (4th) 385, [2004] A.C.F. n° 1455 (QL), 2004 CAF 287, qui a confirmé en partie un jugement du juge Campbell, 2003 CarswellNat 5040, 2003 CFPI 462. Pourvoi rejeté.

Graham Garton, Q.C., and Christopher M. Rupar, for the appellant.

Sheldon Blank, on his own behalf.

Luba Kowal, Malliha Wilson and Christopher P. Thompson, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Wendy Matheson and David Outerbridge, for the intervener The Advocates' Society.

Raynold Langlois, Q.C., and Daniel Brunet, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

FISH J. —

I

1 This appeal requires the Court, for the first time, to distinguish between two related but conceptually distinct exemptions from compelled disclosure: the *solicitor-client privilege* and the *litigation privilege*. They often co-exist and one is sometimes mistakenly called by the other's name, but they are not coterminous in space, time or meaning.

2 More particularly, we are concerned in this case with the litigation privilege, with how it is born and when it must be laid to rest. And we need to consider that issue in the narrow context of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“*Access Act*”), but with prudent regard for its broader implications on the conduct of legal proceedings generally.

3 This case has proceeded throughout on the basis that “solicitor-client privilege” was intended, in s. 23 of the *Access Act*, to include the litigation privilege which is not elsewhere mentioned in the Act.

Graham Garton, c.r., et Christopher M. Rupar, pour l'appellant.

Sheldon Blank, en personne.

Luba Kowal, Malliha Wilson et Christopher P. Thompson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Wendy Matheson et David Outerbridge, pour l'intervenante The Advocates' Society.

Raynold Langlois, c.r., et Daniel Brunet, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LE JUGE FISH —

I

Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à établir pour la première fois une distinction entre deux exceptions à la communication forcée qui sont connexes, mais distinctes sur le plan conceptuel : le *privilege du secret professionnel de l'avocat (solicitor-client privilege)* et le *privilege relatif au litige (litigation privilege)*. Ces privilèges coexistent souvent et on utilise parfois à tort le nom de l'un pour désigner l'autre, mais leur portée, leur durée et leur signification ne coïncident pas.

En l'espèce, nous nous intéressons plus particulièrement au privilège relatif au litige, à la façon dont il prend naissance et au moment où il s'éteint. Il nous faut en outre examiner cette question dans le contexte restreint de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *Loi sur l'accès* »), mais avec circonspection quant à ses répercussions plus larges sur le déroulement des instances judiciaires en général.

À tous les paliers, la présente affaire a été examinée à partir de la prémisse selon laquelle, pour l'application de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès*, le « secret professionnel qui lie un avocat à son

Both parties and the judges below have all assumed that it does.

As a matter of statutory interpretation, I would proceed on the same basis. The Act was adopted nearly a quarter-century ago. It was not uncommon at the time to treat “solicitor-client privilege” as a compendious phrase that included both the legal advice privilege and litigation privilege. This best explains why the litigation privilege is not separately mentioned anywhere in the Act. And it explains as well why, despite the Act’s silence in this regard, I agree with the parties and the courts below that the *Access Act* has not deprived the government of the protection previously afforded to it by the legal advice privilege *and* the litigation privilege: In interpreting and applying the Act, the phrase “solicitor-client privilege” in s. 23 should be taken as a reference to both privileges.

In short, we are not asked in this case to decide whether the government can invoke litigation privilege. Quite properly, the parties agree that it can. Our task, rather, is to examine the defining characteristics of that privilege and, more particularly, to determine its lifespan.

The Minister contends that the solicitor-client privilege has two “branches”, one concerned with confidential communications between lawyers and their clients, the other relating to information and materials gathered or created in the litigation context. The first of these branches, as already indicated, is generally characterized as the “legal advice privilege”; the second, as the “litigation privilege”.

Bearing in mind their different scope, purpose and rationale, it would be preferable, in my view,

client » est censé englober le privilège relatif au litige, qui n’est mentionné dans aucune autre disposition de la Loi. Les deux parties et les juges des juridictions inférieures ont tous tenu cette proposition pour avérée.

Pour ce qui est de l’interprétation de la Loi, je m’appuierais sur la même prémisse. La Loi a été édictée il y a près d’un quart de siècle. À l’époque, il n’était pas inhabituel de percevoir les termes « secret professionnel de l’avocat » comme une expression concise utilisée pour désigner à la fois le privilège de la consultation juridique et le privilège relatif au litige. C’est ce qui explique le mieux pourquoi le privilège relatif au litige n’est mentionné isolément dans aucune disposition de la Loi. Cela explique aussi très bien pourquoi, malgré le silence de la Loi à cet égard, je partage l’opinion des parties et des juridictions inférieures selon laquelle la *Loi sur l’accès* n’a pas privé le gouvernement de la protection que le privilège de la consultation juridique *et* le privilège relatif au litige lui offraient auparavant. Lorsqu’il s’agit d’interpréter et d’appliquer la Loi, il faut considérer l’expression « secret professionnel de l’avocat », utilisée à l’art. 23, comme renvoyant aux deux privilèges.

En somme, nous ne sommes pas appelés en l’espèce à décider si le gouvernement peut invoquer le privilège relatif au litige. Les parties conviennent à juste titre qu’il le peut. Notre tâche consiste plutôt à examiner les caractéristiques fondamentales de ce privilège et, plus particulièrement, à en déterminer la durée.

Le ministre soutient que le secret professionnel de l’avocat comporte deux « composantes » : l’une touchant les communications confidentielles échangées entre les avocats et leurs clients, l’autre, les renseignements et documents recueillis ou créés dans le contexte du litige. Comme je l’ai déjà indiqué, la première de ces composantes est généralement désignée comme le « privilège de la consultation juridique » et, la seconde, comme le « privilège relatif au litige ».

Compte tenu de leur portée, de leur objet et de leur fondement différents, j’estime qu’il serait

4

5

6

7

to recognize that we are dealing here with distinct conceptual animals and not with two branches of the same tree. Accordingly, I shall refer in these reasons to the solicitor-client privilege as if it includes only the legal advice privilege, and shall indeed use the two phrases — solicitor-client privilege and legal advice privilege — synonymously and interchangeably, except where otherwise indicated.

8 As a matter of substance and not mere terminology, the distinction between litigation privilege and the solicitor-client privilege is decisive in this case. The former, unlike the latter, is of temporary duration. It expires with the litigation of which it was born. Characterizing litigation privilege as a “branch” of the solicitor-client privilege, as the Minister would, does not envelop it in a shared cloak of permanency.

9 The Minister’s claim of litigation privilege fails in this case because the privilege claimed, by whatever name, has expired: The files to which the respondent seeks access relate to penal proceedings that have long terminated. By seeking civil redress for the manner in which those proceedings were conducted, the respondent has given them neither fresh life nor a posthumous and parallel existence.

10 I would therefore dismiss the appeal.

II

11 The respondent is a self-represented litigant who, though not trained in the law, is no stranger to the courts. He has accumulated more than ten years of legal experience first-hand, initially as a defendant and then as a petitioner and plaintiff. In his resourceful and persistent quest for information and redress, he has personally instituted and conducted a plethora of related proceedings, at first instance and on appeal, in federal and provincial courts alike.

préférable de reconnaître qu’il s’agit en l’occurrence de concepts distincts, et non de deux composantes d’un même concept. Par conséquent, dans les présents motifs, j’utiliserai l’expression « secret professionnel de l’avocat » comme s’entendant exclusivement du privilège de la consultation juridique et, à moins d’indication contraire, j’emploierai les deux expressions — secret professionnel de l’avocat et privilège de la consultation juridique — comme des synonymes interchangeables.

S’agissant d’une question de fond, et non de simple terminologie, la différence entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat est déterminante en l’espèce. Le premier, contrairement au second, est temporaire. Il prend fin en même temps que le litige qui lui a donné lieu. Qualifier le privilège relatif au litige de « composante » du secret professionnel de l’avocat, comme le voudrait le ministre, n’a pas pour effet de lui conférer le même caractère permanent.

La revendication, par le ministre, du privilège relatif au litige ne saurait être accueillie en l’espèce parce que, peu importe le nom choisi pour le désigner, ce privilège a pris fin : Les dossiers auxquels l’intimé tente d’avoir accès concernent des procédures pénales qui sont terminées depuis longtemps. En sollicitant une réparation civile pour la façon dont se sont déroulées ces procédures, l’intimé ne leur a insufflé ni une nouvelle vie ni une existence posthume et parallèle.

Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II

L’intimé assure lui-même sa défense et, bien qu’il n’ait pas de formation en droit, il connaît bien les tribunaux. Il a accumulé plus de dix années d’expérience en droit au contact des tribunaux, d’abord en qualité de défendeur puis de requérant et de demandeur. Dans la quête de renseignements et de redressements qu’il a menée avec beaucoup de détermination et de débrouillardise, il a personnellement intenté et dirigé une pléthore de procédures connexes, en première instance et en appel, devant les tribunaux tant fédéraux que provinciaux.

This saga began in July 1995, when the Crown laid 13 charges against the respondent and Gateway Industries Ltd. (“Gateway”) for regulatory offences under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, and the *Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269. The respondent was a director of Gateway. Five of the charges alleged pollution of the Red River and another eight alleged breaches of reporting requirements.

The counts relating to reporting requirements were quashed in 1997 and the pollution charges were quashed in 2001. In 2002, the Crown laid new charges by way of indictment — and stayed them prior to trial. The respondent and Gateway then sued the federal government in damages for fraud, conspiracy, perjury and abuse of its prosecutorial powers.

This appeal concerns the respondent’s repeated attempts to obtain documents from the government. He succeeded only in part. His requests for information in the penal proceedings and under the *Access Act* were denied by the government on various grounds, including “solicitor-client privilege”. The issue before us now relates solely to the *Access Act* proceedings. We have not been asked to decide whether the Crown properly fulfilled, in the criminal proceedings, its disclosure obligations under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. And in the record before us, we would in any event be unable to do so.

In October 1997, and again in May 1999, the respondent requested from the Access to Information and Privacy Office of the Department of Justice all records pertaining to his prosecution and the prosecution of Gateway.

La présente saga a commencé en juillet 1995, lorsque le ministère public a porté 13 accusations contre l’intimé et Gateway Industries Ltd. (« Gateway ») pour des infractions réglementaires prévues par la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, et le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269. L’intimé était l’un des administrateurs de Gateway. Dans le cas de cinq des accusations, l’infraction reprochée consistait à avoir pollué la rivière Rouge, et dans le cas des huit autres, à avoir contrevenu à des exigences en matière de rapport.

Les chefs d’accusation relatifs aux exigences en matière de rapport ont été annulés en 1997 et ceux concernant la pollution l’ont été en 2001. En 2002, le ministère public a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation — et a ordonné l’arrêt des procédures avant le procès. L’intimé et Gateway ont alors intenté une action en dommages-intérêts contre le gouvernement fédéral pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite.

Le présent pourvoi concerne les tentatives répétées faites par l’intimé pour obtenir certains documents du gouvernement, sans y réussir complètement. Le gouvernement a soulevé divers motifs, y compris le « secret professionnel de l’avocat », pour rejeter les demandes de renseignements qui lui ont été présentées dans le cadre des procédures pénales et en vertu de la *Loi sur l’accès*. La question dont nous sommes saisis touche uniquement les procédures engagées sous le régime de la *Loi sur l’accès*. La Cour n’est pas appelée à se prononcer sur la question de savoir si, dans le cadre des procédures pénales, le ministère public s’est correctement acquitté des obligations de divulgation qui lui incombaient selon l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. De toute façon, nous serions incapables de la trancher au vu du dossier qui nous a été soumis.

En octobre 1997, et de nouveau en mai 1999, l’intimé a demandé au Bureau de l’accès à l’information et de la protection des renseignements personnels du ministère de la Justice tous les dossiers se rapportant aux poursuites engagées contre lui

12

13

14

15

Only some of the requested documents were furnished.

16 Additional materials were released after the respondent lodged a complaint with the Information Commissioner. The Director of Investigation found that the vast majority of the remaining documents were properly exempted from disclosure under the solicitor-client privilege.

17 The respondent pursued the matter further by way of an application for review pursuant to s. 41 of the *Access Act*. Although the appellant relied on various exemptions from disclosure in the *Access Act*, proceedings before the motions judge focussed on the appellant's claims of solicitor-client privilege in reliance on s. 23 of the *Access Act*.

18 On the respondent's application, Campbell J. held that documents excluded from disclosure pursuant to litigation privilege should be released if the litigation to which the record relates has ended (2003 CarswellNat 5040, 2003 FCT 462).

19 On appeal, the Federal Court of Appeal divided on the duration of the privilege. Pelletier J.A., for the majority on this point, found that litigation privilege, unlike legal advice privilege, expires with the end of the litigation that gave rise to the privilege, "subject to the possibility of defining . . . litigation . . . broadly" ([2005] 1 F.C.R. 403, 2004 FCA 287, at para. 89). He therefore held that s. 23 of the *Access Act* did not apply to the documents for which a claim of litigation privilege is made in this case because the criminal prosecution had ended.

20 Létourneau J.A., dissenting on this point, found that the privilege did not necessarily end with the termination of the litigation that gave rise to it. He would have upheld the privilege in this case.

III

21 Section 23 of the *Access Act* provides:

et contre Gateway. Seuls certains de ces documents lui ont été communiqués.

D'autres documents lui ont été communiqués après qu'il eut porté plainte auprès du Commissaire à l'information. Le directeur des enquêtes a conclu que la très grande majorité des documents restants avaient été exclus à bon droit de la communication parce qu'ils étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat.

L'intimé a persévéré en présentant une demande de révision en application de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès*. Bien que l'appelant ait invoqué diverses exemptions de communication prévues à la *Loi sur l'accès*, l'instance présidée par le juge des requêtes a porté principalement sur la revendication par l'appelant du secret professionnel de l'avocat en vertu de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès*.

Le juge Campbell, qui a examiné cette demande de l'intimé, a conclu que les documents soustraits à la communication par application du privilège relatif au litige devaient être divulgués si le litige auquel ils se rapportaient avait pris fin (2003 CarswellNat 5040, 2003 CFPI 462).

En appel, la Cour d'appel fédérale était divisée quant à la durée du privilège. Le juge Pelletier, s'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a conclu que le privilège relatif au litige, contrairement au privilège de la consultation juridique, s'éteint à l'issue du litige qui lui a donné lieu, « sous réserve de la possibilité de définir le litige en termes [. . .] larges » ([2005] 1 R.C.F. 403, 2004 CAF 287, par. 89). Il a donc conclu que l'art. 23 de la *Loi sur l'accès* ne s'appliquait pas, en l'espèce, aux documents visés par la revendication du privilège relatif au litige puisque les poursuites pénales avaient pris fin.

Le juge Létourneau, dissident sur ce point, a conclu que le privilège ne s'éteignait pas nécessairement avec la fin du litige qui lui avait donné lieu. Il aurait confirmé l'existence du privilège dans la présente affaire.

III

L'article 23 de la *Loi sur l'accès* prévoit :

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

The narrow issue before us is whether documents once subject to the litigation privilege remain privileged when the litigation ends.

According to the appellant, this Court has determined that litigation privilege is a branch of the solicitor-client privilege and benefits from the same near-absolute protection, including permanency. But none of the cases relied on by the Crown support this assertion. The Court has addressed the solicitor-client privilege on numerous occasions and repeatedly underlined its paramount significance, but never yet considered the nature, scope or duration of the litigation privilege.

Thus, the Court explained in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, and has since then reiterated, that the solicitor-client privilege has over the years evolved from a rule of evidence to a rule of substantive law. And the Court has consistently emphasized the breadth and primacy of the solicitor-client privilege: see, for example, *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; and *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31. In an oft-quoted passage, Major J., speaking for the Court, stated in *McClure* that “solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (para. 35).

It is evident from the text and the context of these decisions, however, that they relate only to the legal advice privilege, or solicitor-client privilege properly so called, and not to the litigation privilege as well.

Much has been said in these cases, and others, regarding the origin and rationale of the

23. Le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

La question précise dont nous sommes saisis est celle de savoir si, une fois protégés par le privilège relatif au litige, les documents continuent à bénéficier de cette protection lorsque le litige prend fin.

Selon l’appellant, la Cour aurait statué que le privilège relatif au litige est une composante du secret professionnel de l’avocat et bénéficie de la même protection quasi absolue, notamment de son caractère permanent. Aucune des décisions qu’il invoque n’étaye toutefois cette affirmation. La Cour a maintes fois traité du secret professionnel de l’avocat et souligné son importance primordiale, mais elle n’a encore jamais examiné la nature, la portée ou la durée du privilège relatif au litige.

Ainsi, la Cour a expliqué dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et a réitéré depuis, que le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée au fil des ans en une règle de fond. En outre, la Cour n’a pas cessé d’insister sur l’étendue et la primauté du secret professionnel de l’avocat. Voir par exemple : *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; et *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31. Dans un extrait souvent cité de l’arrêt *McClure*, le juge Major, s’exprimant au nom de la Cour, a dit que « le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 35).

Toutefois, il ressort clairement du texte et du contexte de ces décisions qu’elles ne portent que sur le privilège de la consultation juridique, ou sur le secret professionnel de l’avocat proprement dit, et non sur le privilège relatif au litige.

Ces décisions, parmi d’autres, traitent abondamment de l’origine et du fondement du secret

22

23

24

25

26

solicitor-client privilege. The solicitor-client privilege has been firmly entrenched for centuries. It recognizes that the justice system depends for its vitality on full, free and frank communication between those who need legal advice and those who are best able to provide it. Society has entrusted to lawyers the task of advancing their clients' cases with the skill and expertise available only to those who are trained in the law. They alone can discharge these duties effectively, but only if those who depend on them for counsel may consult with them in confidence. The resulting confidential relationship between solicitor and client is a necessary and essential condition of the effective administration of justice.

27 Litigation privilege, on the other hand, is not directed at, still less, restricted to, communications between solicitor and client. It contemplates, as well, communications between a solicitor and third parties or, in the case of an unrepresented litigant, between the litigant and third parties. Its object is to ensure the efficacy of the adversarial process and not to promote the solicitor-client relationship. And to achieve this purpose, parties to litigation, represented or not, must be left to prepare their contending positions in private, without adversarial interference and without fear of premature disclosure.

28 R. J. Sharpe (now Sharpe J.A.) has explained particularly well the differences between litigation privilege and solicitor-client privilege:

It is crucially important to distinguish litigation privilege from solicitor-client privilege. There are, I suggest, at least three important differences between the two. First, solicitor-client privilege applies only to confidential communications between the client and his solicitor. Litigation privilege, on the other hand, applies to communications of a non-confidential nature between the solicitor and third parties and even includes material of a non-communicative nature. Secondly, solicitor-client privilege exists any time a client seeks legal advice from his solicitor whether or not litigation is involved. Litigation privilege, on the other hand, applies only in the context of litigation itself. Thirdly, and most important, the rationale for solicitor-client privilege is

professionnel de l'avocat, fermement établi depuis des siècles. Il reconnaît que la force du système de justice dépend d'une communication complète, libre et franche entre ceux qui ont besoin de conseils juridiques et ceux qui sont les plus aptes à les fournir. La société a confié aux avocats la tâche de défendre les intérêts de leurs clients avec la compétence et l'expertise propres à ceux qui ont une formation en droit. Ils sont les seuls à pouvoir s'acquitter efficacement de cette tâche, mais seulement dans la mesure où ceux qui comptent sur leurs conseils ont la possibilité de les consulter en toute confiance. Le rapport de confiance qui s'établit alors entre l'avocat et son client est une condition nécessaire et essentielle à l'administration efficace de la justice.

Par ailleurs, le privilège relatif au litige n'a pas pour cible, et encore moins pour cible unique, les communications entre un avocat et son client. Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d'une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. Il a pour objet d'assurer l'efficacité du processus contradictoire et non de favoriser la relation entre l'avocat et son client. Or, pour atteindre cet objectif, les parties au litige, représentées ou non, doivent avoir la possibilité de préparer leurs arguments en privé, sans ingérence de la partie adverse et sans crainte d'une communication prématurée.

R. J. Sharpe (maintenant juge de la Cour d'appel) a particulièrement bien expliqué les différences entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat :

[TRADUCTION] Il est crucial de faire la distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat. Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux. Premièrement, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique qu'aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif au litige, en revanche, s'applique aux communications à caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l'avocat existe chaque fois qu'un client consulte son avocat, que ce soit à propos d'un litige ou non. Le privilège relatif au litige, en revanche, ne s'applique que dans le

very different from that which underlies litigation privilege. This difference merits close attention. The interest which underlies the protection accorded communications between a client and a solicitor from disclosure is the interest of all citizens to have full and ready access to legal advice. If an individual cannot confide in a solicitor knowing that what is said will not be revealed, it will be difficult, if not impossible, for that individual to obtain proper candid legal advice.

Litigation privilege, on the other hand, is geared directly to the process of litigation. Its purpose is not explained adequately by the protection afforded lawyer-client communications deemed necessary to allow clients to obtain legal advice, the interest protected by solicitor-client privilege. Its purpose is more particularly related to the needs of the adversarial trial process. Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate. In other words, litigation privilege aims to facilitate a process (namely, the adversary process), while solicitor-client privilege aims to protect a relationship (namely, the confidential relationship between a lawyer and a client).

(“Claiming Privilege in the Discovery Process”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, at pp. 164-65)

With the exception of *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129, a decision of the British Columbia Court of Appeal, the decisions of appellate courts in this country have consistently found that litigation privilege is based on a different rationale than solicitor-client privilege: *Liquor Control Board of Ontario v. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 (“Big Canoe”); *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) v. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. v. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96; *General*

contexte du litige lui-même. Troisièmement, et c’est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l’avocat est très différent de celui du privilège relatif au litige. Cette différence mérite qu’on s’y arrête. L’intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l’intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un avocat. Si une personne ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu’elle lui confie ne sera pas révélé, il lui sera difficile, voire impossible, d’obtenir en toute franchise des conseils juridiques judicieux.

Le privilège relatif au litige, en revanche, est adapté directement au processus du litige. Son but ne s’explique pas valablement par la nécessité de protéger les communications entre un avocat et son client pour permettre au client d’obtenir des conseils juridiques, soit l’intérêt que protège le secret professionnel de l’avocat. Son objet se rattache plus particulièrement aux besoins du processus du procès contradictoire. Le privilège relatif au litige est basé sur le besoin d’une zone protégée destinée à faciliter, pour l’avocat, l’enquête et la préparation du dossier en vue de l’instruction contradictoire. Autrement dit, le privilège relatif au litige vise à faciliter un processus (le processus contradictoire), tandis que le secret professionnel de l’avocat vise à protéger une relation (la relation de confiance entre un avocat et son client).

(« Claiming Privilege in the Discovery Process », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, p. 164-165)

À l’exception de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129, les juridictions d’appel du pays ont conclu de façon constante que le privilège relatif au litige repose sur un fondement différent de celui sur lequel repose le secret professionnel de l’avocat : *Liquor Control Board of Ontario c. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 (« Big Canoe »); *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) c. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower c. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. c. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96;

Accident Assurance Co. v. Chrusz (1999), 45 O.R. (3d) 321.

General Accident Assurance Co. c. Chrusz (1999), 45 O.R. (3d) 321.

- 30 American and English authorities are to the same effect: see *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16 (H.L.); *Three Rivers District Council v. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218, and *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947). In the United States communications with third parties and other materials prepared in anticipation of litigation are covered by the similar “attorney work product” doctrine. This “distinct rationale” theory is also supported by the majority of academics: Sharpe; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 745-46; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3rd ed. 2002), at pp. 197-98; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at pp. 868-71; G. D. Watson and F. Au, “Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation” (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315. For the opposing view, see J. D. Wilson, “Privilege in Experts’ Working Papers” (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346, and “Privilege: Watson & Au (1998) 77 *Can. Bar Rev.* 346: REJOINDER: ‘It’s Elementary My Dear Watson’” (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 549.
- Les jurisprudences américaine et anglaise vont dans le même sens : voir *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16 (H.L.); *Three Rivers District Council c. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218, et *Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947). Aux États-Unis, les communications avec les tiers et les autres documents préparés en vue d’une instance sont protégés par une doctrine semblable relative « aux préparatifs de l’avocat » (« *attorney work product* »). La majorité des auteurs adhèrent aussi à cette théorie du « fondement différent » : Sharpe; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 745-746; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3^e éd. 2002), p. 197-198; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3^e éd. 2003), p. 868-871; G. D. Watson et F. Au, « Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation » (1998), 77 *R. du B. can.* 315. Pour l’opinion contraire, voir J. D. Wilson, « Privilege in Experts’ Working Papers » (1997), 76 *R. du B. can.* 346 et « Privilege : Watson & Au (1998) 77 *Can. Bar Rev.* 346 : REJOINDER : ‘It’s Elementary My Dear Watson’ » (1998), 77 *R. du B. can.* 549.
- 31 Though conceptually distinct, litigation privilege and legal advice privilege serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law. And they are complementary and not competing in their operation. But treating litigation privilege and legal advice privilege as two branches of the same tree tends to obscure the true nature of both.
- Bien que distincts d’un point de vue conceptuel, le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique servent une cause commune : l’administration sûre et efficace de la justice conformément au droit. En outre, ils sont complémentaires et n’entrent pas en concurrence l’un avec l’autre. Cependant, le fait de considérer le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique comme deux composantes d’un même concept tend à en occulter la vraie nature.
- 32 Unlike the solicitor-client privilege, the litigation privilege arises and operates *even in the absence of a solicitor-client relationship*, and it applies indiscriminately to all litigants, whether or not they are represented by counsel: see *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407. A self-represented litigant is no less in need of, and therefore entitled to, a “zone” or
- Contrairement au secret professionnel de l’avocat, le privilège relatif au litige prend naissance et produit ses effets *même en l’absence d’une relation avocat-client* et il s’applique sans distinction à toutes les parties, qu’elles soient ou non représentées par un avocat : voir *Alberta (Treasury Branches) c. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407. La partie qui se défend seule a autant besoin

“chamber” of privacy. Another important distinction leads to the same conclusion. Confidentiality, the *sine qua non* of the solicitor-client privilege, is not an essential component of the litigation privilege. In preparing for trial, lawyers as a matter of course obtain information from third parties who have no need nor any expectation of confidentiality; yet the litigation privilege attaches nonetheless.

In short, the litigation privilege and the solicitor-client privilege are driven by different policy considerations and generate different legal consequences.

The purpose of the litigation privilege, I repeat, is to create a “zone of privacy” in relation to pending or apprehended litigation. Once the litigation has ended, the privilege to which it gave rise has lost its specific and concrete purpose — and therefore its justification. But to borrow a phrase, the litigation is not over until it is over: It cannot be said to have “terminated”, in any meaningful sense of that term, where litigants or related parties remain locked in what is essentially the same legal combat.

Except where such related litigation persists, there is no need and no reason to protect from discovery anything that would have been subject to compelling disclosure but for the pending or apprehended proceedings which provided its shield. Where the litigation has indeed ended, there is little room for concern lest opposing counsel or their clients argue their case “on wits borrowed from the adversary”, to use the language of the U.S. Supreme Court in *Hickman*, at p. 516.

I therefore agree with the majority in the Federal Court of Appeal and others who share their view that the common law litigation privilege comes to an end, absent closely related proceedings, upon the termination of the litigation that gave rise to the

d’une « zone » de confidentialité; elle devrait donc y avoir droit. Une autre distinction importante mène à la même conclusion. La confidentialité, condition *sine qua non* du secret professionnel de l’avocat, ne constitue pas un élément essentiel du privilège relatif au litige. Lorsqu’ils se préparent en vue de l’instruction, les avocats obtiennent ordinairement des renseignements auprès de tiers qui n’ont nul besoin ni attente quant à leur confidentialité, et pourtant ces renseignements sont protégés par le privilège relatif au litige.

Bref, le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat reposent sur des considérations de principe différentes et entraînent des conséquences juridiques différentes.

L’objet du privilège relatif au litige est, je le répète, de créer une « zone de confidentialité » à l’occasion ou en prévision d’un litige. Aussitôt que le litige prend fin, le privilège auquel il a donné lieu perd son objet précis et concret — et, par conséquent, sa raison d’être. Mais, comme certains le diraient, le litige n’est pas terminé tant qu’il n’est pas terminé : On ne peut pas dire qu’il est « terminé », au vrai sens du terme, lorsque les parties au litige ou des parties liées demeurent engagées dans ce qui constitue essentiellement le même combat juridique.

Sauf lorsqu’un tel litige connexe persiste, il n’est ni nécessaire ni justifié de protéger contre la communication quelque élément que ce soit qui aurait pu faire l’objet d’une divulgation forcée, n’eût été la procédure en cours ou prévue en raison de laquelle il est protégé. Lorsque le litige est effectivement terminé, il n’y a pas vraiment lieu de craindre que l’avocat de la partie adverse ou ses clients plaident leur cause en [TRADUCTION] « se servant des capacités intellectuelles de l’adversaire », pour reprendre les termes utilisés par la Cour suprême des États-Unis dans *Hickman*, p. 516.

Je suis donc d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale et ceux qui partagent leur avis pour dire que, en l’absence de procédures étroitement liées, le privilège relatif au litige reconnu en common law prend fin lorsque

33

34

35

36

privilege: *Lifford*; *Chrusz*; *Big Canoe*; *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *Wujda v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (Man. Q.B.); *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Canada Southern Petroleum Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134 (Q.B.). See also Sopinka, Lederman and Bryant; Paciocco and Stuesser.

37 Thus, the principle “once privileged, always privileged”, so vital to the solicitor-client privilege, is foreign to the litigation privilege. The litigation privilege, unlike the solicitor-client privilege, is neither absolute in scope nor permanent in duration.

38 As mentioned earlier, however, the privilege may retain its purpose — and, therefore, its effect — where the litigation that gave rise to the privilege has ended, but related litigation remains pending or may reasonably be apprehended. In this regard, I agree with Pelletier J.A. regarding “the possibility of defining . . . litigation more broadly than the particular proceeding which gave rise to the claim” (para. 89); see *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.).

39 At a minimum, it seems to me, this enlarged definition of “litigation” includes separate proceedings that involve the same or related parties and arise from the same or a related cause of action (or “juridical source”). Proceedings that raise issues common to the initial action and share its essential purpose would in my view qualify as well.

40 As a matter of principle, the boundaries of this extended meaning of “litigation” are limited by the purpose for which litigation privilege is granted, namely, as mentioned, “the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate” (Sharpe, at p. 165). This purpose, in the context of s. 23 of the *Access Act* must take into account the nature of much government litigation. In the 1980s, for example, the federal government

le litige qui lui a donné lieu est terminé : *Lifford*; *Chrusz*; *Big Canoe*; *Boulianne c. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *Wujda c. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (B.R. Man.); *Meaney c. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Canada Southern Petroleum Ltd. c. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134 (B.R.). Voir aussi : Sopinka, Lederman et Bryant; Paciocco et Stuesser.

Ainsi, le principe de la « pérennité des privilèges », si essentiel en ce qui concerne le secret professionnel de l’avocat, ne joue pas dans le cas du privilège relatif au litige. Ce dernier, contrairement au secret professionnel de l’avocat, n’est ni absolu quant à sa portée, ni illimité quant à sa durée.

Or, comme je l’ai déjà mentionné, le privilège peut conserver son objet — et, par conséquent, son effet — lorsque le litige qui lui a donné lieu a pris fin, mais qu’un litige connexe demeure en instance ou peut être raisonnablement appréhendé. À cet égard, je partage l’opinion du juge Pelletier au sujet de « la possibilité de définir le litige en termes plus larges que la seule procédure qui a donné lieu au privilège » (par. 89); voir *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.).

Il me semble que cette définition élargie du terme « litige » comprend, à tout le moins, les procédures distinctes qui opposent les mêmes parties ou des parties liées et qui découlent de la même cause d’action (ou « source juridique ») ou d’une cause d’action connexe. À mon avis, les procédures qui soulèvent des questions communes avec l’action initiale et qui partagent son objet fondamental seraient également visées.

En principe, les limites de cette acception élargie du terme « litige » sont circonscrites par l’objet de la reconnaissance du privilège relatif au litige, soit, comme je l’ai déjà mentionné, [TRADUCTION] « le besoin d’une zone protégée destinée à faciliter, pour l’avocat, l’enquête et la préparation du dossier en vue de l’instruction contradictoire » (Sharpe, p. 165). Dans le contexte de l’art. 23 de la *Loi sur l’accès*, cet objet doit tenir compte de la nature de beaucoup de litiges auxquels le gouvernement est partie.

confronted litigation across Canada arising out of its urea formaldehyde insulation program. The parties were different and the specifics of each claim were different but the underlying liability issues were common across the country.

In such a situation, the advocate's "protected area" would extend to work related to those underlying liability issues even after some but not all of the individual claims had been disposed of. There were common issues and the causes of action, in terms of the advocate's work product, were closely related. When the claims belonging to that particular group of causes of action had all been dealt with, however, litigation privilege would have been exhausted, even if subsequent disclosure of the files would reveal aspects of government operations or general litigation strategies that the government would prefer to keep from its former adversaries or other requesters under the *Access Act*. Similar issues may arise in the private sector, for example in the case of a manufacturer dealing with related product liability claims. In each case, the duration and extent of the litigation privilege are circumscribed by its underlying purpose, namely the protection essential to the proper operation of the adversarial process.

IV

In this case, the respondent claims damages from the federal government for fraud, conspiracy, perjury and abuse of prosecutorial powers. Pursuant to the *Access Act*, he demands the disclosure to him of all documents relating to the Crown's conduct of its proceedings against him. The source of those proceedings is the alleged pollution and breach of reporting requirements by the respondent and his company.

À titre d'exemple, dans les années 80, le gouvernement fédéral a fait face, partout au Canada, à des litiges découlant du programme d'isolation à la mousse d'urée-formaldéhyde. Les parties n'étaient pas les mêmes et les détails de chaque réclamation étaient différents, mais les questions sous-jacentes de responsabilité étaient les mêmes partout au pays.

Dans une telle situation, la « zone protégée » de l'avocat s'étendrait au travail lié à ces questions sous-jacentes de responsabilité, même après le règlement d'une partie des demandes individuelles, si toutes n'ont pas été tranchées. Les poursuites soulevaient des questions communes et les causes d'action, du point de vue des préparatifs du plaideur, étaient étroitement liées. En revanche, une fois tranchées la totalité des demandes appartenant à ce groupe particulier de causes d'action, le privilège relatif au litige aurait expiré, même si la divulgation subséquente des documents aurait révélé certains aspects des opérations du gouvernement ou les stratégies générales d'instance que le gouvernement aurait préféré ne pas dévoiler à ses anciens adversaires ou à d'autres auteurs de demandes formulées en vertu de la *Loi sur l'accès*. Des questions similaires pourraient se poser dans le secteur privé. Ce serait le cas, par exemple, d'une entreprise manufacturière qui ferait face à des demandes connexes, fondées sur la responsabilité du fabricant. Dans chaque cas, la durée et la portée du privilège relatif au litige sont circonscrites par son objet sous-jacent, soit la protection essentielle au bon fonctionnement du processus contradictoire.

IV

En l'espèce, l'intimé poursuit le gouvernement fédéral en dommages-intérêts pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite. Il exige qu'on lui communique, en application de la *Loi sur l'accès*, tous les documents relatifs à la façon dont le ministère public a mené les poursuites intentées contre lui. La source de ces poursuites était la prétendue pollution et la violation alléguée des exigences en matière de rapport reprochées à l'intimé et à sa société.

41

42

43 The Minister's claim of privilege thus concerns documents that were prepared for the dominant purpose of a criminal prosecution relating to environmental matters and reporting requirements. The respondent's action, on the other hand, seeks civil redress for the manner in which the government conducted that prosecution. It springs from a different juridical source and is in that sense unrelated to the litigation of which the privilege claimed was born.

44 The litigation privilege would not in any event protect from disclosure evidence of the claimant party's abuse of process or similar blameworthy conduct. It is not a black hole from which evidence of one's own misconduct can never be exposed to the light of day.

45 Even where the materials sought would otherwise be subject to litigation privilege, the party seeking their disclosure may be granted access to them upon a *prima facie* showing of actionable misconduct by the other party in relation to the proceedings with respect to which litigation privilege is claimed. Whether privilege is claimed in the originating or in related litigation, the court may review the materials to determine whether their disclosure should be ordered on this ground.

46 Finally, in the Court of Appeal, Létourneau J.A., dissenting on the cross-appeal, found that the government's status as a "recurring litigant" could justify a litigation privilege that outlives its common law equivalent. In his view, the "[a]utomatic and uncontrolled access to the government lawyer's brief, once the first litigation is over, may impede the possibility of effectively adopting and implementing [general policies and strategies]" (para. 42).

47 I hesitate to characterize as "[a]utomatic and uncontrolled" access to the government lawyer's brief once the subject proceedings have ended. In my respectful view, access will in fact be neither automatic nor uncontrolled.

Le privilège revendiqué par le ministre concerne donc des documents qui avaient pour objet principal des poursuites pénales relatives à la protection de l'environnement et à des exigences en matière de rapport. Quant à elle, l'action de l'intimé vise essentiellement l'obtention d'une réparation civile pour la manière dont le gouvernement a mené ces poursuites. Elle procède d'une source juridique différente et, dans ce sens, elle n'est pas liée au litige qui a donné lieu au privilège revendiqué.

Quoi qu'il en soit, le privilège relatif au litige ne saurait protéger contre la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique. Il ne s'agit pas d'un puits sans fond duquel la preuve que l'on s'est mal conduit ne pourra jamais être extraite pour être exposée au grand jour.

Même lorsque des documents seraient autrement protégés par le privilège relatif au litige, l'auteur d'une demande d'accès peut en obtenir la divulgation, s'il démontre *prima facie* que l'autre partie a eu une conduite donnant ouverture à action dans le cadre de la procédure à l'égard de laquelle elle revendique le privilège. Peu importe que le privilège soit revendiqué dans le cadre du litige initial ou d'un litige connexe, le tribunal peut examiner les documents afin de décider s'il y a lieu d'ordonner leur divulgation pour ce motif.

Enfin, en Cour d'appel, le juge Létourneau, dissident quant à l'appel incident, a conclu que le fait que le gouvernement puisse faire l'objet de poursuites répétées pouvait justifier la reconnaissance d'un privilège relatif au litige qui survivrait à son équivalent en common law. À son avis, « [l]'accès libre et automatique au [dossier] de l'avocat du gouvernement, une fois le litige terminé, pourrait entraver l'adoption et la mise en œuvre efficace [de politiques et stratégies générales] » (par. 42).

J'hésite à qualifier de « libre et automatique » l'accès au dossier de l'avocat du gouvernement une fois la procédure en cause terminée. Avec égards, j'estime que cet accès ne sera, dans les faits, ni libre ni automatique.

First, as mentioned earlier, it will not be automatic because all subsequent litigation will remain subject to a claim of privilege if it involves the same or related parties and the same or related source. It will fall within the protective orbit of the *same litigation defined broadly*.

Second, access will not be uncontrolled because many of the documents in the lawyer's brief will, in any event, remain exempt from disclosure by virtue of the legal advice privilege. In practice, a lawyer's brief normally includes materials covered by the solicitor-client privilege because of their evident connection to legal advice sought or given in the course of, or in relation to, the originating proceedings. The distinction between the solicitor-client privilege and the litigation privilege does not preclude their potential overlap in a litigation context.

Commensurate with its importance, the solicitor-client privilege has over the years been broadly interpreted by this Court. In that light, anything in a litigation file that falls within the solicitor-client privilege will remain clearly and forever privileged.

I hasten to add that the *Access Act* is a statutory scheme aimed at promoting the disclosure of information in the government's possession. Nothing in the Act suggests that Parliament intended by its adoption to extend the lifespan of the litigation privilege when a member of the public seeks access to government documents.

The language of s. 23 is, moreover, permissive. It provides that the Minister *may* invoke the privilege. This permissive language promotes disclosure by encouraging the Minister to refrain from invoking the privilege unless it is thought necessary to do so in the public interest. And it thus supports an interpretation that favours *more* government disclosure, not *less*.

Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, cet accès ne sera pas automatique parce que tous les litiges subséquents pourront donner lieu à une revendication du privilège s'ils mettent en cause les mêmes parties ou des parties liées et s'ils sont issus de la même source ou d'une source connexe. Ils feront partie de la sphère de protection du *même litige défini en termes larges*.

Deuxièmement, l'accès ne sera pas libre parce que de nombreux documents contenus dans le dossier de l'avocat continueront, quoi qu'il en soit, d'échapper à la communication par application du privilège de la consultation juridique. En pratique, le dossier d'un avocat comprend habituellement des documents visés par le secret professionnel de l'avocat, à cause de leur lien évident avec l'avis juridique sollicité ou donné dans le cadre de la procédure initiale ou relativement à celle-ci. La distinction établie entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige n'exclut pas la possibilité qu'ils se chevauchent dans le contexte d'un litige.

Au fil des ans, la Cour a attribué au secret professionnel de l'avocat une interprétation libérale à la mesure de son importance. Dans ce contexte, tout ce qui, dans un dossier, bénéficie de la protection du secret professionnel de l'avocat demeurera manifestement protégé à jamais.

Je m'empresse d'ajouter que la *Loi sur l'accès* établit un régime législatif destiné à favoriser la communication des renseignements détenus par le gouvernement. Rien dans la Loi ne laisse croire que le législateur voulait, en l'édictant, étendre la durée de vie du privilège relatif au litige dans le cas où un membre du public cherche à avoir accès à des documents gouvernementaux.

Le libellé de l'art. 23 crée en outre une faculté. Il prévoit que le ministre *peut* invoquer le privilège. Ce libellé favorise la communication en encourageant le ministre à s'abstenir d'invoquer le privilège, sauf s'il estime nécessaire de le faire dans l'intérêt public. Il étaye aussi une interprétation qui favorise une communication *accrue*, et non une communication *plus restreinte*, des documents gouvernementaux.

48

49

50

51

52

53

The extended definition of litigation, as I indicated earlier, applies no less to the government than to private litigants. As a result of the *Access Act*, however, its protection may prove less effective in practice. The reason is this. Like private parties, the government may invoke the litigation privilege only when the original or extended proceedings are pending or apprehended. Unlike private parties, however, the government may be required under the terms of the *Access Act* to disclose information once the original proceedings have ended and related proceedings are neither pending nor apprehended. A mere hypothetical possibility that related proceedings may in the future be instituted does not suffice. Should that possibility materialize — should related proceedings in fact later be instituted — the government may well have been required in the interim, in virtue of the *Access Act*, to disclose information that would have otherwise been privileged under the extended definition of litigation. This is a matter of legislative choice and not judicial policy. It flows inexorably from Parliament's decision to adopt the *Access Act*. Other provisions of the *Access Act* suggest, moreover, that Parliament has in fact recognized this consequence of the Act on the government as litigator, potential litigant and guardian of personal safety and public security.

54

For example, pursuant to s. 16(1)(b) and (c), the government may refuse to disclose any record that contains information relating to investigative techniques or plans for specific lawful investigations or information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement or the conduct of lawful investigations. And, pursuant to s. 17, the government may refuse to disclose any information the disclosure of which could reasonably be expected to threaten the safety of individuals. The special status of the government as a "recurring litigant" is more properly addressed by these provisions and other legislated solutions. In addition, as mentioned earlier, the nature of government litigation

Comme je l'ai indiqué précédemment, la définition élargie du terme « litige » s'applique autant au gouvernement qu'aux parties privées à un litige. Cependant, il se pourrait qu'en vertu de la *Loi sur l'accès*, la protection dont le gouvernement bénéficie soit moins efficace en pratique. Voici pourquoi. Tout comme les parties privées, le gouvernement ne peut invoquer le privilège relatif au litige qu'au cours ou en prévision de la procédure initiale ou de procédures connexes. En revanche, contrairement aux parties privées, le gouvernement peut être tenu, en vertu de la *Loi sur l'accès*, de divulguer de l'information une fois la procédure initiale terminée, lorsque aucune procédure connexe n'est en cours ni prévue. La simple possibilité qu'une procédure connexe puisse être engagée ultérieurement ne suffit pas. Si cette possibilité se matérialise — si une procédure connexe est effectivement engagée ultérieurement — il est fort possible qu'en vertu de la *Loi sur l'accès*, le gouvernement ait été tenu dans l'intervalle de divulguer de l'information qui, autrement, aurait été privilégiée selon la définition élargie du terme « litige ». Ce résultat relève non pas de la politique judiciaire, mais d'un choix du législateur. Elle découle inexorablement de la décision du Parlement d'édicter la *Loi sur l'accès*. De plus, d'autres dispositions de cette loi portent à croire que le législateur a effectivement reconnu qu'elle aurait cette conséquence pour le gouvernement en sa qualité de partie réelle ou éventuelle à un litige ou de gardien de la sécurité individuelle ou publique.

À titre d'exemple, les al. 16(1)(b) et c) permettent au gouvernement de refuser la communication de documents contenant des renseignements relatifs à des techniques d'enquêtes ou à des projets d'enquêtes licites déterminées ou contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois ou au déroulement d'enquêtes licites. En outre, en vertu de l'art. 17, le gouvernement peut refuser la communication des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité des individus. Ces dispositions et d'autres mesures législatives répondent mieux au statut particulier du gouvernement à titre de partie pouvant faire l'objet de poursuites répétées. De plus,

may be relevant when determining the boundaries of related litigation where multiple proceedings involving the government relate to common issues with closely related causes of action. But a wholesale expansion of the litigation privilege is neither necessary nor desirable.

Finally, we should not disregard the origins of this dispute between the respondent and the Minister. It arose in the context of a criminal prosecution by the Crown against the respondent. In criminal proceedings, the accused's right to discovery is constitutionally guaranteed. The prosecution is obliged under *Stinchcombe* to make available to the accused all relevant information if there is a "reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and defence" (p. 340). This added burden of disclosure is placed on the Crown in light of its overwhelming advantage in resources and the corresponding risk that the accused might otherwise be unfairly disadvantaged.

I am not unmindful of the fact that *Stinchcombe* does not require the prosecution to disclose everything in its file, privileged or not. Materials that might in civil proceedings be covered by one privilege or another will nonetheless be subject, in the criminal context, to the "innocence at stake" exception — at the very least: see *McClure*. In criminal proceedings, as the Court noted in *Stinchcombe*:

The trial judge might also, in certain circumstances, conclude that the recognition of an existing privilege does not constitute a reasonable limit on the constitutional right to make full answer and defence and thus require disclosure in spite of the law of privilege. [p. 340]

On any view of the matter, I would think it incongruous if the litigation privilege were found in civil proceedings to insulate the Crown from

comme je l'ai mentionné précédemment, la nature des litiges auxquels le gouvernement est partie peut être pertinente pour circonscrire les limites des litiges connexes lorsque de multiples procédures auxquelles participe le gouvernement portent sur des questions communes et ont des causes d'action très voisines. Néanmoins, il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'étendre tous azimuts le privilège relatif au litige.

Enfin, nous ne devons pas faire abstraction de la genèse du litige opposant l'intimé et le ministre. Ce litige est survenu dans le contexte de poursuites pénales intentées par le ministère public contre l'intimé. En matière pénale, le droit de l'accusé à la communication préalable est garanti par la Constitution. Conformément à l'arrêt *Stinchcombe*, la poursuite est tenue de permettre à l'accusé d'avoir accès à tous les renseignements pertinents s'il existe une « possibilité raisonnable que la non-divulgaration porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière » (p. 340). Cette obligation de divulgation additionnelle est imposée au ministère public en raison de l'énorme avantage dont il jouit sur le plan des ressources et du risque corrélatif que l'accusé soit injustement désavantagé.

Je me rends bien compte que l'arrêt *Stinchcombe* n'oblige pas la poursuite à divulguer tout le contenu de son dossier, qu'il soit protégé ou non. Des documents qui pourraient être protégés par un privilège ou un autre dans une procédure civile seront néanmoins assujettis, dans le contexte pénal, à l'exception relative à la « démonstration de l'innocence » — à tout le moins : voir l'arrêt *McClure*. Dans une procédure pénale, ainsi que la Cour l'a signalé dans *Stinchcombe* :

Le juge du procès pourrait également, dans certaines circonstances, conclure que la reconnaissance de l'existence d'un droit au secret ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, et ainsi exiger la divulgation malgré le droit au secret. [p. 340]

Quel que soit l'angle sous lequel on envisage l'affaire, je pense qu'il serait incongru de conclure que le privilège relatif au litige permet au ministère

55

56

57

the disclosure it was bound but failed to provide in criminal proceedings that have ended.

V

58 The result in this case is dictated by a finding that the litigation privilege expires when the litigation ends. I wish nonetheless to add a few words regarding its birth.

59 The question has arisen whether the litigation privilege should attach to documents created for the substantial purpose of litigation, the dominant purpose of litigation or the sole purpose of litigation. The dominant purpose test was chosen from this spectrum by the House of Lords in *Waugh v. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169. It has been adopted in this country as well: *Davies v. Harrington* (1980), 115 D.L.R. (3d) 347 (N.S.C.A.); *Voth Bros. Construction (1974) Ltd. v. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114 (C.A.); *McCaig v. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724 (N.B.C.A.); *Nova, an Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755 (Alta. C.A.); *Ed Miller Sales & Rentals; Chrusz; Lifford; Mitsui; College of Physicians; Gower.*

60 I see no reason to depart from the dominant purpose test. Though it provides narrower protection than would a substantial purpose test, the dominant purpose standard appears to me consistent with the notion that the litigation privilege should be viewed as a limited exception to the principle of full disclosure and not as an equal partner of the broadly interpreted solicitor-client privilege. The dominant purpose test is more compatible with the contemporary trend favouring increased disclosure. As Royer has noted, it is hardly surprising that modern legislation and case law

[TRANSLATION] which increasingly attenuate the purely accusatory and adversarial nature of the civil trial, tend

public de refuser de communiquer des documents en matière civile, alors qu'il était tenu de les divulguer, mais ne l'a pas fait, dans le cadre des procédures pénales qui ont pris fin.

V

L'issue du présent pourvoi est dictée par la conclusion selon laquelle le privilège relatif au litige expire au moment où le litige prend fin. J'aimerais néanmoins ajouter quelques mots à propos des circonstances dans lesquelles il prend naissance.

La question s'est posée de savoir si le privilège relatif au litige devrait s'attacher aux documents dont un objet important, l'objet principal ou le seul objet est la préparation du litige. Parmi ces possibilités, la Chambre des lords a opté pour le critère de l'objet principal dans *Waugh c. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169. Ce critère a également été retenu dans notre pays : *Davies c. Harrington* (1980), 115 D.L.R. (3d) 347 (C.A.N.-É.); *Voth Bros. Construction (1974) Ltd. c. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114 (C.A.); *McCaig c. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724 (C.A.N.-B.); *Nova, an Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755 (C.A. Alb.); *Ed Miller Sales & Rentals; Chrusz; Lifford; Mitsui; College of Physicians; Gower.*

Je ne vois aucune raison de déroger au critère de l'objet principal. Bien qu'il confère une protection plus limitée que ne le ferait le critère de l'objet important, il me semble conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. Le critère de l'objet principal est davantage compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue. Comme l'a souligné Royer, il n'est guère surprenant que la législation et la jurisprudence modernes

portent de plus en plus atteinte au caractère purement accusatoire et contradictoire du procès civil, tendent à

to limit the scope of this privilege [that is, the litigation privilege]. [p. 869]

Or, as Carthy J.A. stated in *Chrusz*:

The modern trend is in the direction of complete discovery and there is no apparent reason to inhibit that trend so long as counsel is left with sufficient flexibility to adequately serve the litigation client. [p. 331]

While the solicitor-client privilege has been strengthened, reaffirmed and elevated in recent years, the litigation privilege has had, on the contrary, to weather the trend toward mutual and reciprocal disclosure which is the hallmark of the judicial process. In this context, it would be incongruous to reverse that trend and revert to a substantial purpose test.

A related issue is whether the litigation privilege attaches to documents gathered or copied — but not *created* — for the purpose of litigation. This issue arose in *Hodgkinson*, where a majority of the British Columbia Court of Appeal, relying on *Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1 (C.A.), concluded that copies of public documents gathered by a solicitor were privileged. McEachern C.J.B.C. stated:

It is my conclusion that the law has always been, and, in my view, should continue to be, that in circumstances such as these, where a lawyer exercising legal knowledge, skill, judgment and industry has assembled a collection of relevant copy documents for his brief for the purpose of advising on or conducting anticipated or pending litigation he is entitled, indeed required, unless the client consents, to claim privilege for such collection and to refuse production. [p. 142]

This approach was rejected by the majority of the Ontario Court of Appeal in *Chrusz*.

The conflict of appellate opinion on this issue should be left to be resolved in a case where it is explicitly raised and fully argued. Extending the privilege to the gathering of documents resulting

limiter la portée de ce privilège [soit le privilège relatif au litige]. [p. 869]

Ou, pour reprendre les termes utilisés par le juge Carthy dans *Chrusz* :

[TRADUCTION] La tendance moderne favorise une divulgation complète et il n'existe aucune raison apparente de freiner cette tendance dans la mesure où l'avocat continue à jouir d'une souplesse suffisante pour servir adéquatement son client qui est partie à un litige. [p. 331]

Tandis que le secret professionnel de l'avocat a été renforcé, réaffirmé et relevé au cours des dernières années, le privilège relatif au litige a dû être adapté à la tendance favorable à la divulgation mutuelle et réciproque qui caractérise le processus judiciaire. Dans ce contexte, il serait incongru de renverser cette tendance et de revenir au critère de l'objet important.

Se pose également la question connexe de savoir si le privilège relatif au litige s'attache aux documents recueillis ou copiés — mais non *créés* — en vue du litige. Cette question a été soulevée dans *Hodgkinson*, où les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, s'appuyant sur *Lyell c. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1 (C.A.), ont conclu que les copies de documents publics recueillies par un avocat étaient protégées. Le juge en chef McEachern a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Je conclus que le droit veut depuis toujours — et cette règle devrait selon moi être maintenue — qu'en pareilles circonstances, l'avocat qui réussit à colliger, grâce à ses connaissances, ses habiletés, son jugement et ses efforts soutenus, une pile de copies de documents pertinents pour ses dossiers en vue de conseiller ou de représenter son client à l'occasion ou en prévision d'un litige, ait le droit, et soit en fait tenu, sauf avec le consentement de son client, de revendiquer le privilège à l'égard de tous ces documents et de refuser de les produire. [p. 142]

Cette approche a été rejetée par les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chrusz*.

La divergence d'opinions des juridictions d'appel à ce sujet devra être tranchée lorsque cette question sera expressément soulevée et pleinement débattue. Il semblerait davantage compatible avec

61

62

63

64

from research or the exercise of skill and knowledge does appear to be more consistent with the rationale and purpose of the litigation privilege. That being said, I take care to mention that assigning such a broad scope to the litigation privilege is not intended to automatically exempt from disclosure anything that would have been subject to discovery if it had not been remitted to counsel or placed in one's own litigation files. Nor should it have that effect.

VI

65 For all of these reasons, I would dismiss the appeal. The respondent shall be awarded his disbursements in this Court.

The reasons of Bastarache and Charron JJ. were delivered by

66 BASTARACHE J. — I have read the reasons of Fish J. and concur in the result. I think it is necessary to provide a more definitive and comprehensive interpretation of s. 23 of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“*Access Act*”), however, so as not to leave open the possibility of a parallel application of the common law rule regarding litigation privilege in cases where the *Access Act* is invoked. I therefore propose to determine the scope of s. 23 and rule out the application of the common law in this case.

67 Here, the government institution has attempted to refuse disclosure by claiming litigation privilege pursuant to s. 23 of the *Access Act*. The question of whether these documents are covered by litigation privilege only arises once it is decided that s. 23 includes litigation privilege within its scope. The question is whether Parliament intended that the expression “solicitor-client privilege” in s. 23 also be taken to include litigation privilege. Whether s. 23 is interpreted so as to include litigation privilege or not does not constitute a departure from litigation privilege *per se*. Either way, the privilege is left unaffected by the

le fondement et l’objet du privilège relatif au litige de l’étendre aux documents recueillis au moyen de recherches ou à l’aide de connaissances et d’habiletés. Cela dit, je tiens à mentionner que le fait d’attribuer une portée aussi étendue au privilège relatif au litige n’a pas pour objectif, et ne devrait pas avoir pour effet, de soustraire automatiquement à la communication tout document ou renseignement qui aurait dû être communiqué au préalable, s’il n’avait pas été transmis à l’avocat ou versé aux dossiers constitués par une partie relativement au litige.

VI

Pour tous ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. L’intimé recevra le remboursement de ses débours devant la Cour.

Version française des motifs des juges Bastarache et Charron rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J’ai lu les motifs du juge Fish et j’y souscris quant au résultat. Je crois toutefois qu’il est nécessaire de donner une interprétation plus définitive et plus complète de l’art. 23 de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *Loi sur l’accès* »), afin d’écartier la possibilité d’une application parallèle de la règle de common law concernant le privilège relatif au litige dans les cas où la *Loi sur l’accès* est invoquée. Je propose donc de circonscrire la portée de l’art. 23 et d’exclure l’application de la common law en l’espèce.

En l’occurrence, l’institution fédérale a tenté de refuser de communiquer des documents en revendiquant le privilège relatif au litige en application de l’art. 23 de la *Loi sur l’accès*. La question de savoir si ces documents sont protégés par le privilège relatif au litige ne se pose que s’il est statué que la portée de l’art. 23 s’étend au privilège relatif au litige. Il faut donc déterminer si le législateur a voulu que l’expression « secret professionnel qui lie un avocat à son client » utilisée à l’art. 23 soit considérée comme englobant également le privilège relatif au litige. Que l’art. 23 soit interprété comme incluant ou comme excluant le privilège

legislation. In my view, litigation privilege cannot be invoked at common law to refuse disclosure which is statutorily mandated. Either Parliament intended to include litigation privilege within the phrase “solicitor-client privilege” or litigation privilege cannot be invoked.

It is unclear, from a legal standpoint, why the government would be able to refuse a statutory duty to disclose information by claiming litigation privilege as a matter of common law. In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875, this Court held that legislation may infringe solicitor-client privilege (let alone litigation privilege), though such legislation would be interpreted restrictively. The *Access Act* is such legislation and it is not unique in mandating disclosure of certain information. Corporations’ legislation, legislation governing certain professions, securities legislation, to name but a few examples, include statutory provisions that require certain persons to disclose information/documentation to directors, tribunals or governing bodies. It has not been open to those persons to resist disclosure on the basis of solicitor-client or litigation privilege. However, where related litigation arises, those persons will often argue that the compulsory disclosure to an auditor (for example) does not amount to a waiver of the privilege (see *Interprovincial Pipe Line Inc. v. M.N.R.*, [1996] 1 F.C. 367 (T.D.)). In that case, the appellants had disclosed legal advice to their auditors pursuant to s. 170 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44. Before the Federal Court, they argued that this did not constitute a waiver of the privilege. The judge cited the following passage from this Court’s decision in *Descôteaux*, at p. 875:

relatif au litige, il ne constitue pas une dérogation au privilège relatif au litige en soi. Peu importe l’interprétation retenue, la loi ne modifie en rien ce privilège. À mon avis, on ne peut revendiquer le privilège relatif au litige en s’appuyant sur la common law pour refuser de communiquer un document que la loi nous oblige à divulguer. Ou bien le législateur a voulu que le « secret professionnel de l’avocat » englobe le privilège relatif au litige, ou bien ce privilège ne peut être invoqué.

Il est difficile de comprendre pourquoi, d’un point de vue juridique, le gouvernement pourrait se soustraire à son obligation légale de communiquer des renseignements en s’appuyant sur la common law pour revendiquer le privilège relatif au litige. Dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875, la Cour a statué qu’un texte législatif peut porter atteinte au secret professionnel de l’avocat (et à plus forte raison au privilège relatif au litige), bien qu’un tel texte doive être interprété restrictivement. La *Loi sur l’accès* en est un exemple et n’est pas le seul texte législatif à commander la divulgation de certains renseignements. Ainsi, les textes législatifs régissant les sociétés par actions, certaines professions ou les valeurs mobilières, pour n’en nommer que quelques-uns, comportent des dispositions qui obligent certaines personnes à communiquer des renseignements ou des documents à des administrateurs, à des tribunaux administratifs ou à des organes directeurs. Ces personnes ne conservent pas la faculté de s’opposer à la communication en s’appuyant sur le secret professionnel de l’avocat ou sur le privilège relatif au litige. Toutefois, lorsqu’un litige connexe survient, elles plaident souvent que la divulgation forcée à un vérificateur (par exemple) n’emporte pas renonciation au privilège (voir *Interprovincial Pipe Line Inc. v. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 367 (1^{re} inst.)). Dans cette affaire, les appelants avaient divulgué des avis juridiques à leurs vérificateurs en application de l’art. 170 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44. Devant la Cour fédérale, ils ont fait valoir qu’ils n’avaient pas renoncé de ce fait au privilège. Le juge a cité l’extrait suivant de la p. 875 de l’arrêt *Descôteaux* rendu par notre Cour :

- | | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent. 2. <u>Unless the law provides otherwise</u>, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality. 3. <u>When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.</u> 4. <u>Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.</u> [Emphasis added; p. 377.] | <ol style="list-style-type: none"> 1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client. 2. <u>À moins que la loi n'en dispose autrement</u>, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité. 3. <u>Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante.</u> 4. <u>La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.</u> [Je souligne; p. 377.] |
|--|---|

69

It is my view, however, that as a matter of statutory interpretation an exemption for litigation privilege should be read into s. 23. In 1983, litigation privilege was merely viewed as a branch of solicitor-client privilege. This means that Parliament most likely intended to include litigation privilege within the ambit of "solicitor-client privilege". *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418 (*per Estey J.*, dissenting), and R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 358-60, suggest that the incorporation of the common law concept of solicitor-client privilege into the *Access Act* does not freeze the development of the common law for the purposes of s. 23 at its 1983 state.

70

Nonetheless, my view is that the two-branches approach to solicitor-client privilege should subsist, even accepting that solicitor-client privilege and litigation privilege have distinct rationales. The Advocates' Society, *intervener*, suggests at para. 2 of its factum that:

J'estime néanmoins que, selon les principes d'interprétation législative, l'art. 23 doit être tenu pour inclure implicitement une exemption concernant le privilège relatif au litige. En 1983, le privilège relatif au litige était considéré simplement comme une composante du secret professionnel de l'avocat. Cela signifie que le législateur avait fort probablement l'intention d'inclure le privilège relatif au litige dans la portée du « secret professionnel qui lie un avocat à son client ». *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418 (le juge Estey, dissident), et R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 358-360, indiquent que l'incorporation, à la *Loi sur l'accès*, du concept du secret professionnel de l'avocat en common law ne stoppe pas l'évolution de la common law pour la maintenir telle qu'elle était en 1983 pour l'application de l'art. 23.

Je suis cependant d'avis qu'il faut continuer à considérer le secret professionnel de l'avocat comme comportant deux composantes, même si l'on admet que le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige reposent sur des fondements différents. L'intervenante The Advocates' Society avance, au par. 2 de son mémoire :

At an overarching level, litigation privilege and legal advice privilege share a common purpose: they both serve the goal of the effective administration of justice. Litigation privilege does so by ensuring privacy to litigants against their opponents in preparing their cases for trial, while legal advice privilege does so by ensuring that individuals have the professional assistance required to interact effectively with the legal system.

Reading litigation privilege into s. 23 of the *Access Act* is the better approach because, in fact, litigation privilege has always been considered a branch of solicitor-client privilege. As the reasons of my colleague acknowledge, at para. 31, “[t]hrough conceptually distinct, litigation privilege and legal advice privilege serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law. And they are complementary and not competing in their operation.”

Second, in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 336, Carthy J.A. commented that “[w]hile solicitor-client privilege stands against the world, litigation privilege is a protection only against the adversary, and only until termination of the litigation.” Thus, even if litigation privilege is read into s. 23 of the *Access Act*, it is not clear that the Crown could properly invoke it as against a third party, such as the media. This is also a question to be dealt with as a matter of statutory interpretation. In my view, once the privilege is determined to exist, s. 23 grants the institution a discretion as to whether or not to disclose. Although litigation privilege is understood as existing only *vis-à-vis* the adversary in the litigation (*Chrusz*), the effect of s. 23 is to permit the government institution to refuse disclosure to any requester so long as the privilege is found to exist.

[TRADUCTION] Dans l'ensemble, le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique poursuivent un but commun : ils servent tous les deux l'objectif de l'administration efficace de la justice. Le privilège relatif au litige favorise cet objectif en offrant aux plaideurs qui préparent leur dossier pour l'instruction une garantie de confidentialité opposable à la partie opposée, tandis que le privilège de la consultation juridique le favorise en garantissant à chacun l'accès à l'aide professionnelle requise pour traiter efficacement avec le système de justice.

Interpréter l'art. 23 de la *Loi sur l'accès* comme incluant implicitement le privilège relatif au litige est la solution la plus appropriée parce que, de fait, ce privilège a toujours été considéré comme une composante du secret professionnel de l'avocat. Comme mon collègue le reconnaît dans ses motifs, au par. 31, « [b]ien que distincts d'un point de vue conceptuel, le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique servent une cause commune : l'administration sûre et efficace de la justice conformément au droit. En outre, ils sont complémentaires et n'entrent pas en concurrence l'un avec l'autre. »

Deuxièmement, dans l'arrêt *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 336, le juge Carthy a fait la remarque suivante : [TRADUCTION] « [A]lors que le secret professionnel de l'avocat offre une protection universelle, le privilège relatif au litige ne protège que contre l'adversaire, et uniquement jusqu'à la fin du litige. » Ainsi, même si l'on interprète l'art. 23 de la *Loi sur l'accès* comme incluant implicitement le privilège relatif au litige, il n'est pas certain que le ministère public puisse l'opposer à juste titre aux tiers, par exemple aux médias. Cette question relève elle aussi de l'application des principes d'interprétation législative. Selon moi, une fois établie l'existence du privilège, l'art. 23 confère à l'institution le pouvoir discrétionnaire de divulguer ou non les renseignements. Alors que le privilège relatif au litige est considéré comme n'ayant d'effet que contre l'autre partie au litige (*Chrusz*), l'art. 23 permet à une institution fédérale de refuser la communication à quiconque la demande, à condition que l'existence du privilège soit établie.

71

72

73

I would also disagree with the reasons of Fish J., at para. 5, that “we are not asked in this case to decide whether the government can invoke litigation privilege.” This appeal turns on the proper interpretation of s. 23 of the *Access Act*. Either litigation privilege must be read into s. 23 or it must be acknowledged that the Crown cannot invoke litigation privilege so as to resist disclosure under the *Access Act*. The consequences of this latter option would have to be considered in the context of the other exemptions provided for by the Act — including those contained in ss. 16 and 17 and outlined at para. 54 of the reasons of my colleague:

For example, pursuant to s. 16(1)(b) and (c), the government may refuse to disclose any record that contains information relating to investigative techniques or plans for specific lawful investigations or information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement or the conduct of lawful investigations. And, pursuant to s. 17, the government may refuse to disclose any information the disclosure of which could reasonably be expected to threaten the safety of individuals.

74

For the reasons expressed by Fish J., I agree that the Minister’s claim of litigation privilege fails in this case because the privilege has expired.

75

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener The Advocates’ Society: Torys, Toronto.

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

Je ne souscris pas non plus aux motifs que le juge Fish exprime au par. 5, lorsqu’il dit que « nous ne sommes pas appelés en l’espèce à décider si le gouvernement peut invoquer le privilège relatif au litige. » Le présent pourvoi porte sur l’interprétation correcte de l’art. 23 de la *Loi sur l’accès*. Soit cette disposition doit être interprétée comme visant implicitement le privilège relatif au litige, soit il faut reconnaître que le gouvernement ne peut invoquer ce privilège pour refuser de divulguer des documents sous le régime de la *Loi sur l’accès*. Les conséquences de cette dernière option devraient être examinées dans le contexte des autres exemptions prévues par la Loi — dont celles énoncées aux art. 16 et 17 et décrites sommairement au par. 54 des motifs de mon collègue :

À titre d’exemple, les al. 16(1)(b) et c) permettent au gouvernement de refuser la communication de documents contenant des renseignements relatifs à des techniques d’enquêtes ou à des projets d’enquêtes licites déterminées ou contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois ou au déroulement d’enquêtes licites. En outre, en vertu de l’art. 17, le gouvernement peut refuser la communication des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité des individus.

Pour les motifs exprimés par le juge Fish, j’estime moi aussi que la revendication par le ministre du privilège relatif au litige ne saurait être accueillie en l’espèce, parce que ce privilège a pris fin.

Je suis d’avis de rejeter l’appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appellant : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureurs de l’intervenante The Advocates’ Society : Torys, Toronto.

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