

A-233-03
2004 FCA 287

A-233-03
2004 CAF 287

Sheldon Blank (*Appellant*) (*Respondent in Cross-Appeal*)

Sheldon Blank (*appelant*) (*intimé dans l'appel incident*)

v.

c.

The Minister of Justice (*Respondent*) (*Appellant in Cross-Appeal*)

Le ministre de la Justice (*intimé*) (*appelant dans l'appel incident*)

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

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

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Pelletier J.J.A.—Winnipeg, May 31; Ottawa, September 8, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Winnipeg, 31 mai; Ottawa, 8 septembre 2004.

Practice — Privilege — Whether, under Access to Information Act, litigation privilege expires when litigation concludes — Appellant sought release of records of his prosecution for use in civil action claiming damages for abuse of prosecutorial powers — Scope of solicitor-client privilege at common law — “Lawyer’s work product” referred to as litigation privilege — Appellant’s argument: litigation privilege is of limited duration, governed by different rules than is legal advice privilege — Solicitor-client privilege evolved from evidentiary rule to substantive right — To be as close to absolute as possible: S.C.C. — Need not balance public interest in disclosure with administration of justice — S.C.C. not having ruled whether this extends to litigation privilege — Canadian criticism of American distinction between solicitor-client privilege, “lawyer’s work product” — Policy justification for litigation privilege — Preserves counsel privacy zone at time of move to full discovery — Law of privilege must meet current community priorities, not be bound by historical precedents — Whether s. 23 discretionary exemption incompatible with litigation privilege automatically ceasing upon end of litigation — Policy consideration: fact Federal government not ordinary litigant — Problems for government if litigants gaining insight into general strategic, tactical approach to litigation — Problems resulting from release of Crown brief information in criminal matters — Ontario C.A., Divisional Court decisions in “Big Canoe”, differences between relevant provisions of comparable Federal, Ontario legislation, explained — Unique role of Crown prosecutors who lack “clients” in traditional sense.

Pratique — Communications privilégiées — Il s’agissait de savoir si, en vertu de la Loi de l’accès à l’information, le privilège des communications liées à une instance expire lorsque le litige prend fin — L’appelant demandait la communication de documents relatifs aux poursuites intentées contre lui dans le but de les utiliser dans une action civile en dommages-intérêts pour abus de pouvoir en matière de poursuite — Portée du secret professionnel de l’avocat en common law — Le privilège relatif aux «préparatifs de l’avocat» est appelé privilège des communications liées à une instance — L’appelant prétend que le privilège des communications liées à une instance est un privilège distinct, de durée limitée, qui est régi par des règles qui sont foncièrement différentes de celles qui s’appliquent au privilège de la consultation juridique — Le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée en règle de fond — Il doit être aussi absolu que possible: C.S.C. — Il n’est pas nécessaire de tenir compte de l’intérêt public et en matière de communication des renseignements et en matière d’administration régulière de la justice — La C.S.C. ne s’est pas encore prononcée sur la question de l’application du principe au privilège des communications liées à l’instance — Les auteurs canadiens ont critiqué la distinction faite aux États-Unis entre le secret professionnel de l’avocat et «la documentation créée en vue d’une instance» — Il est justifié, sur le plan de la politique, d’appliquer le privilège des communications liées à une instance — Ce privilège accorde une zone de confidentialité à l’avocat au moment de la communication de l’ensemble de la preuve — Le droit, en matière de privilège, doit tenir compte des priorités actuelles de la collectivité qui ne sont pas rattachées aux principes du passé — L’exemption discrétionnaire visée à l’art. 23 de la Loi est-elle incompatible avec l’extinction automatique du secret professionnel à la fin d’un litige? — Question de politique: le gouvernement fédéral n’est pas une partie ordinaire — Le gouvernement aurait des

Access to Information—Appeal, cross-appeal from decision of Motions Judge on s. 41 review application — Whether Judge had jurisdiction under s. 46 to order production of documents not in evidence at review — Whether litigation privilege expires when litigation ends so that records must be released — Appellant seeking records of his prosecution in civil action claiming damages for abuse of prosecutorial powers — Question of severance under s. 25 referred back to Federal Court — S. 23 incorporates common law of solicitor-client privilege — Solicitor-client privilege in s. 23 includes litigation privilege — S. 23 does not create privilege but gives government institution heads protection afforded by it — Why word “may” used in s. 23 explained — Whether s. 23 rules out time limit on protection by affording discretionary exemption — Federal government not ordinary litigant, suffering great harm if numerous litigants could gain insight into its general strategic, tactical approach — Necessity for prudent approach to release of Crown brief information in criminal matters — Fear criminals learning police, prosecution tactics — On record, Court unable to determine whether discretion to refuse disclosure properly exercised — Could not determine whether mandatory requirements of s. 25 severance provision complied with — S. 13(1)(c) exemption properly claimed as Winnipeg Police refused consent to release information it provided — S. 21 exemption, intended to promote flow of inter-departmental communications, correctly applied — Under s. 46, Court lacking power to order reconstitution of records where no evidence records' integrity violated — S. 23 recognizes right conferred by law of privilege, no right to recognize once privilege lost — Documents at issue lost privileged status when prosecution concluded — Ontario (Attorney General) v. Ontario Information and Privacy Commission, Inquiry Officer), in which Ontario C.A. held otherwise, distinguished as wording of Ontario statute different from that of Act — For s. 23 purposes, if privilege lost, must resort to some other approach (broad definition of litigation) to justify disclosure refusal.

difficultés si les parties avaient accès à ses tactiques et stratégies générales en matière de litige — Les problèmes qui résulteraient de la communication du mémoire de la Couronne en matières pénales — Décisions de la Cour divisionnaire et de la Cour d'appel de l'Ontario dans «Big Canoe», explication des différences entre les dispositions pertinentes des lois fédérales et ontariennes comparables — Rôle particulier des procureurs de la Couronne qui n'ont pas de «clients» au sens traditionnel du terme.

Accès à l'information — Appel et appel incident d'une décision du juge des requêtes relative à une demande de révision en vertu de l'art. 41 — La question était de savoir si le juge avait compétence, en vertu de l'art. 46, pour ordonner la communication de documents qui n'avaient pas été déposés en preuve — La question était de savoir si le privilège prend fin lorsque le litige s'éteint de manière à ce que les dossiers doivent être communiqués — L'appellant demande les dossiers de sa poursuite dans une action civile en dommages-intérêts pour abus de pouvoir en matière de poursuite — Question de la divisibilité en vertu de l'art. 25 renvoyée devant la Cour fédérale — L'art. 23 incorpore le secret professionnel de l'avocat en common law — Le secret professionnel visé à l'art. 23 englobe le privilège des communications liées à l'instance — L'art. 23 ne crée pas le privilège, mais il confère aux responsables des institutions fédérales la protection contre la communication qu'offre le privilège — Explication du terme «peut» à l'art. 23 — Il s'agissait de savoir si l'art. 23 exclut la durée limitée de la protection contre la communication au moyen d'une exemption discrétionnaire — Le gouvernement fédéral n'est pas une partie ordinaire; il subirait un préjudice grave si un nombre important de parties adverses avaient accès à son approche stratégique et tactique — Il faut être très prudent pour ce qui touche la communication des renseignements contenus dans le mémoire de la Couronne en matières pénales — Crainte que les criminels connaissent les tactiques de la police et de la poursuite — Compte tenu du dossier, la Cour n'est pas en mesure de décider si le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication a été régulièrement exercé — La Cour ne peut savoir si les exigences obligatoires de l'art. 25 ont été respectées — L'exemption de l'art. 13(1)(c) a été régulièrement revendiquée puisque la police de Winnipeg a refusé de communiquer les renseignements qu'elle avait fournis — L'exemption en vertu de l'art. 21 qui a pour objet de favoriser les communications entre les ministères a été correctement appliquée — En vertu de l'art. 46, la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner la reconstitution de documents lorsqu'il n'y a aucune preuve que l'intégrité des documents a été altérée — L'art. 23 reconnaît le droit que confère le privilège, mais lorsque le privilège s'est éteint, il n'y a plus de droit — Les documents en cause n'étaient plus protégés à la fin du litige — Ontario (Attorney General) c. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer), jugement dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a rendu une décision contraire qui se distingue de la présente affaire puisque les termes de la loi ontarienne sont

This was an appeal and cross-appeal from the decision of a Motions Judge upon an application for review under *Access to Information Act*, section 41. Appellant submitted that the Judge erred in concluding that he lacked jurisdiction, under Act, section 46, to order production of documents not in evidence at the review proceedings. The Justice Minister's cross-appeal raised the issue: does the litigation privilege, if it can be claimed to exclude a record from release, expire when the litigation concludes, so that the records must then be released?

The appellant had made a request to the Department of Justice for all of the records related to his prosecution as well as that of Gateway Industries Ltd. for regulatory offences under the *Fisheries Act* and the *Pulp and Paper Effluent Regulations*. Appellant was a director of Gateway, which operated a Winnipeg paper mill. He and the company were charged with polluting the Red River and breaching the *Fisheries Act* reporting requirements. The latter were quashed by Manitoba Provincial Court, the former by the Manitoba Court of Queen's Bench. The Crown, however, laid fresh charges by way of indictment but these proceedings were later stayed. Gateway and the appellant then launched an action claiming damages for alleged fraud, conspiracy and abuse of prosecutorial powers. Access to government records was sought in the context of both the penal and civil proceedings. Since some material was withheld, appellant filed a second request but exemptions for certain of the information having been maintained, appellant complained to the Information Commissioner. Further disclosures were made following consultations involving the Commissioner and other government agencies.

Held, the appeal should be dismissed, save for the question of severance under Act, section 25, which should be referred back to the Federal Court to determine whether that section's mandatory requirements had been complied with; cross-appeal (as to effect of Act, section 23) dismissed (Létourneau J.A.

différents des termes de la loi fédérale — Pour les fins de l'art. 23, si le privilège est perdu, il faut trouver une autre approche (définition large du litige) pour justifier le refus de communiquer les documents.

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident interjetés contre la décision d'un juge des requêtes rendue par suite d'un recours en révision en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'appelant a prétendu que le juge des requêtes avait commis une erreur en disant qu'il n'avait pas compétence pour ordonner, en vertu de l'article 46 de la Loi, la production de documents qui n'avaient pas été déposés en preuve devant lui pendant l'instance révisionnelle. L'appel incident interjeté par le ministre de la Justice soulevait la question suivante: le privilège des communications liées à une instance, s'il peut être invoqué dans le but d'empêcher la divulgation d'un document, expire-t-il lorsque le litige prend fin de manière à ce que les documents qui contiennent des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat doivent être communiqués?

L'appelant avait présenté une demande au ministère de la Justice afin d'obtenir tous les documents relatifs aux poursuites intentées contre lui et contre la société Gateway Industries Ltd. pour des infractions réglementaires perpétrées contrairement à la *Loi sur les pêches* et au *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*. L'appelant était un dirigeant de Gateway, une société qui exploitait une papeterie à Winnipeg. L'appelant et l'entreprise ont été accusés d'avoir pollué la rivière Rouge et d'avoir contrevenu aux exigences en matière de rapport de la *Loi sur les pêches*. La Cour provinciale du Manitoba a annulé les accusations relatives au rapport et la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a annulé les accusations relatives à la pollution de la rivière Rouge. Toutefois, la Couronne a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation, mais plus tard la Cour a suspendu la procédure. L'appelant et la société Gateway ont intenté une poursuite en dommages-intérêts en alléguant la fraude, le complot et l'abus de pouvoir en matière de poursuite. L'appelant a demandé l'accès aux documents du gouvernement, tant dans le contexte de la poursuite pénale que de l'action civile. Certains documents ne lui ayant pas été communiqués, l'appelant a déposé une deuxième demande, mais les exemptions concernant certains renseignements ayant été maintenues, l'appelant s'en est plaint au Commissaire à l'information. D'autres communications ont été effectuées par suite d'une consultation auprès du Commissaire et d'autres organismes gouvernementaux.

Arrêt: l'appel doit être rejeté, sauf pour ce qui concerne la question de la divisibilité en vertu de l'article 25 de la Loi qui doit être renvoyée devant la Cour fédérale pour qu'elle prenne une décision sur la question de savoir si les exigences obligatoires de l'article 25 ont été respectées; l'appel incident

dissenting).

Per Létourneau J.A. (Décary and Pelletier JJ.A. concurring except as to effect of Act, section 23):

In *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, this Court rejected the submission that the section 23 solicitor-client privilege ought to be applied narrowly in that the statute was intended to encourage disclosure. According to Linden J.A., that section incorporates the common law of solicitor-client privilege. But the disclosure of a record found to be privileged is governed by and made pursuant to the Act and is unaffected by laws requiring disclosure in other types of legal proceeding.

At common law, the solicitor-client privilege extends beyond confidential solicitor-client communications to a “lawyer’s work product”—material assembled by a lawyer to advise on or prepare for anticipated litigation. The latter is commonly referred to as the litigation privilege. The appellant submitted that the litigation privilege is of limited duration and is governed by rules different from those applicable to the legal advice privilege.

The solicitor-client privilege has evolved from an evidentiary rule to a substantive one and is now recognized as a right and not just a privilege. The substantive protection applies long before the evidentiary rule can be asserted. The Supreme Court of Canada has recently reiterated that solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. At least so far as legal advice privilege is concerned, there is no necessity for a balancing of the public interest in disclosure with that in the proper administration of justice. The Supreme Court has yet to rule on whether this applies as well to the litigation privilege.

In Canada, the distinction drawn in the United States between solicitor-client privilege and “lawyer’s work product” has been judicially criticized as unhelpful and said to have “resulted in a quagmire of litigation and an undesirable atmosphere of incomplete disclosure by clients to counsel”. It is explained in a Canadian legal text that the policy justification for the litigation privilege differed markedly from that for the traditional solicitor-client privilege. It was founded upon our adversary system in which counsel control fact-presentation to the courts and determine what evidence

(sur la portée de l’article 23 de la Loi) est rejeté (le juge Létourneau, J.C.A. motifs dissidents).

Le juge Létourneau, J.C.A. (les juges Décary et Pelletier, J.C.A. ont souscrit aux motifs sauf pour ce qui concerne la portée de l’article 23 de la Loi):

Dans *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, la Cour a rejeté l’argument selon lequel le secret professionnel des avocats visé à l’article 23 de la Loi devait recevoir une interprétation étroite puisque la Loi avait pour objet de favoriser la communication de renseignements. Selon le juge Linden, J.C.A. la disposition incorpore la doctrine du secret professionnel en common law. Cependant, la communication d’un dossier privilégié est régie et appliquée conformément à la Loi et n’est pas assujettie aux dispositions qui exigent la communication dans d’autres types de procédure.

En common law, le secret professionnel de l’avocat ne protège pas que les communications de nature confidentielle entre un avocat et son client, mais aussi les «préparatifs de l’avocat»—c’est-à-dire les documents obtenus par un avocat pour conseiller son client à l’occasion ou en prévision d’une instance. Le deuxième volet est appelé communément le privilège des communications liées à une instance. L’appelant a prétendu que le privilège des communications liées à une instance était un privilège de durée limitée qui était assujetti à des règles différentes de celles qui s’appliquaient au privilège de la consultation juridique.

Le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée en règle de fond et qui, aujourd’hui, est un droit et non seulement un privilège. La règle de fond entre en jeu bien avant que la règle de preuve ne puisse être invoquée. La Cour suprême du Canada a récemment réaffirmé que le secret professionnel doit être aussi absolu que possible afin d’assurer la confiance du public et de demeurer pertinente. Par conséquent, du moins pour ce qui touche les communications privilégiées, il n’est pas nécessaire de tenir compte de l’intérêt public et en matière de communication et en matière d’administration régulière de la justice. La Cour suprême ne s’est pas encore prononcée sur la question de savoir si cette règle s’applique également aux communications liées à l’instance.

Au Canada, la distinction entre le secret professionnel de l’avocat et les «préparatifs de l’avocat» que font les tribunaux américains a été critiquée par les juges qui l’ont qualifiée d’inutile et qui ont dit que l’approche avait «entraîné un borbier de litiges et créé un climat à ce point malsain que les clients n’étaient plus tout à fait francs avec leurs avocats». Il est expliqué, dans un ouvrage juridique canadien, que la politique qui justifiait le privilège était bien différente de celle qui justifiait le secret professionnel de l’avocat au sens traditionnel de l’expression. La justification était fondée sur

they will adduce. It has been said to preserve counsel a zone of privacy at a time of a move towards full discovery in litigation. Canadian courts have recognized the necessity for distinguishing between the two types of privilege and their rationales. But the solicitor-client privilege in Act, section 23 does include the litigation privilege.

In a factual situation similar to that at bar, the Ontario Court of Appeal held that, at common law, the litigation privilege ends when the litigation is concluded but it was otherwise under the provincial *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. But while it is true that legal advice and litigation privilege were, at common law, one all-encompassing privilege offering the same protection in terms of duration when the Act came into force, judicial decisions should be driven more by modern realities of the conduct of litigation than by historic precedents. The law of privilege should be permitted to meet evolving community interests and priorities. Even so, there are valid policy and public interest reasons which, even in civil litigation, could justify protection beyond conclusion of the litigation. The litigation privilege had to be interpreted in a manner consonant with the objectives of the Act as well as with the obligations imposed upon and the rights given to governments and their officials. Act, section 23 does not create the privilege but it gives to government institution heads the protection against disclosure afforded by the privilege. But the use of the word "may" makes the provision permissive, not mandatory, so it is open to a head to disclose a record containing information subject to solicitor-client privilege. While the legislator's use of "may" seems somewhat strange, the explanation could be that, in 1982 when this provision was enacted, solicitor-client privilege was still considered to be a mere rule of evidence. The concept that the privilege was a substantive right was then quite new.

The Judge below erred in failing to recognize that section 23 rules out any notion of a time limit on the protection afforded by it. The discretionary exemption is incompatible with the litigation privilege automatically ceasing upon termination of the litigation.

So far as policy and public interest considerations are concerned, the federal government is not an ordinary litigant, since it is composed of a great many boards and agencies

notre système contradictoire dans lequel les avocats sont maîtres de la présentation des faits à la Cour et choisissent eux-mêmes les éléments de preuve qui seront produits. Il s'agit d'une zone de confidentialité dont bénéficie l'avocat à une époque où l'on tend de plus en plus à demander la communication compète de la preuve dans un litige. Les cours canadiennes ont reconnu la nécessité de distinguer entre les deux types de privilèges et leur fondement. Cependant, le secret professionnel des avocats visé à l'article 23 de la Loi englobe le privilège des communications liées à un litige.

Dans une décision dont les faits étaient semblables aux faits en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que le privilège des communications liées à un litige en common law prenait fin lorsque le litige était réglé mais qu'il en était autrement en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario. Mais s'il est vrai qu'en common law, le privilège de la consultation juridique et celui des communications liées à un litige n'en faisaient qu'un seul et que ce privilège offrait la même protection en termes de durée lorsque la Loi était entrée en vigueur, les décisions judiciaires devaient être davantage fondées sur les circonstances actuelles en matière de litige que sur les principes du passé. Il faut que le droit, en matière de privilège, tienne compte des intérêts et priorités changeants de la collectivité. Il existe toutefois des motifs valables de politique et d'intérêt public qui, même dans un procès civil, pourraient justifier la protection des renseignements même après la fin du litige. Il faut interpréter le privilège en conformité avec les objectifs de la Loi, ainsi qu'avec les obligations et droits des gouvernements et de leurs représentants. L'article 23 de la Loi ne crée pas le privilège, mais il confère aux responsables des institutions fédérales la protection contre la communication qu'offre le privilège. Cependant, l'utilisation du terme «peut» permet de dire qu'il s'agit d'une exemption facultative plutôt qu'obligatoire, de sorte que le responsable de l'institution fédérale peut divulguer un document qui contient des renseignements assujettis au secret professionnel de l'avocat. Il est vrai que l'utilisation du terme «peut» semble quelque peu étonnante, mais il faut peut-être comprendre que quand la disposition a été édictée en 1982, le secret professionnel de l'avocat n'était encore qu'une règle en matière d'admissibilité de la preuve. La notion de droit fondamental était alors toute nouvelle.

Le juge de première instance a commis une erreur en ne reconnaissant pas que l'article 23 excluait toute limite de temps. L'exemption discrétionnaire est tout simplement incompatible avec la conclusion selon laquelle le privilège des communications liées à l'instance cesse automatiquement d'exister à la fin du litige.

Quant aux questions de politique et d'intérêt public, le gouvernement fédéral n'est pas une partie ordinaire puisqu'il regroupe plusieurs commissions et organismes qui peuvent

which may be subject to recurrent lawsuits. Operating on a national and even international basis, the avenues for litigation are indeed many. A cause of action against one agency might be reasserted by other litigants against the same or another agency. Uncontrolled access to briefs of government counsel, once a case was concluded, would afford opponents access to the agency's legal strategy—the very thing that the litigation privilege is directed at preventing. The United States Supreme Court has held that this “invasion of [an] attorney's thoughts, heretofore inviolate” would have a “demoralizing effect on the profession”. It would also permit litigants to “gain insight into the agency's general strategic and tactical approach to deciding when suits are brought, how they are conducted, and on what terms they may be settled”.

The public interest demands a prudent approach to the release of information found in the Crown brief for a criminal prosecution. There is a necessity for protecting the identity of certain witnesses and the privacy concerns of information sources (such as child care agencies and medical professionals). It could contain a statement inadmissible due to a violation of Charter rights. In *Big Canoe*, the Ontario Court of Appeal expressed the fear that opening prosecution files could allow criminals to learn police and prosecution tactics and have a chilling effect on police officers' frankness in their dealings with Crown prosecutors. The release or withholding of the record must depend upon the facts and circumstances of each case.

Before the Motions Judge, there was neither any evidence nor analysis of an exercise of discretion to refuse disclosure on the part of the Office. The Court could not know the policy or public interest considerations the Office took into account. On the record before this Court, it could not be determined whether or not the discretion had been properly exercised.

The evidence failed to support the allegations of fraud and criminal activity by the Government, its officials and lawyers.

Act, section 25 provides for disclosure of any part of a record which can reasonably be severed from the material exempt from disclosure. This Court has previously rejected the proposition that a record subject to solicitor-client privilege is not subject to the section 25 severance provision. The Court had no way of knowing whether severance had been effected and, if so, whether properly. The matter should be sent back to

faire l'objet de poursuites susceptibles de se répéter. Son champ d'action est national, voire international et sa situation multiplie les occasions de litige. Une cause d'action contre un organisme peut par la suite être invoquée par plusieurs autres parties contre le même organisme ou contre d'autres organismes du gouvernement. L'accès libre et automatique aux mémoires des procureurs du gouvernement, une fois le litige terminé, pourrait permettre aux autres parties de connaître la stratégie de l'organisme en matière juridique: cela même que le privilège veut éviter. La Cour suprême des États-Unis a dit que cette violation de la «pensée, jusqu'alors inviolable de l'avocat», aurait un «effet démoralisateur sur la profession». Elle permettrait également aux parties d'«avoir un aperçu de la stratégie générale de l'organisme et de l'approche qu'il applique quand il choisit les actions à intenter, la procédure à suivre et les conditions de règlement».

Il faut, dans l'intérêt public, faire preuve de prudence dans la communication de renseignements tirés du mémoire de la Couronne dans une poursuite pénale. Il faut protéger l'identité de certains témoins et les préoccupations des sources d'information en matière de protection de la vie privée (notamment les organismes d'aide à l'enfance et les professions médicales). Il pourrait également y avoir des déclarations inadmissibles à cause d'une violation des droits garantis par la Charte. Dans l'affaire *Big Canoe*, la Cour d'appel de l'Ontario craignait que si les dossiers de la poursuite étaient accessibles, les criminels pourraient se renseigner sur les tactiques policières et celles des poursuivants et que les agents de police pourraient parler moins ouvertement aux poursuivants. Décider de communiquer ou de ne pas communiquer un dossier dépend des faits et des circonstances de chaque affaire.

Dans l'affaire entendue par le juge des requêtes, il n'y avait ni preuve ni analyse concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la communication au nom du Bureau. La Cour ne savait pas quels étaient les facteurs, questions de politique ou d'intérêt public dont le Bureau avait tenu compte. Compte tenu du dossier, la Cour n'était pas en mesure de décider si le pouvoir discrétionnaire avait ou non été exercé régulièrement.

La preuve n'était pas les allégations de fraude et d'activités criminelles de la part du gouvernement, de ses fonctionnaires ou procureurs.

L'article 25 de la Loi prévoit la communication d'une partie d'un document qui peut être prélevée des parties du dossier qui contiennent des renseignements de documents exemptés de la divulgation. La Cour a déjà rejeté l'argument selon lequel un dossier assujéti au privilège de l'avocat n'est pas assujéti à la disposition sur la divisibilité de l'article 25. Il était impossible pour la Cour de savoir si certaines parties avaient été prélevées,

Federal Court to ascertain whether the section 25 mandatory requirements had been complied with.

The Court had also to consider appellant's submissions regarding other exemptions claimed by the Minister. The paragraph 13(1)(c) in-confidence information mandatory exemption was properly claimed in respect of the information received from Winnipeg Police Services as it had refused its consent to release. The section 19 personal information exemption, also mandatory, was justified and correctly applied. Section 21 provides for a discretionary exemption which has been held to have been intended to promote the flow of communications between government departments so as to enable government to discharge its essential functions. The exemption was here correctly applied.

The final issue upon this appeal was the Court's review power under Act, section 46. While the Court is empowered to review documents in evidence before it, appellant was asking the Court to order the reconstitution of records. The Court would not do this absent reasonable grounds to believe that the integrity of the records had been violated.

Per Pelletier J.A. (Décary J.A. concurring): The disposition of the cross-appeal proposed by Létourneau J.A. could not be agreed with. The ultimate issue upon the cross-appeal was whether, at common law, litigation privilege is extinguished when the litigation concludes.

Since section 23 merely recognizes a right conferred by the law of privilege, once privilege is lost, there remains no right which section 23 can recognize. So the question was whether the privilege existed when the access request was made. There is substantial case law and law text authority which support the proposition that the litigation privilege is time limited. On the facts herein, it should be concluded that section 23 had no application, since the documents in respect of which privilege was asserted had lost their privileged status when the criminal prosecution concluded. While the Ontario Court of Appeal reached the opposite conclusion in *Big Canoe*, a similar case to that at bar, that case could be distinguished in view of the difference in wording between section 19 of the Ontario legislation and Act, section 23. It was clear that the reference to "Crown counsel" in section 19 of the Ontario statute meant Crown attorneys in criminal prosecutions and did not contemplate all government lawyers. Crown attorneys occupy

et le cas échéant, si le prélèvement avait été fait correctement. La question devait être renvoyée devant la Cour fédérale pour un examen des documents afin de déterminer si les exigences obligatoires de l'article 25 de la Loi avaient été respectées.

La Cour devait examiner également les observations de l'appelant concernant les autres exemptions invoquées par le ministre. L'alinéa 13(1)c) crée une exemption obligatoire lorsque les renseignements ont été reçus à titre confidentiel. Cette exemption a été régulièrement demandée en l'espèce pour ce qui concerne les renseignements reçus à titre confidentiel des services de la police de Winnipeg car ces derniers n'ont pas consenti à ce que ces renseignements soient communiqués. L'exemption visée à l'article 19, également obligatoire, était justifiée et régulièrement appliquée. L'article 21 est une exemption discrétionnaire qui, selon la Cour, avait pour objet de favoriser la communication libre et franche entre les ministères fédéraux de manière à ce que le gouvernement puisse s'acquitter de ses fonctions essentielles. L'exemption a donc été régulièrement appliquée.

La dernière question était celle de la portée du pouvoir de révision de la Cour en vertu de l'article 46 de la Loi. La Cour a le pouvoir de réviser les documents déposés en preuve en vertu de l'article 46 de la Loi. Toutefois, l'appelant demandait à la Cour d'ordonner la reconstitution des documents. La Cour ne pouvait accéder à sa demande en l'absence de motifs raisonnables de croire que l'intégrité des documents avait été altérée.

Le juge Pelletier, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A. a souscrit aux motifs): le juge ne souscrit pas à la décision rendue par le juge Létourneau, J.C.A. relativement à l'appel incident. La question soulevée dans l'appel incident était de savoir si, en common law, le privilège des communications liées à une instance prenait fin en même temps que le litige.

L'article 23 ne fait que reconnaître un droit que confère le droit en matière de privilège; lorsque le privilège n'existe plus, l'article 23 ne peut reconnaître aucun droit. La question est donc de savoir si le privilège existait au moment où la demande de communication a été présentée. De nombreux ouvrages de doctrine et une jurisprudence abondante confirment que le privilège des communications liées à un litige a une durée limitée. Compte tenu des faits en l'espèce, il faudrait conclure que l'article 23 de la Loi ne s'appliquait pas aux documents puisque les documents pour lesquels le privilège avait été revendiqué avaient perdu leur statut de privilégiés quand la poursuite pénale avait pris fin. La Cour d'appel de l'Ontario a tiré une conclusion contraire dans *Big Canoe*, une affaire semblable, mais cette affaire se distingue de la présente affaire à cause des termes différents de l'article 19 de la loi ontarienne et de l'article 23 de la Loi. Il était clair que l'«avocat-conseil» dont il était fait mention à l'article 19 de la

a unique position as agents for the Attorney General. They act in the public interest and do not have clients in the traditional sense. But, government lawyers other than prosecutors do have a solicitor-client relationship with those they advise. This Court was prepared to assume that Parliament took for granted that which the Ontario legislature made explicit: that the work of Crown attorneys can give rise to claims of solicitor-client privilege. Furthermore, there was an even more important critical difference between the federal and provincial statutes: the latter does not require, in the case of Crown counsel, a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusing disclosure, while the federal statute requires, in all cases, a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusal to disclose. For Act, section 23 purposes, if the privilege has been lost, some other approach must be taken—such as a broad definition of the litigation—to avoid disclosure in situations in which refusal would be justified.

loi ontarienne visait le procureur de la Couronne dans une poursuite criminelle et non tous les avocats à l'emploi du gouvernement. Les procureurs de la Couronne occupent un poste particulier au sein du système judiciaire en ce sens qu'ils sont les mandataires du procureur général qui agit dans l'intérêt public. Ils n'ont pas de clients au sens traditionnel du terme. Cependant, les avocats du gouvernement qui ne sont pas des poursuivants ont, avec les personnes à qui ils donnent des conseils, une relation avocat-client. La Cour était disposée à croire que le législateur avait pris pour acquis ce que la législature de l'Ontario avait tenté d'exploiter, à savoir que le travail des procureurs de la Couronne était visé par le secret professionnel de l'avocat. En outre, il y avait une différence encore plus importante entre les dispositions des deux lois: la loi provinciale n'exige pas, dans le cas de l'avocat-conseil de la Couronne, l'existence du secret professionnel de l'avocat pour refuser la divulgation alors que la loi fédérale exige, dans tous les cas, l'existence du secret professionnel pour refuser de communiquer. Selon l'article 23 de la Loi, une fois le privilège perdu, il faut appliquer une approche différente, notamment une définition plus large du litige, pour éviter la communication de documents lorsque le refus de communiquer ne serait pas justifié.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 19, 20(1), 21(1), 23, 25, 41, 46, 69.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.
- Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982).
- Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 19.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 "personal information".
- Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.); *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 44].
- Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 19, 20(1), 21(1), 23, 25, 41, 46, 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3).
- Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 19.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3, «renseignements personnels».
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.
- Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.); *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*

(2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (F.C.A.); *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. S.C.); *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421; (2001), 45 Admin. L.R. (3d) 182; 14 C.P.R. (4th) 449; 282 N.R. 284 (C.A.); *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 3 W.W.R. 399; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 182 B.C.A.C. 234; 25 C.P.R. (4th) 5 (C.A.); *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.).

DISTINGUISHED (BY MAJORITY ON CROSS-APPEAL):

Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167; 220 D.L.R. (4th) 467; 48 Admin. L.R. (3d) 279; 22 C.P.R. (4th) 169; 167 O.A.C. 125 (C.A.).

CONSIDERED:

Hodgkinson v. Simms (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; 36 C.P.C. (2d) 24 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327; 41 Admin. L.R. (3d) 117; 16 C.P.R. (4th) 1; 152 O.A.C. 145 (Ont. Div. Ct.); *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; 61 Alta. L.R. (2d) 319; 22 C.P.R. (3d) 290 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68

(2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (C.A.F.); *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et autres c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.S. Ont.); *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421; (2001), 45 Admin. L.R. (3d) 182; 14 C.P.R. (4th) 449; 282 N.R. 284 (C.A.); *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 3 W.W.R. 399; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 182 B.C.A.C. 234; 25 C.P.R. (4th) 5 (C.A.); *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.).

DÉCISION DISTINCTE (PAR LA MAJORITÉ DES JUGES DANS L'APPEL INCIDENT):

Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167; 220 D.L.R. (4th) 467; 48 Admin. L.R. (3d) 279; 22 C.P.R. (4th) 169; 167 O.A.C. 125 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hodgkinson v. Simms (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; 36 C.P.C. (2d) 24 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327; 41 Admin. L.R. (3d) 117; 16 C.P.R. (4th) 1; 152 O.A.C. 145 (C. div. Ont.); *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; 61 Alta. L.R. (2d) 319; 22 C.P.R. (3d) 290 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68

C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; *Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; *Dupont Canada Inc. v. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] F.C.J. No. 1429 (T.D.) (QL); affd (2000), 266 N.R. 366 (F.C.A.); *Belgravia Investments Ltd. v. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482; 2002 DTC 7133; 220 F.T.R. 246 (F.C.T.D.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8; 113 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (F.C.T.D.); *Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36 (abridged); (1992), 55 F.T.R. 1 (T.D.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20; 196 D.L.R. (4th) 716; [2001] 4 W.W.R. 622; 7 C.C.E.L. (3d) 1; 2 C.P.C. (5th) 197 (C.A.); *Chmara v. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227; (1993), 104 D.L.R. (4th) 244; [1993] 6 W.W.R. 286; 18 C.C.L.I. (2d) 147; 16 C.P.C. (3d) 177 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; 71 Alta. L.R. (2d) 28 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326; 172 D.L.R. (4th) 689 (C.A.); *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 C.T.C. 45; 99 DTC 5408 (F.C.T.D.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (T.D.); *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983); *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746; 222 D.L.R. (4th) 97; 26 C.P.C. (5th) 377; 97 C.R.R. (2d) 324; 165 O.A.C. 209 (Div. Ct.); *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245; [1999] 3 C.T.C. 123; (1999), 99 DTC 5337; 168 F.T.R. 49 (T.D.); *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671; (2002), 169 Man. R. (2d) 300 (Q.B.); *Blank v. Canada (Minister of the Environment)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (F.C.A.); *College of Physicians of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279; (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1; 176 B.C.A.C. 161; 23 C.P.R. (4th) 185 (C.A.); *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of*

C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; *Dupont Canada Inc. c. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] A.C.F. n° 1429 (1^{re} inst.) (QL); confirmé (2000), 266 N.R. 366 (C.A.F.); *Belgravia Investments Ltd. c. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482; 2002 DTC 7133; 220 F.T.R. 246 (C.F. 1^{re} inst.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8; 113 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (C.F. 1^{re} inst.); *Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36 (abrévée); (1992), 55 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20; 196 D.L.R. (4th) 716; [2001] 4 W.W.R. 622; 7 C.C.E.L. (3d) 1; 2 C.P.C. (5th) 197 (C.A.); *Chmara v. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227; (1993), 104 D.L.R. (4th) 244; [1993] 6 W.W.R. 286; 18 C.C.L.I. (2d) 147; 16 C.P.C. (3d) 177 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; 71 Alta. L.R. (2d) 28 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326; 172 D.L.R. (4th) 689 (C.A.); *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.T.C. 45; 99 DTC 5408 (C.F. 1^{re} inst.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (1^{re} inst.); *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983); *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746; 222 D.L.R. (4th) 97; 26 C.P.C. (5th) 377; 97 C.R.R. (2d) 324; 165 O.A.C. 209 (C. div.); *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245; [1999] 3 C.T.C. 123; (1999), 99 DTC 5337; 168 F.T.R. 49 (1^{re} inst.); *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671; (2002), 169 Man. R. (2d) 300 (B.R.); *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (C.A.F.); *College of Physicians of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279; (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1; 176 B.C.A.C. 161; 23 C.P.R. (4th) 185 (C.A.); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logements)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada (Commissaire*

Environment) (2000), 187 D.L.R. 127 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused (2000), 266 N.R. 198; *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; (1977), 2 C.P.C. 340 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720; (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 79 (Q.B.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (Q.B.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326; 33 C.P.C. (4th) 162 (Q.B.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (S.C.); *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (Man. Q.B.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. No. 4316 (Gen. Div.) (QL); *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305; (1994), 92 Man. R. (2d) 276; 89 C.C.C. (3d) 474; 24 C.P.C. (3d) 311 (C.A.); affd [1995] 1 S.C.R. 758; [1995] 4 W.W.R. 457; (1995), 95 C.C.C. (3d) 287; 35 C.P.C. (3d) 236; 179 N.R. 72.

à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement) (2000), 187 D.L.R. 127 (C.A.F.); autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. refusée (2000), 266 N.R. 198; *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; (1977), 2 C.P.C. 340 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720; (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 79 (B.R.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (B.R.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326; 33 C.P.C. (4th) 162 (B.R.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (C.S.); *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (B.R. Man.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. n° 4316 (Div. gén.) (QL); *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305; (1994), 92 Man. R. (2d) 276; 89 C.C.C. (3d) 474; 24 C.P.C. (3d) 311 (C.A.); conf. [1995] 1 R.C.S. 758; [1995] 4 W.W.R. 457; (1995), 95 C.C.C. (3d) 287; 35 C.P.C. (3d) 236; 179 N.R. 72.

AUTHORS CITED

Drapeau, Michel W. and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004*, Toronto: Carswell, 2003.

Ontario. Ministry of the Attorney General. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*. Toronto: Ontario Queen's Printer, 1993.

Paciocco, David and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

Sharpe, R. J. "Claiming Privilege in the Discovery Process" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984: Law in Transition: Evidence*. Toronto: De Boo, 1984.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Watson, G.D. and F. Au. "Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315.

Wilson, J. D. "Privilege in Experts' Working Papers" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346.

APPEAL and CROSS-APPEAL from the decision of a Motions Judge ([2000] F.C.J. No. 1620 (F.C.T.D.) (QL)) upon an application for review under *Access to Information Act*, section 41 concerning, amongst other issues, the Act, section 23 solicitor-client privilege. Appeal dismissed; cross-appeal dismissed.

DOCTRINE

Drapeau, Michel W. et Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004*. Toronto: Carswell, 2003.

Ontario. Ministère du Procureur général. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*. Toronto: Ontario Queen's Printer, 1993.

Paciocco, David et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

Sharpe, R. J. «Claiming Privilege in the Discovery Process» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984: Law in Transition: Evidence*. Toronto: De Boo, 1984.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Watson, G.D. et F. Au. «Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation» (1998), 77 *R. du B. can.* 315.

Wilson, J. D. «Privilege in Experts' Working Papers» (1997), 76 *R. du B. can.* 346.

APPEL et APPEL INCIDENT de la décision d'un juge des requêtes ([2000] A.C.F. n° 1620 (C.F. 1^{re} inst.) (QL)) par suite d'une demande de révision en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, concernant notamment la Loi et le secret professionnel des avocats en vertu de l'article 23. Appel rejeté; appel incident rejeté.

APPEARANCES:

Sheldon Blank on his own behalf.
Christopher M. Rupar for respondent (appellant in cross-appeal).

SOLICITOR OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for respondent (appellant in cross-appeal).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A. (writing for the Court on the appeal and dissenting on the cross-appeal):

[1] These proceedings involve an appeal and a cross-appeal against a decision of a Motions Judge of the Federal Court Trial Division [[2000] F.C.J. No. 1620 (QL)] [as it was then constituted] rendered on an application for review pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act).

[2] The appeal questions the Motions Judge's decision regarding the scope of the disclosure of information allegedly obtained in confidence (section 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21] of the Act), personal information (section 19), records containing advice (section 21), information subject to solicitor-client privilege (section 23), and the severability of information contained in a record protected from disclosure (section 25). It also puts in issue the extent, under section 46, of the powers of the reviewing court seized with an application under section 41 of the Act. More precisely, the appellant submits that the Motions Judge erred when he ruled that he did not have jurisdiction to order, pursuant to section 46 of the Act, the production of documents that were not in evidence before him on the review proceedings.

[3] The cross-appeal by the Minister of Justice addresses a thorny issue regarding the solicitor-client

ONT COMPARU:

Sheldon Blank, pour son propre compte.
Christopher M. Rupar, pour l'intimé (appellant dans l'appel incident).

AVOCAT INSCRIT AU DOSSIERS:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé (appellant dans l'appel incident).

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. (s'exprimant au nom de la Cour relativement à l'appel et juge dissident relativement à l'appel incident):

[1] Il s'agit d'un appel et d'un appel incident interjetés contre la décision du juge des requêtes de la Section de première instance de la Cour fédérale [[2000] A.C.F. n° 1620 (QL)] [telle qu'elle était alors constituée] qui a été rendue par suite d'un recours en révision en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[2] L'appel soulève le bien-fondé de la décision du juge des requêtes concernant la communication de renseignements qui auraient été obtenus à titre confidentiel (article 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21] de la Loi), de renseignements personnels (article 19), de documents contenant des avis (article 21), de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client (article 23) et la communication partielle de documents privilégiés (article 25). Il soulève également la portée, en vertu de l'article 46, des pouvoirs de l'instance révisionnelle saisie d'un recours en vertu de l'article 41 de la Loi. Plus précisément, l'appellant prétend que le juge des requêtes a commis une erreur quand il a dit qu'il n'avait pas compétence pour ordonner, en vertu de l'article 46 de la Loi, la production de documents qui n'avaient pas été déposés en preuve devant lui pendant l'instance révisionnelle.

[3] L'appel incident interjeté par le ministre de la Justice soulève une question épineuse concernant le

privilege found in section 23 of the Act. The question is of significant importance for the administration of justice and the public interest: was the Judge wrong when he decided that the litigation privilege, if it could be claimed to exclude a record from release, expires when the litigation ends and, therefore, the records containing information subject to privilege must be released? The issue has been somewhat made more difficult by the fact that the respondent, who is self-represented, is not a lawyer and is not familiar with the intricacies of this complex area of the law. Adventuring in this field, as we shall see, is a perilous exercise in itself. To do so without the benefit of enlightened advice from both parties is tantamount to walking through an uncharted minefield with the hope that the one-sided guidance received will bring you to safety.

[4] I will begin with the issue of privilege which is common to both the appeal and the cross-appeal. Before I do, a short summary of the relevant facts is in order.

The facts and the procedure

[5] On October 17, 1997, the appellant made a first request to the Access to Information and Privacy Office (Office) of the Department of Justice to obtain all records pertaining to his prosecution and the prosecution of 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.

[6] The appellant was a director of Gateway which operated a paper mill in the city of Winnipeg. Thirteen charges were laid against him and Gateway in July 1995: five counts alleged pollution of the Red River and eight pertained to breaches of the reporting requirements of the *Fisheries Act*. A judicial saga regarding the prosecution of these charges ensued thereafter. Suffice it to say that the eight charges relating to the reporting

secret professionnel des avocats visé à l'article 23 de la Loi. La question est particulièrement importante pour ce qui concerne l'administration de la justice et l'intérêt public: le juge a-t-il commis une erreur quand il a décidé que le privilège des communications liées à une instance, s'il peut être invoqué dans le but d'empêcher la divulgation d'un document, expire lorsque le litige prend fin et, par conséquent, que les documents qui contiennent des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat doivent être communiqués? La question est encore plus difficile à trancher puisque l'intimé, qui se représente lui-même, n'est pas juriste et comprend mal les subtilités de ce domaine complexe du droit. S'aventurer dans ce domaine, nous le verrons, est en soi un exercice périlleux. S'y aventurer sans pouvoir bénéficier des conseils éclairés des deux parties équivaut presque à une ballade en terrain miné inconnu en espérant que les conseils partisans qui sont dispensés permettront de le traverser en toute sécurité.

[4] Je commencerai par la question du secret professionnel de l'avocat qui est soulevée tant dans l'appel que dans l'appel incident. Toutefois, il convient, en premier lieu, de présenter un bref résumé des faits pertinents.

Les faits et la procédure

[5] Le 17 octobre 1997, l'appellant a présenté une première demande au Bureau de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (Bureau) du ministère de la Justice afin d'obtenir tous les documents relatifs aux poursuites intentées contre lui et contre la société Gateway Industries Ltd. (Gateway) pour des infractions réglementaires perpétrées contrairement à la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 et au *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269.

[6] L'appellant était un dirigeant de Gateway, une société qui exploitait une papeterie à Winnipeg. Treize accusations ont été portées contre lui et contre Gateway en juillet 1995: cinq accusations reliées à la pollution alléguée de la rivière Rouge et huit accusations pour contravention aux exigences en matière de rapport, conformément à la *Loi sur les pêches*. Il s'en est suivi une saga judiciaire concernant la poursuite de ces

requirements were quashed in April 1997 by the Manitoba Provincial Court. The prosecution continued on the five summary conviction offences of pollution only to see the charges quashed by the Manitoba Queen's Bench on April 10, 2001. The Crown laid, in July 2002, new charges by way of indictment. The trial had been set for April 19, 2004 to June 25, 2004, but in February 2004 the Crown stayed the proceedings and informed the appellant that the prosecution would not be reinstated.

[7] The appellant and Gateway sued the federal government in damages for alleged fraud, conspiracy, perjury and abuse of its prosecutorial powers. It is both in the context of the penal prosecution and the civil lawsuit that the appellant sought to access government records pursuant to the Act.

[8] Following the first request in October 1997, some 2297 pages of material were released to the appellant. Over a thousand pages (1226) were withheld in whole. Thirty six additional pages were also withheld, but in part only.

[9] In May 1999, the appellant filed a second request for information with the Office. He sought all the records that had been exempted pursuant to the first request. The exemptions were maintained but for 353 pages that were released. As a result, the appellant lodged a complaint with the Information Commissioner (Commissioner) about the exemptions claimed by the Office. There ensued a series of meetings, consultations and discussions between the Office, the Director of Investigation for the Commissioner and other governmental agencies such as the Royal Canadian Mounted Police. An additional 81 and 131 pages were then released in two sequences. While agreeing that the vast majority of the over 1500 pages was properly exempted under the solicitor-client privilege, the Director of Investigation expressed concerns in respect of over approximately 277 pages for which the solicitor-client privilege was invoked. Further discussions ensued and, in the end, 190 of these pages

accusations. Résumons en disant que la Cour provinciale du Manitoba a annulé les huit accusations relatives aux exigences en matière de rapport en avril 1997. La poursuite relative aux infractions de pollution punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'est poursuivie, mais la Cour du Banc de la Reine du Manitoba les a annulées le 10 avril 2001. En juillet 2002, la Couronne a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation. Le procès devait avoir lieu du 19 avril 2004 au 25 juin 2004, mais en février 2004, la Couronne a suspendu la procédure et elle a avisé l'appelant que la poursuite ne serait pas rétablie.

[7] L'appelant et la société Gateway ont intenté une poursuite en dommages-intérêts contre le gouvernement fédéral en alléguant la fraude, le complot, le parjure et l'abus de pouvoir en matière de poursuite. L'appelant a tenté d'obtenir des documents du gouvernement en conformité avec la Loi tant dans le contexte de la poursuite pénale que de l'action civile.

[8] Suivant la première demande présentée en octobre 1997, quelque 2 297 pages de documents ont été communiquées à l'appelant. La divulgation de plus de mille pages (1 226) a été refusée. La communication de 36 pages supplémentaires a également été refusée, mais en partie seulement.

[9] En mai 1999, l'appelant a présenté une deuxième demande de renseignements au Bureau. Il voulait obtenir tous les documents exemptés par suite de la première demande. Les exemptions ont été maintenues, sauf pour ce qui concerne 353 pages qui ont été communiquées. L'appelant a donc déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information (Commissaire) concernant les exemptions invoquées par le Bureau. S'en sont suivies une série de rencontres, de consultations et de discussions entre le Bureau, le directeur des enquêtes du Commissaire et d'autres organismes gouvernementaux, notamment la Gendarmerie royale du Canada. Puis, d'autres pages, savoir 81 pages et 131 pages lui ont été communiquées en deux fois. Le directeur des enquêtes a reconnu que la grande majorité des 1 500 pages avaient été régulièrement exemptées en vertu du secret professionnel de l'avocat, mais il s'est dit préoccupé à l'égard de plus d'environ 277 pages à l'égard desquelles le secret professionnel de l'avocat avait été invoqué. Il y

were released and the remaining 87 pages were exempted from disclosure pursuant to subsections 13(1), 19(1), 20(1), 21(1) and section 23 of the Act. On December 28, 2000, an additional 167 pages were disclosed in whole or in part.

[10] I have described in some detail, though not completely, the sequence of the documents released as well as the number of said documents released to show the broadness of the initial claim to exemptions under the Act made by the Office. It also highlights the value and importance of the crucial role played by the Commissioner in enforcing the objectives and spirit of the Act.

[11] The Motions Judge ordered an additional but limited release of documents either by reason of disclosure obligations in the criminal and civil proceedings or because they were already in possession of the appellant. Such material was released save for the pages affected by the cross-appeal.

The scope of the solicitor-client privilege contained in section 23 of the Act and its relationship with disclosure

[12] I need to reproduce section 23 of the Act for a better understanding of the analysis which follows:

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.

[13] This Court in *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89 rejected a submission by the appellant that the solicitor-client privilege in section 23 of the Act should be applied narrowly since the Act was designed to promote disclosure. In addition, at paragraph 23, Linden J.A. found that section 23 incorporates the common law of solicitor-client privilege, that the privileged nature of the material is to be determined according to the common law and, if the material is found to be subject to privilege, the discretion to disclose

a eu d'autres discussions et, en fin de compte, 190 de ces pages ont été communiquées et les 87 pages restantes ont été exemptées conformément aux paragraphes 13(1), 19(1), 20(1), 21(1) et à l'article 23 de la Loi. Le 28 décembre 2000, 167 autres pages ont été communiquées en tout ou en partie.

[10] Je viens de décrire, en partie, la chronologie de la communication de documents, ainsi que le nombre desdits documents qui ont été divulgués afin de démontrer l'importance des exemptions réclamées initialement par le Bureau, en conformité avec la Loi. La description des événements met également en lumière la valeur et l'importance du rôle essentiel qu'a joué le Commissaire en appliquant les objectifs et l'esprit de la Loi.

[11] Le juge des requêtes a ordonné la communication supplémentaire, quoique limitée, de nouveaux documents soit à cause des obligations de communication de la preuve dans la procédure pénale ou civile soit parce que l'appelant avait déjà en sa possession ces documents. Les documents ont été communiqués à l'exception des pages visées par l'appel incident.

La portée du secret professionnel de l'avocat visé à l'article 23 de la Loi et son importance en matière de communication de la preuve

[12] L'article 23 de la Loi permettra de mieux comprendre l'analyse qui suit:

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.

[13] Dans *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89, la Cour a rejeté l'argument de l'appelant qui prétendait que le secret professionnel des avocats visé à l'article 23 de la Loi devait recevoir une interprétation étroite puisque la Loi doit favoriser la communication de renseignements. En outre, au paragraphe 23, le juge Linden, J.C.A. a conclu que l'article 23 incorporait la doctrine du secret professionnel en common law, que la nature confidentielle des documents devait être déterminée selon la common law et que, s'il

must be exercised according to the principles governing the Act:

The effect of the provisions of the Act on the content of the privilege is nil. It was correctly determined by Rothstein J. that section 23 of the Act incorporates holus-bolus the common law of solicitor-client privilege. That term is not defined elsewhere in the Act. Hence, it can only be presumed that what is covered by the words "solicitor-client privilege" is the common law doctrine of solicitor-client privilege. That being the case, it is necessary for the government head to determine, before considering the operation of the Act, whether a document is subject to the privilege. If it is, then he or she may refuse disclosure. But the preliminary question is determined not in the context of the Act, but in the context of the common law. If the material is subject to the privilege, then the discretionary decision under section 23, whether to disclose it or not, is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions. [Emphasis added.]

[14] Subsequently, in a case involving the appellant, *Blank v. Canada (Minister of the Environment)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (F.C.A.), Sharlow J.A. rejected a contention by the appellant that the material that should have been disclosed in his criminal trial pursuant to the *Stinchcombe* principles (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326) should now be disclosed under the Act. She reasserted for the Court, at paragraph 12, that in considering whether appropriate disclosure had been made under the Act, the Court should consider only the Act and the jurisprudence guiding its interpretation and application. "Laws requiring disclosure in other legal proceedings cannot narrow or broaden the scope of disclosure required by the *Access to Information Act*".

[15] In other words, both decisions (*Stevens* and *Blank*) stand for the sound principle that, while determination of the privileged nature of a record is governed and determined by the common law, disclosure of that record that has been found to be privileged is governed by and made pursuant to the Act.

s'avérait que les documents étaient assujettis au privilège, la décision discrétionnaire de divulguer devait être prise selon les principes de la Loi:

L'effet des dispositions de la Loi sur le contenu de la protection est nul. Le juge Rothstein a décidé à bon droit que l'article 23 de la Loi comprend le principe du secret des communications entre client et avocat en common law. Ce terme n'est pas défini ailleurs dans la Loi. Aussi, on ne peut que présumer que ce que visent les mots «secret des communications entre client et avocat» est la doctrine du secret des communications entre client et avocat en common law. Cela étant, il est nécessaire pour l'autorité responsable de déterminer, avant d'examiner l'effet de la Loi, si un document est assujéti au privilège. Le cas échéant, elle peut alors en refuser la divulgation. Mais la question préliminaire est déterminée non pas dans le contexte de la Loi, mais dans le contexte de la common law. Si le document bénéficie de la protection, la décision discrétionnaire de divulguer ou non fondée sur l'article 23 est alors prise dans le contexte de la Loi accompagnée de ses presuppositions philosophiques. [Non souligné dans l'original.]

[14] Par la suite, dans une affaire concernant l'appelant, *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (C.A.F.), la juge Sharlow, J.C.A. a rejeté l'argument de l'appelant qui prétendait que les documents qui auraient dû être divulgués dans le cadre de la poursuite criminelle en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326) devaient maintenant l'être en vertu de la Loi. Au paragraphe 12 de la décision, la juge a réaffirmé, au nom de la Cour, que pour déterminer si les documents avaient été communiqués en conformité avec la Loi, la Cour ne devait examiner que la Loi et la jurisprudence qui en guide l'interprétation et l'application. «Les lois exigeant la communication de documents dans d'autres procédures juridiques ne peuvent restreindre ni élargir la portée de la communication exigée par la *Loi sur l'accès à l'information*.»

[15] En d'autres termes, les deux décisions (*Stevens* et *Blank*) étayent l'excellent principe selon lequel, même si la détermination de la nature confidentielle d'un dossier est régie par la common law et assujétiée à celle-ci, la communication d'un dossier privilégié est régie et appliquée conformément à la Loi.

[16] This brings me to a review of the scope of the privilege at common law in order to ascertain the extent and meaning of the privilege in the Act.

The scope and contents of the solicitor-client privilege at common law

[17] The parties do not dispute that, at common law, the solicitor-client privilege covers confidential communications between solicitor and client which entails the seeking or giving of legal advice, whether contentious or not, as well as, pursuant to what the American courts call the “work product doctrine”, a “lawyer’s work product”, i.e. the material assembled by a lawyer exercising legal knowledge, skill and industry for the purpose of advising on or conducting anticipated or pending litigation: see *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), at page 142. Words to the same effect can be found in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, at page 33, where President Jackett of the Exchequer Court of Canada enunciated the following principles followed in numerous subsequent decisions:

As it seems to me, there are really two quite different principles usually referred to as solicitor and client privilege, viz:

- (a) all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal adviser directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal adviser’s working papers, directly related thereto) are privileged; and
- (b) all papers and materials created or obtained specially for the lawyer’s “brief” for litigation, whether existing or contemplated, are privileged.

[18] While the first branch has been termed by this Court “the legal advice” privilege (see the decision of MacGuigan and Décary J.J.A. in *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at page 769), the second aspect or branch of the privilege is

[16] Cela m’amène à examiner la portée du privilège en vertu de la common law afin de définir l’étendue et le sens du privilège selon la Loi.

La portée et le contenu du secret professionnel de l’avocat en common law

[17] Les parties reconnaissent que, en common law, le secret professionnel de l’avocat protège les communications de nature confidentielle entre un avocat et son client, communications qui comprennent la consultation de l’avocat et les conseils juridiques que ce dernier donne, qu’il s’agisse ou non de questions litigieuses et, en outre, conformément à ce que les tribunaux américains qualifient de doctrine relative aux préparatifs d’une instance, les préparatifs de l’avocat, c’est-à-dire les documents obtenus par un avocat dont les connaissances, les capacités et le travail juridiques lui permettent de conseiller son client à l’occasion ou en prévision d’une instance: voir *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), à la page 142. Les juges se sont exprimés à peu près en ces termes dans *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27, à la page 33, dans lequel le président Jackett de la Cour canadienne de l’Échiquier a énoncé les principes suivants qui ont été repris dans plusieurs décisions subséquentes:

[TRADUCTION] À mon sens, on parle en réalité de deux principes tout à fait distincts lorsqu’on parle du secret professionnel de l’avocat, à savoir:

- a) toutes les communications, verbales ou écrites, de nature confidentielle, qui sont échangées entre l’avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l’avocat ou aux conseils ou services juridiques que l’avocat donne (y compris les documents de travail de l’avocat qui s’y rapportent directement) sont protégées;
- b) tous les documents existants ou à venir, qui sont créés ou obtenus spécialement pour le dossier constitué par l’avocat en vue du procès sont protégés.

[18] Alors que la Cour a qualifié le premier volet de privilège «de la consultation juridique» (se rapporter à la décision des juges MacGuigan et Décary, J.C.A. dans *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), à la page 769), le deuxième volet ou

often commonly referred to as the litigation privilege. It is with respect to the nature, status and duration of this second branch of the privilege that the parties take different and, at times, opposing views as we shall see in detail later. Suffice it to say that the appellant contends that the litigation privilege which, he says, is contained in the solicitor-client privilege referred to in section 23 of the Act is, in fact, a distinct and separate privilege of limited duration, whose scope and contents are governed by rules that are fundamentally different from the “legal advice privilege”. The respondent, while acknowledging limits to it, takes the view, relying upon *Hodgkinson*, that the litigation privilege is merely part of one all-encompassing solicitor-client privilege of unlimited duration unless waived, and, therefore, the material subject to it is indefinitely exempt from disclosure.

[19] It is also settled law that the solicitor-client privilege evolved from an evidentiary rule to a substantive rule which can be asserted at an early stage of a process. Indeed, the privilege, although still referred to in this fashion, refers to a person’s right, as opposed to a privilege, to have communications with his lawyer kept confidential.

[20] In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 839, Dickson J., as he then was, wrote, under the heading “the right to confidentiality”:

One may depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that . . . the right to communicate in confidence with one’s legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client. . . .

This principle was reasserted and expanded by Lamer J., as he then was, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. Referring to the right as established in *Solosky*, Lamer J. wrote at pages 871, 893:

It is a personal and extra-patrimonial right which follows a citizen throughout his dealings with others. Like other

aspect du privilège est appelé communément le privilège des communications liées à une instance. C’est à l’égard de la nature, du statut et de la durée de ce deuxième volet du privilège que les parties ont des points de vue différents et à l’occasion contraires, comme nous le verrons plus tard en détail. Il suffit de dire que l’appelant prétend que le privilège des communications liées à une instance qui, selon lui, fait partie du secret professionnel des avocats dont il est fait mention à l’article 23 de la Loi, est en fait un privilège distinct de durée limitée dont la portée et le contenu sont régis par des règles qui sont foncièrement différentes de celles qui s’appliquent au privilège «de la consultation juridique». Tout en reconnaissant les limites du privilège des communications liées à une instance, l’intimé prétend, en se fondant sur *Hodgkinson*, que ce privilège n’est qu’un volet du privilège global qu’est le secret professionnel de l’avocat qui a une durée illimitée sauf renonciation et que, par conséquent, les documents visés sont exemptés indéfiniment de la communication.

[19] Il est également établi en droit que le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée en règle de fond qui peut être soulevée dès le début d’une instance. D’ailleurs, le privilège, même s’il porte toujours ce nom, fait référence au droit d’une personne par opposition à un privilège, à ce que les communications avec son avocat demeurent confidentielles.

[20] Dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 839, le juge Dickson, tel était alors son titre, a écrit, en parlant «du droit à la confidentialité»:

On peut s’écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l’affaire dans une optique plus large, savoir, [. . .] le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l’avocat avec son client. [. . .]

Le juge Lamer, tel était alors son titre a réaffirmé ce principe en l’élargissant dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. En parlant du droit au sens de l’arrêt *Solosky*, le juge Lamer a écrit, aux pages 871 et 893:

C’est un droit personnel et extra-patrimonial qui accompagne le citoyen dans ses rapports avec les autres. Il donne ouverture

personal, extra-patrimonial rights, it gives rise to preventive or curative remedies provided for by law, depending on the nature of the aggression threatening it or of which it was the object.

...

The fundamental right to communicate with one's legal adviser in confidence has given rise to a rule of evidence and a substantive rule. [Emphasis added.]

He went on to say, at page 893, that the right would have an effect when a search warrant is issued and executed:

Thus the justice of the peace has no jurisdiction to order the seizure of documents that would not be admissible in evidence in court on the ground that they are privileged. . . .

In other words, the substantive rule comes into play to prevent disclosure long before the evidentiary rule can be asserted. Lamer J. quoted [at page 887], with approval, Southey J. in *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. S.C.), at page 343, where he wrote:

If the privilege could not be invoked to prevent the seizure and examination of documents under a search warrant, the Crown would be free in any case to seize and examine the files and brief of defence counsel in a criminal prosecution. It would be small comfort indeed to the accused and to his counsel to discover that to his only protection in such a case was to prevent the introduction into evidence of the documents that had been seized and examined. Such a result, in my view, would be absurd. [Emphasis added.]

In the latest pronouncement on the scope of the privilege in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraph 18, Major J. for a unanimous Court reiterated what had been stated in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209 and *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445:

. . . solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances

tout comme les autres droits personnels extra-patrimoniaux, aux recours préventifs ou curatifs que le droit prévoit selon la nature de l'agression qui le menace ou dont il a été l'objet.

[. . .]

Le droit fondamental que constitue le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique a donné naissance à une règle de preuve de même qu'à une règle de fond. [Non souligné dans l'original.]

Il a ajouté, à la page 893, que le droit a des répercussions lorsqu'un mandat de perquisition est décerné et exécuté:

Ainsi, le juge de paix n'a pas compétence pour ordonner la saisie de documents qui ne seraient pas recevables en preuve devant un tribunal parce que couverts par le privilège de confidentialité (la règle de preuve).

En d'autres termes, la règle de fond entre en jeu pour empêcher la divulgation bien avant que la règle de preuve ne puisse être invoquée. Le juge Lamer a cité [à la page 887], en les approuvant, les propos du juge Southey, qui a dit, dans l'affaire *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.S. Ont.), à la page 343:

Si l'on ne pouvait invoquer le privilège pour empêcher la saisie et l'examen de documents en vertu d'un mandat de perquisition, la poursuite aurait toujours le loisir de saisir et d'examiner les dossiers et le mémoire de l'avocat de la défense dans une poursuite criminelle. Ce serait vraiment une piètre consolation pour l'accusé et son avocat de savoir que la seule protection dont ils jouiraient en l'instance serait que les pièces saisies et examinées ne peuvent être produites en preuve. Selon moi, un tel résultat serait absurde. [Non souligné dans l'original.]

Dans la dernière décision sur la portée du privilège, *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, au paragraphe 18, le juge Major a fait siens, au nom de tous les juges de la Cour, les propos de la Cour dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209 et *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445:

[. . .] le secret professionnel de l'avocat [le privilège avocat-client] doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il

and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis in original.]

This approach is consistent with the fact that solicitor-client privilege is, in effect, a warranted exemption from disclosure and, save exceptions, there is no need to engage in a balancing exercise of the public interest in disclosure and the public interest in the proper administration of justice once it has been determined that the material in issue is privileged. This latest development regarding the scope of the solicitor-client privilege, however, occurred in relation to the first branch of the privilege. The Supreme Court has yet to rule on the nature, status and duration of the litigation privilege. As we shall see later, different considerations apply to this privilege.

[21] In conclusion, the solicitor-client privilege evolved from a privilege to a right and from an evidentiary rule to a substantive rule. The protection first attached to communications made in confidence between a lawyer and a client for the purpose of obtaining a legal advice. It has now been extended to facts that arise out of or are connected to the solicitor-client relationship since the contents of the privilege and the protection it affords cannot be based on the distinction between facts and communications: see *Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193, at paragraphs 27-32. It was also extended to include communications exchanged during other litigation and consultations for legal advice, whether litigious or not: see *Solosky v. The Queen*, at page 834.

[22] Finally, the privilege, under the heading "litigation privilege", came to protect materials brought into existence for the dominant purpose of pending or anticipated litigation. However, with the developing rules and principles of disclosure in search of the truth in the public interest, this aspect of the privilege, in the litigation field, came to be widely, although not unanimously, regarded by members of the legal profession as a relative privilege, distinct from the more absolute privilege consisting in the protection of

ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Souligné dans l'original.]

L'approche reconnaît que le secret professionnel de l'avocat est, en fait, une exemption justifiée de la communication et, sauf exception, qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte à la fois de l'intérêt public en matière de communication des renseignements et l'intérêt public en matière d'administration régulière de la justice quand il est établi que les documents en cause sont privilégiés. Cette dernière interprétation de la portée du secret professionnel de l'avocat vise toutefois le premier volet du privilège. La Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur la nature, le statut et la durée du privilège des communications liées à l'instance. Comme nous le verrons plus tard, ce privilège soulève des questions différentes.

[21] Somme toute, le secret professionnel de l'avocat, jadis un privilège, est devenu un droit et jadis une règle de preuve, est devenu une règle de fond. La protection visait tout d'abord les communications de nature confidentielle entre un avocat et son client qui se rapportaient à l'obtention de conseils juridiques. Aujourd'hui, le privilège s'applique également aux faits qui entourent la relation entre l'avocat et son client ou qui en découlent puisque le contenu du privilège et la protection qu'il confère ne peuvent être fondés sur la distinction entre un fait et une communication: *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193, aux paragraphes 27 à 32. Le privilège a également été élargi de manière à englober les communications entre l'avocat et son client dans le cadre d'autres litiges et consultations sur des questions litigieuses ou non: voir *Solosky c. La Reine*, à la page 834.

[22] Enfin, le volet «communications liées à une instance» du privilège a été élargi de manière à s'appliquer aux documents qui ont été préparés principalement à l'occasion ou en prévision d'une instance. Toutefois, à cause des nouvelles règles et des nouveaux principes en matière d'accès à l'information dans l'intérêt public, certains membres de la communauté juridique ont conclu que ce volet, dans le cadre d'un litige, était un privilège relatif, distinct du privilège absolu qui s'appliquait aux communications

confidential communications between client and lawyer for the purpose of obtaining legal advice. In a well-documented article entitled “Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation” and published in (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315, at pages 332-333, the authors, G. D. Watson and F. Au, also discuss the recognition of the litigation privilege in Britain and Australia. They mention in footnote 68, at page 330, that a search in Canada on the CJ database of Quicklaw in June 1998 generated 187 cases where the words “litigation privilege” appeared. A search as of August 23, 2004 brings this number to 569.

[23] I now turn to the nature, status and duration of the litigation privilege at common law.

The nature, status and duration of the litigation privilege at common law

[24] Initially, as previously alluded to, the litigation privilege was subsumed in or conflated into the solicitor-client privilege and, it seems, entailed the same effect as the legal advice privilege: the material was permanently exempt from disclosure unless waived by the client. This was the state of the law within the federal sphere as it appears from *Susan Hosiery*. That position was best expressed by McEachern C.J.B.C., writing for the majority in *Hodgkinson v. Simms*, where at page 136 he wrote:

Thus it appears to me that, while this privilege is usually subdivided for the purpose of explanation into two species, namely, (a) confidential communications with a client, and (b) the contents of the solicitor’s brief, it is really one all-embracing privilege that permits the client to speak in confidence to the solicitor, for the solicitor to undertake such enquiries and collect such material as he may require properly to advise the client, and for the solicitor to furnish legal services, all free from any prying or dipping into this most confidential relationship by opposing interests or anyone. [Emphasis added.]

confidentielles entre un client et son avocat dans le cadre d’une consultation juridique. Dans un article bien documenté intitulé: «Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation» publié dans (1998), 77 *R. du B. can.* 315, aux pages 332 et 333, les auteurs, G. D. Watson et F. Au, examinent également le privilège des communications liées au litige tel qu’il existe en Grande-Bretagne et en Australie. Ils mentionnent à la note 68, page 330, qu’une recherche effectuée en juin 1998 au Canada, dans la base de données CJ de Quicklaw, a généré 187 affaires dans lesquelles apparaissaient les termes «*litigation privilege*» (privilège des communications liées à une instance). Une recherche effectuée le 23 août 2004 a généré 569 affaires.

[23] Passons maintenant à la nature, au statut et à la durée du privilège des communications liées à un litige en common law.

La nature, le statut et la durée du privilège des communications liées à un litige en common law

[24] À l’origine, comme je l’ai mentionné plus haut, le privilège des communications liées au litige faisait partie du secret professionnel de l’avocat et il aurait eu, semble-t-il, le même effet que le privilège des consultations juridiques: les documents étaient exemptés en permanence de la divulgation, sauf si le client renonçait au privilège. Tel était l’état du droit applicable dans le contexte du gouvernement fédéral conformément à l’arrêt *Susan Hosiery Ltd*. Le principe a été décrit en termes clairs par le juge en chef de la Colombie-Britannique McEachern qui a dit, au nom de la majorité des juges, dans l’affaire *Hodgkinson v. Simms*, à la page 136:

[TRADUCTION] Il me semble donc que, même si, à des fins de clarté, le privilège comporte habituellement deux volets, à savoir a) les communications de nature confidentielle avec un client; b) le contenu du mémoire de l’avocat; en fait, il s’agit d’un privilège global qui permet au client de parler en toute confiance avec son avocat, à l’avocat d’effectuer les recherches et de réunir les documents nécessaires afin d’être en mesure de conseiller correctement son client et de lui offrir les services juridiques nécessaires sans que quiconque, notamment une partie adverse, puisse s’ingérer dans cette relation extrêmement confidentielle. [Non souligné dans l’original.]

[25] Earlier, at pages 133-134, he discarded as unhelpful any attempt to draw, as the American courts did, a distinction between solicitor-client privilege and the “lawyer’s work product”. Nor did he see the need to recognize a separate category of immunity against production. Indeed, in an article entitled “Privilege in Experts’ Working Papers” published at (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346, J. D. Wilson concludes at page 373 that the “United States’ approach to litigation privilege has resulted in a quagmire of litigation and an undesirable atmosphere of incomplete disclosure by clients to counsel in litigation that ought not to be contemplated in Canada”.

[26] This is not to say, however, that, in terms of substance and contents, there were not some recognized differences between the two branches of the same privilege. The exemption from disclosure of the lawyer’s brief or work product, as previously mentioned, was governed by the dominant purpose rule of pending or anticipated litigation. Contrary to the legal advice privilege where the protection offered to communications by a third party with a lawyer is limited, it applied to communications of a non-confidential nature between the solicitor and a third party, photocopies of unprivileged original documents as well as to documents which are not a conventional communication such as cheques, invoices, payments, etc.: see *Hodgkinson v. Simms*; R. J. Sharpe, “Claiming Privilege in the Discovery Process” published in *Law in Transition: Evidence, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984*, Toronto: DeBoo, 1984, page 163, at 164-165.

[27] Over time, no doubt under American influence, the rationale of the litigation privilege changed and that privilege asserted itself as a distinct and separate, but truncated, privilege. Speaking of the extension of that privilege, Sopinka, Lederman and Bryant, in *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992, at page 653, wrote:

[25] Plus tôt, aux pages 133 et 134, le juge a rejeté, en la qualifiant d’inutile, toute tentative de distinguer, à l’instar des tribunaux américains, entre le secret professionnel de l’avocat et la «documentation créée en vue d’une instance». Il n’a pas non plus jugé utile de reconnaître une catégorie distincte d’immunité contre la communication. D’ailleurs, dans un article intitulé «Privilege in Experts’ Working Papers» publié dans (1997), 76 *R. du B. can.* 346, J. D. Wilson a conclu, à la page 373, que l’approche [TRADUCTION] «américaine, pour ce qui concerne le privilège des communications liées à l’instance, a fini par entraîner un borbier de litiges et créer un climat à ce point malsain que les clients ne sont plus tout à fait francs avec leur avocat, situation dont on ne voudrait pas au Canada».

[26] Cela ne veut toutefois pas dire, pour ce qui concerne le fond et le contenu, qu’on ne reconnaissait aucune différence entre les deux volets du privilège. L’exemption du mémoire de l’avocat ou de la documentation créée en vue d’une l’instance, tel que susmentionné, était régie par le principe du «*dominant purpose*» [documents préparés principalement à l’occasion] du litige en cours ou prévu. Contrairement au privilège de la consultation en vertu duquel les communications entre une tierce partie et un avocat ne bénéficient que d’une protection limitée, l’exemption s’appliquait aux communications de nature non confidentielle entre l’avocat et une tierce partie, aux photocopies de documents originaux non privilégiés, ainsi qu’aux documents qui ne sont pas des communications au sens conventionnel du terme, notamment les chèques, factures et paiements: voir *Hodgkinson v. Simms*; R. J. Sharpe, «Claiming Privilege in the Discovery Process» publié dans *Law in Transition: Evidence, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984*, Toronto: DeBoo, 1984, page 163, aux pages 164 et 165.

[27] Au fil du temps, sans doute sous l’influence américaine, la justification du privilège des communications liées à un litige a changé: le privilège est devenu un privilège distinct, quoique diminué. En parlant de l’expansion du privilège, Sopinka, Lederman et Bryant ont dit, dans *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992, à la page 653:

Although this extension was spawned out of the traditional solicitor-client privilege, the policy justification for it differed markedly from its progenitor. It had nothing to do with client's freedom to consult privately and openly with their solicitor, rather it was founded upon our adversary system of litigation by which counsel control fact-presentation before the Court and decide for themselves which evidence and by what manner of proof they will adduce facts to establish their claim or defence, without any obligation to make prior disclosure of the material acquired in preparation of the case. Accordingly, it is somewhat of a misnomer to characterize this aspect of privilege under the rubric, (solicitor-client privilege), which has peculiar reference to the professional relationship between the two individuals. [Emphasis added.]

[28] In *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, at paragraphs 23-24, the Ontario Court of Appeal defined the litigation privilege as a practical means of assuring counsel a zone of privacy. In view of the modern trend towards complete discovery in litigation, the Court saw it as the area of privacy left after the current demands of discovery have been met. The privilege, Carthy J.A. said, is not sacrosanct and is not rooted, as is solicitor-client privilege, in the necessity of confidentiality in a relationship. Disagreeing with the majority reasons in *Hodgkinson*, he took a more restrictive view of the privilege in favour of discovery. At paragraph 41, he wrote: "the zone of privacy is thus restricted in aid of the pursuit of early exchange of relevant facts and the fair resolution of disputes". At paragraph 43, he concluded 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". Therefore, in a litigation context, he saw no purpose in withholding information covered by the litigation privilege when the litigation had come to an end and the information was relevant in other proceedings.

[TRADUCTION] Même si l'expansion est née du privilège traditionnel qu'est le secret professionnel de l'avocat, la politique qui justifiait cette expansion était bien différente de celle de son précurseur. Elle n'avait rien à voir avec la liberté d'un client de consulter franchement et en privé son avocat; au contraire, elle était fondée sur notre système contradictoire dans lequel les avocats sont maîtres de la présentation des faits à la Cour et choisissent eux-mêmes les éléments de preuve qui seront produits, ainsi que leur mode de présentation dans le but d'établir leurs arguments ou moyens de défense, sans qu'ils soient obligés de communiquer, avant le procès, la preuve recueillie pendant la préparation de la cause. Par conséquent, c'est une erreur de qualifier cet aspect du privilège de secret professionnel de l'avocat qui vise principalement la relation professionnelle entre les deux personnes. [Non souligné dans l'original.]

[28] Dans *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, aux paragraphes 23 et 24, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que le privilège des communications liées à un litige était un moyen pratique d'assurer aux avocats une certaine zone de confidentialité. Aujourd'hui, on tend de plus en plus à demander la communication complète de la preuve dans un litige et, à cet égard, la Cour a conclu qu'il s'agissait d'une zone de confidentialité qui perdurait lorsque les exigences actuelles en matière de communication préalable avaient été respectées. Le privilège, selon le juge Carthy, J.C.A., n'est pas sacro-saint et ne repose pas, comme le secret professionnel de l'avocat, sur la nécessité de préserver le caractère confidentiel d'une relation. Le juge, en affirmant qu'il rejetait les motifs exprimés par la majorité des juges dans l'arrêt *Hodgkinson*, a adopté un point de vue plus restreint du privilège dans le but de favoriser la communication de la preuve. Il a écrit, au paragraphe 41: [TRADUCTION] «da zone de confidentialité est donc restreinte dans le but de favoriser la communication rapide des faits et le règlement équitable du conflit». Au paragraphe 43, il a conclu: [TRADUCTION] «alors que le privilège du secret professionnel de l'avocat est inattaquable, le privilège des communications liées à un litige n'est qu'une protection contre la partie adverse qui s'éteint à la fin du litige». Ainsi, dans un contexte litigieux, il était inutile, selon lui, de ne pas communiquer les renseignements visés par le privilège des communications liées à un litige alors que le litige était réglé et que les renseignements s'avéraient pertinents dans une autre instance.

[29] Doherty J.A. showed a willingness to go even further. He saw the litigation privilege “as a qualified one which can be overridden where the harm to other societal interests in recognizing the privilege clearly outweighs any benefit to the interest fostered by applying the privilege in the particular circumstances”: *Hodgkinson*, at paragraph 142. Rosenberg J.A. refused to endorse this kind of cost-benefit analysis in assessing the competing interests of privacy and disclosure because the balancing required by this approach would lead to unnecessary uncertainty and a proliferation of pre-trial motions in civil litigation: *Hodgkinson*, at paragraph 168.

[30] The need to distinguish between the two types of privilege and their rationales have also been recognized by the other courts in Canada and this Court in *Samson Indian Nation and Band*: see, for example, *Dupont Canada Inc. v. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] F.C.J. No. 1429 (T.D.) (QL), *per* Hugessen J.; *affd* (2000), 266 N.R. 366 (F.C.A.); *Belgravia Investments Ltd. v. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482 (F.C.T.D.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8 (F.C.T.D.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (F.C.T.D.); *Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36 (T.D.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20 (C.A.); *Chmara v. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326 (C.A.).

[31] I am satisfied that the solicitor-client privilege in section 23 of the Act includes the litigation privilege. It is not necessary for the purpose of this appeal to rule on the issue of the duration of the litigation privilege at the federal level generally or under the federal common law. The issue raised in the cross-appeal relates to the duration of the litigation privilege contained in section 23 of the Act. I now turn to this question.

[29] Le juge Doherty, J.C.A. s’est montré disposé à aller encore plus loin. Il a dit que le privilège des communications liées à un litige [TRADUCTION] «est un privilège relatif auquel on peut déroger si les effets négatifs du privilège sur les autres intérêts de la société l’emportent clairement sur l’effet positif de la reconnaissance du privilège dans les circonstances en cause»: *Hodgkinson*, au paragraphe 142. Le juge Rosenberg, J.C.A. a refusé d’approuver ce type d’analyse fondée sur les avantages et les inconvénients dans l’appréciation des intérêts contradictoires que sont la confidentialité et la divulgation. Il a dit que soupeser ces intérêts entraînerait une incertitude inutile et une pléthore de motions préalables au procès en matière civile: *Hodgkinson*, au paragraphe 168.

[30] La Cour, à l’instar d’autres tribunaux canadiens, a reconnu qu’il fallait distinguer entre les deux types de privilège et leur justification, notamment dans l’affaire *Nation et Bande des Indiens Samson*: voir, par exemple, *Dupont Canada Inc. c. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] A.C.F. n° 1429 (1^{re} inst.) (QL), le juge Hugessen; confirmé à (2000), 266 N.R. 366 (C.A.F.); *Belgravia Investments Ltd. c. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482 (C.F. 1^{re} inst.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8 (C.F. 1^{re} inst.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (C.F. 1^{re} inst.); *Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36 (1^{re} inst.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20 (C.A.); *Chmara c. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326 (C.A.).

[31] Je suis convaincu que le secret professionnel des avocats visé à l’article 23 de la Loi englobe le privilège des communications liées à un litige. Il n’est pas nécessaire, pour les fins du présent appel, de trancher la question de la durée du privilège des communications liées à un litige à l’échelon fédéral d’une manière générale ou en vertu de la common law fédérale. La question soulevée dans l’appel incident est celle de la durée du privilège des communications liées à un litige que prévoit l’article 23 de la Loi. Nous allons maintenant examiner cette question.

The duration of the litigation privilege under the Act

[32] In a recent decision, *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 (C.A.), at paragraph 8 [*Big Canoe*], leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed on May 15, 2003 [[2003] S.C.C.A. No. 31 (QL)], the Ontario Court of Appeal first reasserted its views that, at common law, the protection offered by the litigation privilege ends when the litigation is completed. This case is interesting for two reasons. It deals with a factual situation analogous, if not identical, to ours and it relates to a head of government's refusal to disclose a record subject to a litigation privilege. Like Mr. Blank, the requester was seeking access, but under the Ontario *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, to working papers and documents in a Crown's prosecutor file regarding an incident that had given rise to a prosecution, but that was thereafter the subject of private litigation.

[33] However, the Court then came to the conclusion that there was no temporal limit to the litigation privilege found in section 19 of the Ontario legislation. Section 19 reads:

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

In other words, the statute did not incorporate the limit found at common law.

[34] Counsel for the respondent in the case at bar submits that the litigation privilege in section 23 of the Act is not subject to a temporal limit because the common law, at the time of coming into force in July 1983 of the Act enacted in 1982, included both the litigation and the legal advice privilege under

La durée du privilège des communications liées à un litige en vertu de la Loi

[32] Dans une récente décision, *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 (C.A.), au paragraphe 8 [ci-après *Big Canoe*], autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada rejetée le 15 mai 2003 [[2003] S.C.C.A. n° 31 (QL)], la Cour d'appel de l'Ontario a commencé par affirmer encore une fois que la protection que confère le privilège des communications liées à un litige en common law prend fin lorsque le litige est réglé. Cette affaire est intéressante pour deux raisons. Il s'agit de faits analogues, sinon identiques, aux faits qui nous occupent et d'une situation dans laquelle un responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer un dossier assujéti au privilège des communications liées à une instance. À l'instar de M. Blank, le demandeur sollicitait la communication, quoique en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, de documents, notamment de travail qui se trouvaient dans le dossier du procureur de la Couronne concernant un incident qui avait donné lieu à une poursuite pénale, mais qui, par la suite, avait entraîné une poursuite civile.

[33] Toutefois, la Cour a conclu que le privilège des communications liées à un litige visé à l'article 19 de la loi ontarienne n'était pas limité dans le temps. L'article 19 est ainsi libellé:

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

Autrement dit, la loi ne reprenait pas la limite prévue par la common law.

[34] En l'espèce, l'avocat de l'intimé prétend que le privilège des communications liées à un litige visé à l'article 23 de la Loi n'est pas assujéti à une limite de temps au motif que, lors de l'entrée en vigueur, en juillet 1983, de la Loi édictée en 1982, la common law englobait tant le privilège du secret professionnel de

solicitor-client privilege and the exemption from disclosure was indefinite.

[35] I agree with counsel for the respondent that legal advice and litigation privilege were, at common law, one all-encompassing privilege offering the same protection in terms of duration when the Act came into force. That being said, I share the views, however, of both Carthy and Doherty J.J.A. in *Chrusz*, at paragraphs 28 and 145, that judicial decisions should be driven more by the modern realities of the conduct of litigation and discovery than by historic precedents born in a very different context, and that the law of privilege should be permitted to meet the evolving interests and priorities of the community. It may be that, in the context of civil litigation where disclosure is done in a better search for the truth, the litigation privilege has evolved to a stage where the privilege is quite relative and has a determined life span, although I am far from being convinced that death of the litigation privilege is automatic on the day the litigation comes to an end. As it will become evident when I discuss the status of the litigation privilege under section 23 of the Act, there are valid policy and public interest reasons which, even in civil litigation, could justify protection beyond the conclusion of the litigation. That question is not before us. What is before us is, in a general context not necessarily involving litigation, the disclosure of information that was prepared for or in contemplation of litigation. It is the benefit of the litigation privilege as understood in, and governed by, the Act. The Act pursues objectives that are different from litigation and, in my respectful view, the litigation privilege must be interpreted in a manner consonant with these objectives as well as with the obligations imposed upon and the rights given to governments and governments' officials.

[36] Whether it is for a matter of national security, efficiency, transparency, institutional memory or accountability, the government is required to keep records in the public interest. The Act grants a citizen a right of access to these records, subject to a number of exemptions.

l'avocat que celui de la consultation et que l'exemption avait une durée indéfinie.

[35] L'avocat de l'intimé a raison de dire qu'en common law, le privilège de la consultation juridique et celui des communications liées à un litige n'en faisaient qu'un et que ce privilège offrait la même protection pour ce qui concerne la durée au moment où la Loi est entrée en vigueur. Cela étant, je conviens toutefois, à l'instar des juges Carthy et Doherty, J.C.A. dans l'arrêt *Chrusz*, aux paragraphes 28 et 145, que les décisions judiciaires doivent être fondées sur les principes qui s'appliquent aujourd'hui en matière de litige et de divulgation préalable plutôt que sur les principes du passé qui sont nés dans un contexte fort différent et que le droit, en matière de privilège, devrait tenir compte des intérêts et priorités changeants de la collectivité. Il est possible que, dans le contexte d'un litige civil dans lequel la communication de la preuve a pour objet la recherche de la vérité, le privilège des communications liées à un litige soit devenu un privilège tout à fait relatif qui a une durée déterminée, mais je ne suis pas du tout convaincu que ce privilège prend automatiquement fin le jour où le litige est réglé devant les tribunaux. Comme cela apparaîtra clairement lors de l'examen de la question du statut du privilège des communications liées à un litige en vertu de l'article 23 de la Loi, il existe des motifs valables de politique et d'intérêt public qui, même dans un procès civil, pourraient justifier la protection des renseignements même après la conclusion du litige. La Cour n'est pas saisie de cette question. La question dont la Cour est saisie c'est, dans un contexte général qui ne comporte pas nécessairement un litige, la communication de renseignements qui ont été préparés à l'occasion ou en prévision d'une instance. Il s'agit du bénéfice du privilège des communications liées à un litige au sens de la Loi et selon la Loi. La Loi vise des objectifs qui se distinguent de ceux d'un litige et, avec égards, ce privilège doit être interprété en conformité avec ces objectifs, ainsi qu'avec les obligations et droits des gouvernements et de leurs représentants.

[36] Que ce soit pour des motifs de sécurité nationale, d'efficacité, de transparence, de mémoire ou de responsabilité institutionnelle, le gouvernement est tenu de conserver des dossiers dans l'intérêt public. La Loi confère au citoyen le droit d'avoir accès à ces dossiers, sous réserve de certaines exemptions.

[37] When it comes to disclosure of a record subject to solicitor-client privilege, section 23 of the Act statutorily provides the government with the benefit of that privilege. The section does not create the privilege, but, by statute, gives to heads of government institutions the protection against disclosure afforded by the privilege by giving them, in an Act which promotes and favours disclosure of information, the discretionary power to refuse disclosure of such record. The use of the word “may” instead of “shall” makes the provision a permissive rather than a mandatory exemption. It means, *a contrario*, that the head of a government institution can disclose a record which contains information subject to solicitor-client privilege. I confess that the wording of section 23 now appears to me somewhat strange in view of the actual status of solicitor-client privilege, especially the “legal advice” privilege, which has become a substantive right to non-disclosure “as close to absolute as possible”: see *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*. However, at the time of enacting the provision in 1982, solicitor-client privilege was still more a rule of evidence relating to admissibility than a substantive right against disclosure. The concept of substantive right was still in its period of infancy and the privilege was far from enjoying the absolutism that it does nowadays. In any event, we are concerned here with a challenge to a refusal to disclose pursuant to section 23, not a challenge to a willingness to disclose.

[38] The Motions Judge failed to recognize that section 23 grants a statutory protection which, as drafted in the Act, not only contains no temporal limit, but rules out any notion of an automatic time limit as applied by the judge. As previously mentioned, section 23 statutorily confers upon the head of a government institution what is, and has been termed, a discretionary or permissive exemption: see *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 C.T.C. 45 (F.C.T.D.), *per* Evans J.; *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268 (T.D.), *per* Heald J.; M. Drapeau and M.-A. Racicot, *Federal Access to*

[37] En ce qui concerne la communication d'un dossier assujéti au secret professionnel des avocats, l'article 23 de la Loi confère au gouvernement le bénéfice de ce privilège. L'article ne crée pas le privilège, mais la Loi confère aux responsables des institutions fédérales la protection contre la communication qu'offre le privilège en leur donnant, dans une Loi qui favorise et qui promeut la communication de renseignements, le pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer un tel document. Aux termes de la disposition, le responsable «peut», il ne «doit» pas; il s'agit donc d'une exemption facultative plutôt qu'obligatoire. Cela veut dire, *a contrario*, que le responsable d'une institution fédérale peut divulguer un document qui contient des renseignements assujétis au secret professionnel de l'avocat. Je reconnais que les termes de l'article 23 me semblent maintenant quelque peu étonnants compte tenu de l'état actuel du secret professionnel de l'avocat, surtout le privilège de la consultation juridique qui est devenu un droit fondamental «quasi absolu» à la non-communication: voir *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*. Toutefois, quand la disposition a été édictée en 1982, le secret professionnel de l'avocat était davantage une règle en matière d'admissibilité de la preuve qu'un droit fondamental à la non-communication. La notion de droit fondamental était toute nouvelle et le privilège était loin d'être aussi absolu qu'aujourd'hui. Quoi qu'il en soit, la question qui nous concerne en l'espèce est celle de la contestation du refus de communiquer des renseignements en vertu de l'article 23, plutôt qu'une contestation de la volonté de communiquer.

[38] Le juge des requêtes n'a pas reconnu que l'article 23 confère une protection législative qui, selon les termes de la Loi, est non seulement illimitée dans le temps mais exclut toute limite de temps automatique tel qu'appliquée par le juge. Tel que mentionné plus haut, l'article 23 confère au responsable d'une institution fédérale un droit appelé exemption discrétionnaire ou facultative: voir *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.T.C. 45 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Evans; *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268 (1^{re} inst.), le juge Heald; M. Drapeau et M.-A. Racicot, *Federal Access to*

Information and Privacy Legislation Annotated 2004, Toronto: Carswell, 2003, at pages 637, 642. “The head of a government institution may refuse to disclose”, the provision says. This discretionary exemption is simply incompatible with a conclusion that the litigation privilege automatically ceases to exist with the end of the litigation and, therefore, that the material has to be released. To conclude, as the Motions Judge did, that the material must be released under section 23 because the litigation has ended is to nullify the protection accorded by the discretionary exemption.

[39] For all practical purposes, it either negates the very discretion granted by the provision or it severely restricts it through a rewriting of the provision whereby the discretion lasts only the time of the litigation. I can neither read such words in the existing provision nor find a legislative intent to that effect.

[40] With respect, the Motions Judge failed to properly construe and interpret the Act and section 23 in particular. He ignored the teachings of this Court in *Stevens v. Canada* and *Blank v. Canada*, to the effect that the discretionary decision to disclose is not done according to the common law, but rather “is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions”: see also *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.

[41] There are also policy and public interest considerations which indicate to me that Parliament intended the exemption from disclosure contained in section 23 to be an effective one and one which is governed by the exercise of a legally reviewable discretion rather than sheer automatism. These policy considerations actually guide the exercise of discretion by heads of government institutions.

[42] First, the federal government, although not alone in such a position since large-scale companies and employers may also face the same problem, is not an ordinary litigant. It is composed of numerous boards and agencies which may be the subject of recurrent lawsuits.

Information and Privacy Legislation Annotated 2004, Toronto: Carswell, 2003, aux pages 637 et 642. La disposition précise: «Le responsable d’une institution fédérale peut refuser de communiquer». Cette exemption discrétionnaire est tout simplement incompatible avec la conclusion selon laquelle le privilège des communications liées à un litige cesse automatiquement d’exister à la fin de l’instance et, par conséquent, que les documents doivent être divulgués. Conclure, comme l’a fait le juge des requêtes, que les documents doivent être communiqués en vertu de l’article 23 au motif que le litige a pris fin, a pour effet d’annuler la protection conférée par l’exemption discrétionnaire.

[39] À toutes fins pratiques, la décision nie le pouvoir discrétionnaire conféré par la disposition ou limite considérablement ce pouvoir en réécrivant la disposition de manière à ce que le pouvoir discrétionnaire ne dure que le temps de l’instance. Je ne saurais interpréter de la sorte la disposition existante ni conclure à une quelconque intention semblable de la part du législateur.

[40] Avec égards, le juge des requêtes a mal interprété la Loi, et l’article 23 en particulier. Il n’a pas tenu compte des principes énoncés par la Cour dans les arrêts *Stevens c. Canada* et *Blank c. Canada*, à savoir que la décision discrétionnaire de communiquer n’est pas prise selon la common law mais plutôt «dans le contexte de la Loi accompagnée de ses présuppositions philosophiques»: voir également *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*.

[41] En outre, des questions de politique et d’intérêt public me portent à croire que le législateur voulait que l’exemption de la communication prévue par l’article 23 soit efficace, qu’elle soit assujettie à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire susceptible de révision et qu’elle ne soit pas qu’un simple automatisme. En fait, ces questions de politique guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire par les responsables des institutions fédérales.

[42] Tout d’abord, le gouvernement fédéral, s’il n’est pas seul à faire face à cette situation puisque les sociétés importantes et leurs employés peuvent également se trouver aux prises avec le même problème, n’est néanmoins pas une partie ordinaire. Le gouvernement

Its field of action and intervention is widespread, both nationally and internationally, thereby multiplying the avenues for litigation. This means that a cause of action against one agency can be later reasserted by numerous other litigants against the same agency or other agencies or boards of the government. The government is entitled to develop, in the public interest which, contrary to private companies, it must defend, a legal policy and strategy towards the conduct of these litigations. Automatic and uncontrolled access to the government lawyer's brief, once the first litigation is over, may impede the possibility of effectively adopting and implementing such policy or strategy. It would give opponents or adversaries access to the government agency's mind and legal strategy, the very thing that the litigation privilege is directed at preventing. It would defeat, in subsequent litigation involving the same or substantially the same cause of action, the objective pursued by the litigation privilege.

[43] Indeed, the U.S. Supreme Court in *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983) raised this spectre when it concluded, under the *American Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982), that whether the litigation privilege is absolute or qualified, a protected document cannot be said to be subject to routine disclosure.

[44] In a concurring opinion, supported by Blackmun J., at paragraph 30, Brennan J. wrote:

The Court of Appeals is doubtless correct in its view that the need to protect attorney work product is at its greatest when the litigation with regard to which the work product was prepared is still in progress; but it does not follow that the need for protection disappears once that litigation (and any "related" litigation) is over. The invasion of "[an] attorney's thoughts, heretofore inviolate," and the resulting demoralizing effect on the profession, are as great when the invasion takes place later rather than sooner. More concretely, disclosure of work product connected to prior litigation can cause real harm to the interests of the attorney and his client even after the controversy in the prior litigation is resolved. Many

regroupe plusieurs commissions et organismes qui peuvent faire l'objet de poursuites susceptibles de se répéter. Son champ d'action et d'intervention est très large, tant sur le plan national que sur le plan international, et sa situation multiplie les occasions de litiges. Ainsi, une cause d'action contre un organisme peut par la suite être invoquée par plusieurs autres parties contre le même organisme ou contre d'autres organismes ou commissions du gouvernement. Le gouvernement a le droit d'élaborer, dans l'intérêt public qu'il doit, contrairement aux sociétés privées, défendre, une politique et une stratégie juridiques en matière de litige. L'accès libre et automatique au mémoire de l'avocat du gouvernement, une fois le litige terminé, pourrait entraver l'adoption et la mise en œuvre efficace d'une telle politique ou stratégie. Cela permettrait aux opposants et aux adversaires d'avoir accès à la pensée et à la stratégie juridiques de l'organisme, situation que le privilège des communications liées à un litige a pour objet d'éviter. Cela ferait échec, dans les litiges subséquents concernant la même cause d'action ou une cause d'action très semblable, à l'objet visé par le privilège des communications liées à un litige.

[43] D'ailleurs, la Cour suprême des États-Unis, dans *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983), a soulevé cette possibilité inquiétante quand elle a conclu que, en vertu de la *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982), peu importe que le privilège des communications liées à un litige soit absolu ou relatif, un document privilégié ne peut faire l'objet d'une communication systématique.

[44] Dans une opinion concordante, à laquelle le juge Blackmun a adhéré, le juge Brennan a écrit, au paragraphe 30:

[TRADUCTION] Certes, la Cour d'appel a raison de dire que la nécessité de protéger la documentation créée en vue d'une instance par l'avocat s'impose davantage pendant que l'instance se déroule; cela ne veut pas dire toutefois que le privilège n'est plus utile une fois le litige (ou un litige «lié») terminé. La violation de [TRADUCTION] «la pensée, jusqu'alors inviolable de l'avocat», ainsi que son effet démoralisateur sur la profession sont tout aussi importants, que la violation ait lieu à la fin du processus plutôt qu'au début. Plus concrètement, la communication de la documentation créée en vue d'une instance antérieure peut nuire énormément aux intérêts de l'avocat et de son client même lorsque le différend

Government agencies, for example, deal with hundreds or thousands of essentially similar cases in which they must decide whether and how to conduct enforcement litigation. Few of these cases will be “related” to each other in the sense of involving the same private parties or arising out of the same set of historical facts; yet large classes of them may present recurring, parallel factual settings and identical legal and policy considerations. It would be of substantial benefit to an opposing party (and of corresponding detriment to an agency) if the party could obtain work product generated by the agency in connection with earlier, similar litigation against other persons. He would get the benefit of the agency’s legal and factual research and reasoning, enabling him to litigate “on wits borrowed from the adversary.” Worse yet, he could gain insight into the agency’s general strategic and tactical approach to deciding when suits are brought, how they are conducted, and on what terms they may be settled. Nor is the problem limited to Government agencies. Any litigants who face litigation of a commonly recurring type—liability insurers, manufacturers of consumer products or machinery, large-scale employers, securities brokers, regulated industries, civil rights or civil liberties organizations, and so on—have an acute interest in keeping private the manner in which they conduct and settle their recurring legal disputes. Counsel for such a client would naturally feel some inhibition in creating and retaining written work product that could later be used by an “unrelated” opponent against him and his client. Counsel for less litigious clients as well might have cause for concern in particular cases; fear of even one future “unrelated” but similar suit might instill an undesirable caution, and neither client nor counsel can always be entirely sure what might lie over the horizon. This is precisely the danger of “[inefficiency,] unfairness[,] . . . sharp practices” and demoralization that *Hickman* warned against. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[45] Furthermore, in a case like ours where, for the purpose of a related civil action, access is sought to the Crown brief and file in a criminal prosecution, public interest dictates a measured, prudent and responsible approach to the release of any information from that file or brief. A Crown brief or file may contain a wide variety of documents or information. In *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746 (Div. Ct.), the plaintiff D.P. sued in damages Wagg who had been charged with an alleged sexual assault. The charges were later stayed. In the course of her civil action, she sought production of

qui faisait l’objet du litige est réglé. Par exemple, plusieurs organismes gouvernementaux participent à des centaines, voire à des milliers d’affaires semblables dans lesquelles ils doivent décider s’il y a lieu d’intenter une poursuite pour faire respecter la loi et la manière dont la poursuite sera menée. Un très petit nombre de ces poursuites sont «liées» à d’autres en ce sens qu’il s’agirait des mêmes parties privées ou des mêmes faits historiques; néanmoins, un grand nombre de catégories d’affaires peuvent présenter des situations de fait semblables et répétitives et soulever des questions juridiques et politiques identiques. Il serait fort utile pour une partie adverse (et fort préjudiciable pour l’organisme) d’obtenir les documents préparés par l’organisme en rapport avec une poursuite antérieure semblable contre d’autres personnes. La partie bénéficierait de la recherche factuelle et juridique de l’organisme ce qui lui permettrait de mener l’instance en se servant [TRADUCTION] «des capacités intellectuelles de l’adversaire». Pire encore, elle pourrait avoir un aperçu de la stratégie générale de l’organisme et de l’approche qu’il applique quand il choisit les actions à intenter, la procédure à suivre et les conditions de règlement. En outre, le problème n’est pas limité aux organismes gouvernementaux. Toute partie à un litige de type répétitif, assureurs en responsabilité civile, fabricants de produits de consommation ou de machinerie, grands employeurs, courtiers en valeurs mobilières, industries réglementées, organismes des droits civils ou des libertés civiles notamment ont tout intérêt à cacher la manière dont ils mènent et règlent les litiges qui reviennent fréquemment. L’avocat d’un tel client hésiterait naturellement à créer et à conserver des documents susceptibles d’être utilisés par la suite par une partie adverse étrangère contre lui et contre son client. L’avocat d’un client moins enclin à avoir recours aux litiges pourrait également s’inquiéter dans certaines situations; la crainte d’une seule poursuite future semblable quoique «non liée» pourrait lui inspirer une certaine prudence et il est impossible de prédire l’avenir. Voilà précisément le danger de [TRADUCTION] «[l’inefficacité,] l’injustice[,] . . . de la tromperie» et de la démoralisation contre lesquelles l’arrêt *Hickman* nous prévient.[Non souligné dans l’original; notes omises.]

[45] En outre, dans une affaire comme celle qui nous occupe où, pour les fins d’un procès civil apparenté, on demande la communication du mémoire et du dossier de la Couronne dans une poursuite pénale, il faut, dans l’intérêt public, faire preuve de prudence, de responsabilité et de mesure dans la communication de renseignements tirés de ce dossier ou de ce mémoire. Un mémoire ou un dossier de la Couronne peut contenir une grande variété de documents ou d’information. Dans *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746 (C. div.), la plaignante, D.P., avait intenté une poursuite en

the Crown disclosure brief to the accused. The Ontario Divisional Court rejected both an absolute standard prohibiting disclosure and production, and a blanket rule requiring production of a Crown brief on the simple ground of relevance because such rule fails to take into account other public interest considerations. On the issue of the content of a Crown brief, Blair R.S.J. wrote, at paragraph 23:

The Crown Brief may be comprised of a myriad of documents as varied as the fact situations underlying criminal prosecutions. Just to list some examples, the Brief may contain such documents and information as “will say” summaries of potential witnesses’ testimony, actual statements of witnesses and others, statements of the accused and the complainant, sensitive information about police informants and witnesses, incident reports, statements of police officers, police officers’ notes, photographs, videos, expert reports, wiretap evidence, surveillance reports, DNA orders and records and many other kinds of information. Given the infinitely varied contents of Crown Briefs, the nature of those contents, the requirement to protect the identities of certain witnesses and police informants, the need to guard the privacy and protection concerns of third party sources of information (such as child care agencies, support organizations, medical doctors, psychiatrists, psychologists, etc.), the production and possibly broadened dissemination of Crown Brief materials raises an infinite variety of potential and in many ways unforeseeable problems and considerations that need to be weighed.

[46] Statements found in the Crown file may have been given to the police by witnesses under an understanding of confidentiality. Or a statement may have been obtained in violation of Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] rights and may be inadmissible in the criminal trial: see *Wagg*, at paragraph 67 and ff. where the statement was obtained in violation of the accused’s right to counsel.

dommages-intérêts contre Wagg dont il était allégué qu’il était coupable d’agression sexuelle. Les accusations portées contre ce dernier avaient, par la suite, été suspendues. Pendant la poursuite civile, D.P. a demandé que le mémoire de divulgation de la preuve préparé par le procureur de la Couronne à l’intention de l’accusé lui soit communiqué. La Cour divisionnaire de l’Ontario a rejeté tant une norme absolue interdisant la communication et la production qu’une règle générale exigeant la production d’un mémoire de la Couronne au motif tout simplement de sa pertinence puisque cette règle ne tiendrait pas compte d’autres questions d’intérêt public. Sur la question du contenu d’un mémoire de la Couronne, le juge Blair, J.P.R., a écrit, au paragraphe 23:

[TRADUCTION] Le mémoire de la Couronne peut contenir une myriade de documents tout aussi diversifiés que les situations de fait qui se présentent en matière pénale. Le mémoire peut contenir, par exemple, divers documents et renseignements tels que des résumés de témoignages anticipés, des exposés de fait, notamment des témoins potentiels, des déclarations de l’accusé et du plaignant, des renseignements confidentiels concernant les informateurs de police et les témoins, des rapport d’incidents, des déclarations et les notes d’agents de police, des photographies, vidéos, rapports d’experts, des preuves d’écoute électronique, rapports de surveillance, ordonnances en vue de l’obtention de l’ADN, ordonnances et dossiers ainsi que bien d’autres types de renseignements. À cause du contenu très divers des mémoires de la Couronne, de sa nature, de la nécessité de protéger l’identité de certains témoins et informateurs de police, de l’obligation de tenir compte des préoccupations en matière de protection de la vie privée et des renseignements provenant de tierces parties (notamment les organismes d’aide à l’enfance, organismes d’aide, médecins, psychiatres, psychologues), la communication et la dissémination possible des documents provenant de mémoires de la Couronne soulèvent nombre de problèmes et de questions éventuels et imprévisibles qu’il faut prendre en compte.

[46] Les témoins qui ont fait les déclarations qui se trouvent dans le dossier de la Couronne ont peut-être exigé qu’elles demeurent confidentielles. Ou encore, une déclaration a peut-être été obtenue en violation de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ce qui la rendrait inadmissible dans un procès pénal: voir *Wagg*, aux paragraphes 67 et suivants dans lequel la déclaration

[47] Public safety, the privacy interests of victims or witnesses, protection of sources and police informants, protection of Charter rights and freedoms, protection of the integrity of the administration of the criminal justice system are all values to be assessed in determining whether documents in the Crown file could be released for collateral use in other proceedings: see the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*, Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1993, at pages 180-181 where the Committee refers to examples where disclosure of the Crown brief in a case of alleged sexual assault resulted in the statement of a child complainant being circulated at the complainant's school, and disclosure of statements of potential Crown witnesses in penitentiary investigations ended up posted on bulletin boards to be perused by the general inmate population.

[48] In *Big Canoe*, which, it bears repeating, involved an access to information request, the Ontario Court of Appeal recognized that there are situations where the interests of public knowledge and access to information are overbalanced by other concerns. In that case, it expressed its fear that opening prosecution files could potentially enable criminals to educate themselves on police and prosecution tactics as well as have a chilling effect on the witnesses' willingness to cooperate or on the police's frankness with prosecutors: see paragraph 14 of the decision.

[49] In *Wagg*, the Divisional Court, at paragraph 36, advocated the "need for a screening mechanism to ensure that the public interest in maintaining the integrity of the criminal investigatory and prosecutorial system is protected before production of the contents of the Crown Brief is effected". The discretion conferred, in section 23 of the Act, upon the head of a government institution can be easily understood when one bears in mind all these

avait été obtenue en violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat.

[47] La sécurité publique, les intérêts des victimes et des témoins en matière de protection de la vie privée, la protection des sources et des informateurs de la police, des droits et libertés garantis par la Charte et de l'intégrité de l'administration du système de justice pénale sont autant de valeurs qu'il faut évaluer en décidant si les documents qui se trouvent dans le dossier de la Couronne doivent être communiqués à d'autres fins, dans une autre instance: voir le *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*, Toronto: Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1993, aux pages 180 et 181, rapport dans lequel le Comité mentionne des exemples de communication du mémoire de la Couronne: dans une affaire d'allégation d'agression sexuelle, la déclaration de l'enfant plaignant qui avait été communiquée a été distribuée dans son établissement scolaire; les déclarations de témoins potentiels de la Couronne dans des enquêtes pénitentiaires qui avaient été divulguées ont été affichées au babillard de l'établissement pénitentiaire de sorte que toute la population carcérale pouvait les lire.

[48] Dans l'affaire *Big Canoe*, qui, rappelons-le, portait sur une demande d'accès à l'information, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que, dans certaines situations, d'autres préoccupations l'emportent sur des questions de connaissance du public et d'accès à l'information. Dans cette affaire, la Cour a dit qu'elle craignait que si les dossiers de la poursuite étaient accessibles, les criminels pourraient se renseigner sur les tactiques policières et des poursuivants, les témoins pourraient hésiter à collaborer et les agents de police pourraient parler moins ouvertement aux poursuivants: voir le paragraphe 14 de la décision.

[49] Dans *Wagg*, la Cour divisionnaire, au paragraphe 36, a défendu la [TRADUCTION] «nécessité d'un mécanisme d'examen pour assurer que l'intérêt public, qui consiste à maintenir l'intégrité du système d'enquête criminelle et de poursuite, est protégé avant que soit communiqué le contenu du mémoire de la Couronne». Le pouvoir discrétionnaire que confère l'article 23 de la Loi au responsable d'une institution fédérale se comprend

policy considerations and competing values that the government has to take into account, in the public interest, when assessing whether the information in a Crown brief can be released. The exercise of that discretion operates under the Act as a necessary screening mechanism subject to judicial review.

[50] In conclusion, I am of the view that the protection given by the litigation privilege, in section 23 of the Act, is neither necessarily perpetual nor necessarily non-existent once the litigation in respect of which the privilege has been invoked has come to an end. There will be some instances where the protection will be perpetual and there will be others where the release of the information sought will be necessary to achieve justice in a subsequent proceeding. There is no routine disclosure under section 23 of the Act. Disclosure is discretionary. The release or withholding of the record or information will depend on the facts and circumstances of each case. The head of a government institution must exercise his or her discretion properly and according to law. The exercise of that discretion, as is often the case, will involve a balancing of the competing interests in issue and a screening of the information or record accordingly. The role of this Court in reviewing the exercise of discretion by heads of government institutions is not to second guess them and to substitute its views for theirs. It is “merely to review on administrative law grounds the legality of the exercise of that discretion by the Minister, in light of the overall purpose of the statute and the particular exemption”: see *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245 (T.D.), at paragraph 19.

[51] Since writing my reasons, I have had the benefit of reading those of my colleague Pelletier J.A. I would like to make a short comment on two issues that they contain: his distinguishing the decision of the Ontario Court of Appeal in the *Big Canoe* case and his argument based on the difference in the wording of section 23 of

bien si on songe à toutes ces questions de politique et de valeurs contradictoires dont le gouvernement doit tenir compte, dans l'intérêt public, en décidant si les renseignements contenus dans un mémoire de la Couronne peuvent être communiqués. Ce pouvoir discrétionnaire s'exerce en vertu de la Loi comme mécanisme d'examen nécessaire qui est susceptible de révision judiciaire.

[50] En conclusion, je suis d'avis que la protection que confère le privilège des communications liées à un litige, à l'article 23 de la Loi, n'est ni nécessairement perpétuelle ni nécessairement inexistante lorsque l'instance à l'égard de laquelle le privilège a été invoqué, prend fin. Dans certaines instances, la protection sera perpétuelle et dans d'autres, la communication des renseignements demandés sera nécessaire pour les fins de la justice dans une instance subséquente. L'article 23 ne permet aucune divulgation automatique. Il s'agit d'une décision discrétionnaire. La communication du dossier ou des renseignements aura lieu selon les faits et les circonstances propres à chaque affaire. Le responsable d'une institution fédérale doit exercer correctement son pouvoir discrétionnaire, en conformité avec la loi. Dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, comme c'est souvent le cas, il faut tenir compte des intérêts contradictoires en cause et effectuer l'examen des renseignements ou du dossier en conséquence. Le rôle de la Cour en matière de révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les responsables d'institutions fédérales n'est pas de deviner leurs intentions ni de remplacer leurs opinions par les siennes. Le rôle de la Cour consiste uniquement à «déterminer en fonction des principes de droit administratif la légalité de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire par le ministre, à la lumière de l'objet général de la loi et de l'exception particulière»: voir *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1^{re} inst.), au paragraphe 19.

[51] Depuis la rédaction des présents motifs, j'ai eu l'occasion de lire l'opinion de mon collègue, le juge Pelletier, J.C.A. J'aimerais m'exprimer brièvement sur deux questions soulevées: le juge Pelletier, J.C.A. fait une distinction entre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Big Canoe* et la présente affaire et son

the Act and section 19 of the Ontario access to information legislation.

[52] In coming to his conclusion on the application of section 23 of the Act, my colleague draws comfort from the different wording of section 19 of the Ontario access legislation and on that basis, erroneously in my view, distinguishes the position taken by the Ontario Court of Appeal in *Big Canoe*, where, it should be recalled, that Court found that there was no temporal limit in section 19 of the Ontario legislation. Perhaps the easiest and clearest answer to my colleague's conclusion based on the different wording of the two provisions can be found in this simple reality.

[53] Section 23 of the Act intends to protect from disclosure some records. It has to identify what these records are. There are at least two ways of doing it. One, and this is the approach taken by section 23 in 1982, is to refer generally to information subject to solicitor-client privilege without giving any specifics as to the content of the generic words (solicitor-client) used. The other, which is the approach taken by section 19 of the Ontario access to information legislation, proceeds to describe the very content of the privilege. These two approaches are merely two different ways of describing the same reality, to wit, the two legislations protect information subject to litigation privilege. What is information subject to litigation privilege? It is information that was prepared for or in contemplation of a litigation. Thus, in applying section 23 of the Act, the question to be asked is: was the information prepared for or in contemplation of a litigation? If the answer is yes, that information is subject to the litigation privilege subsumed in the words "solicitor-client privilege" and the head of a government institution may refuse to disclose it.

[54] My colleague seems to believe that the records protected by section 19 of the Ontario legislation, which

argument est fondé sur la différence entre les termes de l'article 23 de la Loi et ceux de l'article 19 de la loi ontarienne sur l'accès à l'information.

[52] En tirant sa conclusion sur l'application de l'article 23 de la Loi, mon collègue s'appuie sur le fait que l'article 19 de la loi ontarienne sur l'accès de l'information contient des termes différents et c'est pour cette raison, à tort selon moi, qu'il fait une distinction avec la position prise par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Big Canoe*, affaire dans laquelle, il faut le rappeler, la Cour a conclu que l'article 19 de la loi ontarienne ne prévoyait aucune limite de temps. Il se peut que la réponse la plus facile et la plus claire à la conclusion de mon collègue, laquelle est fondée sur les termes différents des deux dispositions, se trouve tout simplement dans les faits.

[53] L'article 23 de la Loi a pour objet de protéger certains documents contre leur divulgation. La Loi doit préciser ces documents. Cette précision peut se faire de deux manières. Premièrement, et c'est l'approche adoptée par l'article 23 en 1982, il s'agit de tous les documents qui contiennent des renseignements assujettis au secret professionnel entre l'avocat et son client sans que soit précisé le sens des termes (avocat-client). L'autre approche, qui est celle adoptée par l'article 19 de la loi de l'Ontario sur l'accès à l'information, consiste à décrire le contenu même du privilège. Ces deux approches ne sont que deux manières différentes de décrire une même réalité. C'est-à-dire que les deux lois protègent les renseignements assujettis au privilège des communications liées à une instance. Quels sont les renseignements assujettis au privilège des communications liées à une instance? Ce sont les renseignements préparés à l'occasion ou en prévision d'une instance. Ainsi, en appliquant l'article 23 de la Loi, il faut se demander si les renseignements avaient été préparés en prévision ou à l'occasion d'une instance. Le cas échéant, ces renseignements sont assujettis au privilège des communications liées à une instance qui fait partie du «secret professionnel de l'avocat» et le responsable d'une institution fédérale peut refuser de les communiquer.

[54] Mon collègue semble croire que les documents protégés par l'article 19 de la loi ontarienne qui, en fait,

in fact correspond to records subject to litigation privilege, are not privileged records, but records that were prepared in circumstances which would give rise to a claim of privilege. That is why, in his view, there is no temporal limitation in section 19 of the Ontario legislation.

[55] With due respect, I think this is a distinction without a foundation because, in order to determine whether a record falls into the category of privileged records, one must look at the nature of the information contained in these records and the circumstances under which it was obtained or prepared: was it a communication? was it a communication in confidence to lawyer? was the material related to an existing litigation? was it prepared in contemplation of that litigation? etc.

[56] Finally, and I do not want to repeat myself, but the position taken by my colleague leads to disturbing results not only that Parliament did not wish, but that Parliament precisely wanted to avoid by enacting section 23 of the Act. The Ontario Court of Appeal has already expressed its concerns in the *Big Canoe* case about criminals accessing the Crown's file and refused such access. The same concern certainly exists with federal prosecutions relating to serious crimes such as the international trafficking in drugs and conspiracy to import such drugs. If release is automatic upon termination of the prosecution, anybody can access the Crown's file and the information therein that is subject to litigation privilege, that is to say, information that was prepared for or in contemplation of that prosecution.

[57] Furthermore, the access to information route will become the way to circumvent in civil litigation any restriction on disclosure imposed by civil rules of procedure which are not uniform across Canada. A would-be litigant simply needs to delay his lawsuit until he has obtained, through access to information, the lawyer's brief and the litigation strategy developed by the federal government or authorities in the public or

sont les documents assujettis au privilège des communications liées à une instance, ne sont pas des documents privilégiés, mais des documents qui ont été préparés dans des circonstances susceptibles de donner lieu à un privilège. C'est pourquoi, à son avis, l'article 19 de la loi ontarienne ne prévoit aucune limite temporelle.

[55] Avec égards, j'estime que cette distinction n'est pas fondée puisque, pour déterminer si un document est privilégié, il faut examiner la nature des renseignements qui s'y trouvent et les circonstances dans lesquelles ils ont été obtenus ou préparés. Il faut se demander notamment s'il s'agissait d'une communication, si cette communication avait été faite en confidence à l'avocat, si les documents étaient liés à une instance en cours ou avaient été préparés en prévision d'une instance.

[56] Enfin, et je ne veux pas me répéter, mais la position adoptée par mon collègue entraîne des résultats inquiétants non seulement que le législateur n'a pas souhaités mais encore que le législateur voulait éviter en adoptant l'article 23 de la Loi. La Cour d'appel de l'Ontario a déjà exprimé ses préoccupations dans l'affaire *Big Canoe* concernant l'accès, par les délinquants, au dossier de la Couronne et le refus de leur accorder cet accès. La même préoccupation existe très certainement dans les poursuites fédérales concernant des crimes graves, notamment le trafic international de stupéfiants et le complot en vue de l'importation de ces stupéfiants. Si la communication est automatique à la fin de la poursuite, tout un chacun pourra obtenir le dossier de la Couronne et les renseignements qui s'y trouvent qui sont assujettis au privilège des communications liées à une instance, c'est-à-dire des renseignements qui ont été préparés pour les fins de la poursuite.

[57] En outre, la voie de l'accès à l'information sera celle qui permettra de se soustraire, dans une poursuite civile, à tout empêchement à la communication qu'imposent les règles de la procédure civile et qui ne sont pas les mêmes partout au Canada. Une partie à un litige éventuel n'aurait qu'à repousser sa poursuite jusqu'à l'obtention, par le truchement de l'accès à l'information, du mémoire de l'avocat, ainsi que la

national interest.

[58] In the end, section 23 of the Act is severely undermined and amputated by the approach taken by my colleague with respect to information subject to litigation privilege, all of this without due regard to the true spirit, intent and meaning of the provision and of the Act. It also entails a misapprehension of the findings of this Court in *Stevens* and *Blank*. At the time of enacting section 23, the legislative intent was to exempt from disclosure records containing information subject to solicitor-client privilege. As I have already mentioned, litigation privilege was subsumed into solicitor-client privilege. I am leaving aside the issue of the legal advice privilege, except to say that the legislative intent was to protect from disclosure information which acquired the status of privilege. The legislative intent under the Act was to leave the initial determination of the privilege nature of the information to the common law, but, once the determination is made that the information is privileged, to leave the issue of its release to the terms of the Act as contained in section 23. The release under the Act was not to be governed by the common law as my colleague, in fact, does here.

Whether the cross-appeal should be allowed and the refusal to disclose the Crown brief and file maintained

[59] For the reasons that I have given, I would allow the cross-appeal and rule that the Motions Judge erred when he concluded that the protection afforded by the litigation privilege in section 23 of the Act automatically ceased to exist when the litigation to which the record relates expired. I would also rule that he erred when he ordered that, as a consequence of the litigation coming to an end, the records be released. Therefore, I would set aside the part of his decision which so orders.

stratégie en matière de litige adoptée par le gouvernement ou les autorités fédérales dans l'intérêt du public ou dans l'intérêt national.

[58] En fin de compte, l'article 23 de la Loi est grandement affaibli et amputé par l'approche adoptée par mon collègue pour ce qui concerne les renseignements assujettis au privilège des communications liées à une instance. Son approche ne tient pas dûment compte de l'esprit, de l'intention et du sens véritables de la disposition et de la Loi. Il s'agit également d'une appréciation erronée des conclusions de la Cour dans *Stevens* et *Blank*. Lors de la promulgation de l'article 23, le législateur avait l'intention d'exempter de la communication les documents contenant des renseignements assujettis au secret professionnel de l'avocat. Comme je l'ai déjà mentionné, le privilège des communications liées à une instance faisait partie du secret professionnel de l'avocat. Je ne mentionnerai pas la question du privilège des consultations juridiques sauf pour dire que le législateur voulait protéger contre leur divulgation, les renseignements privilégiés. Le législateur voulait, au moyen de la Loi, que la common law s'applique pour décider si un renseignement était privilégié, mais qu'une fois la décision prise, que la communication du renseignement soit décidée conformément à l'article 23 de la Loi. La communication de renseignements en vertu de la Loi ne devait pas être régie par la common law comme le voudrait mon collègue dans ses motifs.

L'opportunité d'accueillir l'appel incident et de maintenir le refus de communiquer le mémoire et le dossier de la Couronne

[59] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel incident et je déciderais que le juge des requêtes a commis une erreur quand il a conclu que la protection que confère le privilège des communications liées à une instance selon l'article 23 de la Loi cesse automatiquement d'exister quand le litige auquel le dossier se rapporte prend fin. Je déciderais également qu'il a commis une erreur quand il a ordonné que, parce que le litige avait pris fin, les documents devaient être communiqués. Par conséquent, j'annulerais la partie de la décision qui contient l'ordonnance.

[60] This conclusion leaves open three related issues that I now have to address:

(a) whether the Office properly exercised its discretion to refuse disclosure;

(b) whether the Motions Judge erred in not setting aside the privilege on account of criminal behaviour by the Crown; and

(c) whether the records subject to the privilege can be severed pursuant to section 25 of the Act.

(a) Whether the Office properly exercised its discretion to refuse disclosure

[61] As previously mentioned, Mr. Blank took the position throughout these proceedings that access to the privileged records existed as of right when the litigation expired. Counsel for the respondent took a diametrically opposite view: an absolute and indefinite prohibition against disclosure of these records. The parties engaged the debate on disclosure on an all-or-nothing basis. I can find in the Motions Judge's decision, who espoused Mr. Blank's position, no discussion or analysis about an exercise of discretion by the Office, let alone a proper or an improper one. No evidence was adduced on that issue, except that we know that the Commissioner reviewed the records and the claim for exemption and, as a result of his intervention, additional disclosure occurred.

[62] The Office claimed the discretionary exemption provided by section 23 and evidently exercised its discretion not to disclose. However, we do not know, although we can suspect, what factors, policy or public interest considerations it took into consideration in coming to its decision to refuse disclosure. In the actual state of the record before us as a result of the stand taken by the parties and the Motions Judge, I am simply not in a position to determine whether the discretion was properly exercised or not. I cannot and will not go beyond what the parties have asked us to decide on the

[60] Cette conclusion laisse en suspens trois questions afférentes qu'il faut maintenant trancher; il s'agit de savoir:

a) si le Bureau a exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire pour refuser la communication;

b) si le juge des requêtes a commis une erreur en n'annulant pas le privilège à cause du comportement criminel de la Couronne;

c) si une partie des documents privilégiés peut être divulguée en vertu de l'article 25 de la Loi.

a) L'exercice régulier, par le Bureau, de son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication

[61] Comme je l'ai déjà mentionné, M. Blank a affirmé, pendant toute la procédure, que l'accès aux documents privilégiés était un droit lorsque le litige prenait fin. L'avocat de l'intimé a adopté un point de vue tout à fait contraire: la communication de ces documents est interdite d'une manière absolue et indéfinie. Les parties se sont engagées dans un débat sur la divulgation en termes de tout ou rien. Dans la décision du juge des requêtes qui a fait sienne la position de M. Blank, je n'ai trouvé ni discussion ni analyse concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le Bureau, et encore moins une analyse ou une discussion régulière ou irrégulière. Aucune preuve n'a été produite sur cette question, mais il est entendu que le Commissaire a examiné les documents et la demande d'exemption et que, par suite de son intervention, d'autres documents ont été communiqués.

[62] Le Bureau a invoqué l'exemption discrétionnaire prévue à l'article 23 et, bien entendu, il a exercé ce pouvoir afin de ne pas communiquer les documents. Toutefois, nous ne savons pas, même si nous le soupçonnons, quels sont les facteurs, questions de politique ou d'intérêt public dont il a tenu compte en décidant de ne pas divulguer. Compte tenu de l'état actuel du dossier dont nous sommes saisis par suite de la position prise par les parties et par le juge des requêtes, je ne suis tout simplement pas en mesure de décider si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé. Je ne

basis that they have elected to plead and defend.

(b) Whether the Motions Judge erred in not setting aside the privilege on account of criminal behaviour by the Crown

[63] The Motions Judge reviewed the material before him and concluded that there was on these records no evidence of the criminal activity alleged by Mr. Blank against the Government of Canada officials and counsel acting on their behalf, i.e. obstruction, perjury, extortion, conspiracy, fraud or trespass. In other proceedings before the Manitoba courts, the Manitoba Queen's Bench found no evidence of the alleged fraud: see *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671, at paragraph 32.

[64] No serious evidentiary basis has been provided to us in support of the allegations of fraud and criminal activity on the part of the Government of Canada or its officials or lawyers. Therefore, there was for the Motions Judge, and there is for us, no need to review the documents subject to the privilege. However, since the Motions Judge has reviewed them and made a conclusion which is under attack, we have reviewed the records and we are satisfied that he has reached the right conclusion.

(c) Whether the records subject to the privilege can be severed pursuant to section 25 of the Act

[65] Section 25 of the Act provides for the disclosure of any part of a record which can reasonably be severed from those parts of the records which contain information or material exempt from disclosure. It reads:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material. [Emphasis added.]

saurais en aucun cas déborder des questions que les parties nous ont demandé de trancher compte tenu des arguments qu'elles ont choisi de plaider et de défendre.

b) La possibilité que le juge des requêtes ait commis une erreur en n'annulant pas le privilège à cause du comportement criminel de la Couronne

[63] Le juge des requêtes a examiné les documents en cause et il a conclu qu'il n'y avait, dans ces documents, aucune preuve d'activité criminelle de la part des fonctionnaires du gouvernement du Canada et des avocats agissant en leur nom comme l'alléguait M. Blank, activité criminelle qui comportait l'entrave à la justice, le parjure, l'extorsion, le complot, la fraude ou l'intrusion illicite. Dans d'autres instances devant les tribunaux du Manitoba, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba n'a trouvé aucune preuve de la fraude alléguée: voir *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671, au paragraphe 32.

[64] Nous n'avons été saisis d'aucun fondement probatoire à l'appui des allégations de fraude et d'activité criminelle de la part du gouvernement du Canada, de ses fonctionnaires ou procureurs. Par conséquent, le juge des requêtes et la Cour n'ont pas à examiner les documents privilégiés. Toutefois, puisque le juge des requêtes les a examinés et qu'il en a tiré la conclusion qui fait l'objet de l'appel, nous avons examiné les documents et nous sommes convaincus que sa conclusion était valable.

c) La possibilité de divulguer une partie des documents privilégiés conformément à l'article 25 de la Loi

[65] L'article 25 de la Loi prévoit la communication d'une partie d'un document qui peut être prélevée des parties du dossier qui contiennent des renseignements ou documents exemptés de la divulgation. Il est ainsi libellé:

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. [Non souligné dans l'original.]

[66] An earlier contention of the respondent that a record that is subject to solicitor-client privilege is not subject to the severance provision in section 25 has been unequivocally rejected by this Court in *Blank v. Canada (Minister of the Environment)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (F.C.A.), at paragraph 13: see also *College of Physicians of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279 (B.C.C.A.), at paragraphs 65-68. The words “[n]otwithstanding any other provision of this Act” employed in section 25 make it a paramount section: see *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at page 271. Therefore, general identifying information such as the description of the document, the name, title and address of the person to whom the communication was directed, the closing words of the communication and the signature block can be severed and disclosed. As this Court pointed out in *Blank*, at paragraph 23, this kind of information enables the requester “to know that a communication occurred between certain persons at a certain time on a certain subject, but no more”.

[67] Counsel for the respondent submits that his client has abided by these principles in this case and that the records in question have properly been severed. The appellant’s argument appears to have been raised for the first time before us on appeal. If it was raised before the Motions Judge, he never dealt with it. We have no way of knowing whether severance has been effected and, if so, whether it has been effected properly. Therefore, I would send the matter back to the Federal Court for a review of the records with a view to ascertaining whether the mandatory requirements of section 25 of the Act have been complied with.

[68] I have now to consider the appellant’s submissions regarding the other exemptions claimed by the respondent.

Analysis of the other exemptions claimed

(a) In-confidence information exemption pursuant to paragraph 13(1)(c) of the Act

[69] Paragraph 13(1)(c) creates a mandatory exemption when the information was received in

[66] La Cour a rejeté l’argument présenté plus tôt par l’intimé selon lequel un dossier assujéti au secret professionnel n’est pas assujéti à la disposition sur la divisibilité de l’article 25 dans *Blank c. Canada (Ministre de l’Environnement)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (C.A.F.), au paragraphe 13: voir également *College of Physicians of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279 (C.A. C.-B.), aux paragraphes 65 à 68. Les termes: «nonobstant les autres dispositions de la présente loi» de l’article 25 en font une disposition prépondérante: voir *Rubin c. Canada (Société canadienne d’hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la page 271. Par conséquent, des renseignements généraux de nature descriptive, notamment la description du document, le nom, le titre et l’adresse de la personne visée par la communication, les conclusions de la communication et la signature peuvent être prélevés et communiqués. Cette Cour a répondu, dans *Blank*, au paragraphe 23, que ce type de renseignement permettait au demandeur «de savoir qu’il y a eu une communication entre certaines personnes à une certaine date sur un certain sujet, mais rien de plus».

[67] L’avocat de l’intimé prétend que son client a respecté ces principes en l’espèce et que des parties des documents en cause ont été régulièrement prélevées. Il semble que l’appelant soulève pour la première fois cet argument dans le présent appel. Si l’argument a été soulevé devant le juge des requêtes, ce dernier n’en a jamais tenu compte. Il est impossible de savoir si certaines parties ont été prélevées et, le cas échéant, si le prélèvement a été fait correctement. Par conséquent, je renverrais la question devant la Cour fédérale pour un examen des documents afin de déterminer si les exigences obligatoires de l’article 25 de la Loi ont été respectées.

[68] Il me reste maintenant à examiner les observations de l’appelant concernant les autres exemptions invoquées par l’intimé.

Analyse des autres exemptions invoquées

a) Exemption relative à des renseignements obtenus à titre confidentiel selon l’alinéa 13(1)c) de la Loi

[69] L’alinéa 13(1)c) crée une exemption obligatoire lorsque les renseignements ont été reçus à titre

confidence from a government or government institution. Disclosure is, however, possible when the organization from which the information was obtained consents to disclosure. In issue here is information received in confidence from the Winnipeg Police Services. The record before us undoubtedly reveals that they have refused to consent to a release of the material that they have provided. The exemption was properly claimed and applied.

(b) Personal information exemption pursuant to section 19 of the Act

[70] The exemption contained in section 19 is also a mandatory exemption designed to protect and prevent the release of personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21]. We have reviewed the material for which the exemption was claimed. It consists of names, personal addresses and phone numbers of the persons therein mentioned. The exemption was justified and correctly applied.

(c) Advice exemption pursuant to section 21 of the Act

[71] Section 21 is a discretionary exemption which protects, under paragraph 21(1)(a), advice and recommendations developed by or for a government institution. Paragraph 21(1)(b) authorizes a refusal to disclose accounts of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution. These two categories of exemptions were claimed by the respondent.

[72] This Court found in *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421 (C.A.), at paragraphs 49-52, that the provision intended to favour the free and frank flow of communications between government departments in order to enable the government to discharge its essential functions. The word “advice” has a broader meaning than recommendation: *3430901 Canada Inc.*, at paragraph 50. Treasury Board Guidelines refer to the exemption as one designed to protect the internal decision-making process of government: see Drapeau and Racicot,

confidentiel d’un gouvernement ou d’une institution fédérale. Toutefois, la communication est possible lorsque l’organisme dont les renseignements ont été obtenus consent à leur divulgation. En l’espèce, il s’agit de renseignements reçus à titre confidentiel des services de police de Winnipeg. Il est clair que les documents dont nous sommes saisis révèlent que les services de police n’ont pas consenti à ce que les documents qu’ils ont fournis soient communiqués. L’exemption a été régulièrement demandée et appliquée.

b) Exemption relative aux renseignements personnels conformément à l’article 19 de la Loi

[70] L’exemption visée à l’article 19 est également obligatoire et elle a pour objet de protéger et d’empêcher la communication de renseignements personnels au sens de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21]. Nous avons examiné les documents visés par l’exemption. Il s’agit de noms, d’adresses personnelles et de numéros de téléphone des personnes mentionnées. L’exemption était justifiée et elle a été régulièrement appliquée.

c) Exemption relative à l’article 21 de la Loi

[71] L’article 21 est une exemption discrétionnaire qui protège, à l’alinéa 21(1)a), les avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale. L’alinéa 21(1)b) autorise le refus de communiquer les comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d’une institution fédérale. L’intimé a réclamé ces deux catégories d’exemptions.

[72] La Cour a conclu dans *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l’Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421 (C.A.), aux paragraphes 49 à 52, que la disposition avait pour objet de favoriser la communication libre et franche entre les ministères fédéraux de manière à ce que le gouvernement puisse s’acquitter de ses fonctions essentielles. Le terme «avis» a un sens plus large que le terme «recommandation»: *3430901 Canada Inc.*, au paragraphe 50. Selon les lignes directrices du Conseil du trésor, l’exemption a pour objet de protéger le processus interne de prise de décision du gouvernement: voir

Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004, at page 623.

[73] We reviewed the material for which this exemption was claimed. We are satisfied, as the Motions Judge and the Commissioner were, that the exemption was applied correctly.

[74] This brings me to the last point of this appeal, i.e. the scope of the review power of the Court under section 46 of the Act.

The scope of the review power of the Court under section 46 of the Act

[75] It is not disputed that section 46 of the Act gives this Court the power to review documents that are in evidence before it, subject, of course, to Cabinet documents exempted by section 69: see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)* (2000), 187 D.L.R. 127 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (2000), 266 N.R. 198. The section reads:

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds. [Emphasis added.]

[76] However, Mr. Blank wants this Court to examine documents that, the record indicates, were either incorporated by reference into the existing records or were attached to documents in these records, but are no longer there. An earlier request of the appellant to the same effect, based on an assumption that the minister's files were somehow incomplete, has been rejected because there was no factual foundation for it: see *Blank*, at paragraphs 7-8. The Commissioner had investigated the matter and concluded that all the records had been identified and either disclosed or withheld on the basis of an exemption. This would be sufficient to dispose of demand.

Drapeau et Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004*, à la page 623.

[73] Nous avons examiné les documents visés par la demande d'exemption. Nous sommes convaincus, à l'instar du juge des requêtes et du Commissaire, que l'exemption a été correctement appliquée.

[74] Cela m'amène au dernier point de l'appel, à savoir la portée du pouvoir de révision de la Cour en vertu de l'article 46 de la Loi.

La portée du pouvoir de révision de la Cour en vertu de l'article 46 de la Loi

[75] Il est reconnu que l'article 46 de la Loi confère à la Cour le pouvoir de réviser les documents présentés en preuve sous réserve, bien entendu, des documents du Cabinet qui sont exemptés en vertu de l'article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3]: voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. 127 (C.A.F.), autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada refusée (2000), 266 N.R. 198. L'article est ainsi libellé:

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé. [Non souligné dans l'original.]

[76] Toutefois, M. Blank souhaite que la Cour examine des documents qui, selon le dossier, ont soit été incorporés par renvoi aux dossiers existants soit annexés à des documents versés à ces dossiers, mais qui ne s'y trouvent plus. Une demande antérieure à cet effet fondée sur l'hypothèse que les dossiers du ministre étaient en quelque sorte incomplets a été rejetée pour absence de fondement factuel: voir *Blank*, aux paragraphes 7 et 8. Le Commissaire avait fait enquête sur la question et il avait conclu que tous les documents avaient été repérés et qu'ils avaient été communiqués ou exemptés de la communication. Cela était suffisant pour trancher la demande.

[77] However, I would like to re-emphasize that Mr. Blank's right is a right of access to the records as they exist in the hands of the head of a government institution. What he is asking this Court and, previously the Motions Judge, to do, is in fact to assert a power to order the reconstitution of these records. In the absence of evidence that would give this Court reasonable grounds to believe that the integrity of the records has been tampered with, this Court's power to review is limited to a review of the records that are in evidence before it. No evidence of tampering has been adduced and the Motions Judge was right to limit his review to the material that was in evidence before him.

Conclusion

[78] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs, save for the issue relating to severance of the records pursuant to section 25 of the Act where I would refer the matter back to the Federal Court for a review of the records to ensure that the mandatory requirements of section 25 of the Act have been complied with.

[79] I would allow the cross-appeal without costs. As admitted by the respondent, the issue of the duration of the litigation privilege under the Act, raised by the cross-appeal, concerned only a few pages and had a limited impact in these proceedings. The respondent was more concerned with the impact of the ruling of the Motions Judge in future cases. The respondent in the cross-appeal should not be made to bear these costs in these circumstances.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A. (on the cross-appeal):

[80] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Létourneau J.A. I am in agreement with his disposition of the appeal but I regret that I am unable to agree with his disposition of the cross-appeal. In particular, I take a different view of the effect of section

[77] Toutefois, j'aimerais répéter que le droit de M. Blank est un droit d'accès aux dossiers tels qu'ils existent entre les mains du responsable d'une institution fédérale. Ce qu'il demande à la Cour et ce qu'il a demandé au juge des requêtes, c'est, en fait, d'affirmer le pouvoir d'ordonner la reconstitution de ces documents. En l'absence d'une preuve permettant à la Cour d'avoir des motifs raisonnables de croire que l'intégrité des documents a été altérée, le pouvoir de révision de la Cour est limité à ceux qui ont été produits en l'espèce. La Cour n'a été saisie d'aucune preuve d'altération des documents et le juge des requêtes a eu raison de limiter sa révision aux documents dont il était saisi.

Conclusion

[78] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens, sauf pour la question de la divisibilité des documents en conformité avec l'article 25 de la Loi que je renverrais devant la Cour fédérale à des fins de révision dans le but d'assurer que les exigences obligatoires de l'article 25 de la Loi ont été respectées.

[79] J'accueillerais l'appel incident sans dépens. Comme l'a reconnu l'intimé, la question de la durée du privilège des communications liées à une instance en vertu de la Loi soulevée dans l'appel incident ne visait que quelques pages et cette question a peu de répercussions en l'espèce. L'intimé s'est préoccupé davantage des répercussions de la décision du juge des requêtes dans les instances à venir. L'intimé de l'appel incident ne devrait pas payer les dépens dans ces circonstances.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (appel incident):

[80] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Létourneau, J.C.A. J'appuie la décision relativement à l'appel mais malheureusement, je ne puis accepter la décision rendue par le juge relativement à l'appel incident. En particulier, j'ai une opinion

23 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act).

[81] There is no doubt, as found by Létourneau J.A., that the concept of solicitor-client privilege in section 23 of the Act includes the two branches recognized by the case law and the academic writers, namely the legal advice privilege and the litigation privilege. It is equally clear that if there is a valid and subsisting claim of privilege at the time a request for disclosure is made, section 23 applies. Finally, it is not contentious that legal advice privilege is not limited in time, i.e. “once privileged, always privileged”. Since I have concluded that section 23 applies only to records which are privileged at the time the request for disclosure is made, the ultimate issue in this cross-appeal is whether at common law, litigation privilege is extinguished when the litigation which gave rise to it is at an end.

[82] A record which is subject to solicitor-client privilege is a record whose disclosure or production cannot be compelled in a court of law. As the British Columbia Court of Appeal held in *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, at paragraph 29.

What then of the purpose of s. 14 of the British Columbia legislation? Headed “Legal Advice”, it states: “The head of a public body may refuse to disclose to an applicant information that is subject to solicitor client privilege.” One suspects the provision was intended to protect communications between public bodies *qua* clients and their lawyers; but again, even if s. 14 had not been enacted, the law would protect information that is subject to solicitor-client privilege, no matter who the lawyer or client. [My emphasis.]

[83] I take this to mean that the source of the right to refuse disclosure of privileged documents is not section 23. The source of the right to refuse disclosure is the law of privilege. Section 23 simply recognizes that right. If privilege has been lost, then there is no longer a right to refuse disclosure and therefore no right which section 23 can recognize. Consequently, the determining factor in

différente de l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[81] Certes, comme l'a dit le juge Létourneau, J.C.A., le secret professionnel de l'avocat au sens de l'article 23 de la Loi a deux volets comme l'ont reconnu les tribunaux et les auteurs d'ouvrages de doctrine, à savoir le privilège des consultations juridiques et le privilège des communications liées à une instance. En outre, si les documents en cause sont déjà visés par un privilège valable lorsque la demande de communication est présentée, l'article 23 s'applique. Enfin, il est entendu que le privilège des consultations juridiques n'est pas limité dans le temps, c'est-à-dire: «privilegié un jour, privilégié toujours». Puisque j'ai conclu que l'article 23 ne s'appliquait qu'aux documents privilégiés lors de la demande de communication, en fin de compte, la question qui se pose dans l'appel incident est de savoir si en common law, le privilège des communications liées à une instance prend fin en même temps que le litige.

[82] Un dossier assujéti au secret professionnel est un dossier dont la communication ou la production ne peut être ordonnée par le tribunal. Comme l'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, au paragraphe 29.

[TRADUCTION] Quel serait donc l'objet de l'article 14 de la loi de la Colombie-Britannique? Sous la rubrique «Conseils juridiques», la loi dit: [TRADUCTION] «le responsable d'un organisme public peut refuser de communiquer à un demandeur des renseignements qui sont assujétiés au secret professionnel des avocats». L'on peut penser que la disposition a pour objet de protéger les communications entre les organismes publics, leurs clients et leurs avocats; mais, même si l'article 14 n'avait pas été édicté, le droit protégerait les renseignements assujétiés au secret professionnel des avocats, quel que soit l'avocat ou le client. [Non souligné dans l'original.]

[83] Cela veut dire, selon moi, que le droit de refuser la communication de documents privilégiés ne découle pas de l'article 23. La source du droit de refuser la communication est le droit en matière de privilège. L'article 23 ne fait que reconnaître ce droit. Si le privilège s'est éteint, le droit de refuser la communication a cessé d'exister et l'article 23 ne peut

deciding whether disclosure of records on the ground of solicitor-client privilege can be maintained is the existence of the privilege at the time the request for access is made.

[84] There is a substantial body of authority in this country in support of the conclusion that litigation privilege is extinguished when the litigation which gave rise to the privilege is at an end, subject to the possibility that the litigation may be defined more broadly than the particular proceeding in the course of which the document was created. *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720 (Alta. Q.B.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (Q.B.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326 (Q.B.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (S.C.); and *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (Man. Q.B.). The Court of Appeal for Ontario held that litigation privilege was limited in time in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

[85] Canadian text writers are also of the view that litigation privilege is limited in time. See Sopinka J. *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999), at paragraph 14.86:

Unlike solicitor-client communications, the privilege for third-party communications in preparation for litigation does not last indefinitely. It ends with the litigation for which the reports or other communications were prepared, subject to any undertaking of confidentiality.

[86] A passage to the same effect is found in D. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2002), at page 198:

- Solicitor-client privilege is permanent and survives the termination of the relationship. Litigation privilege ends with the litigation. Once the litigation is over there is no longer a need to maintain the adversarial protection.

plus le reconnaître. Par conséquent, le fait déterminant, lorsqu'il faut décider s'il y a lieu de communiquer des documents assujettis au secret professionnel, c'est l'existence du privilège au moment où la demande de communication des renseignements est présentée.

[84] Au Canada, de nombreux ouvrages de doctrine confirment que le privilège des communications liées à un litige s'éteint lorsque le risque qui a donné lieu au privilège n'existe plus, sous réserve de la possibilité que le litige ne s'entende pas de la simple procédure au cours de laquelle le document a été créé. *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.), *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720 (B.R. Alb.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (B.R.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326 (B.R.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (C.S.); et *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (B.R. Man.). La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le privilège des communications liées à une instance était limitée dans le temps dans *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

[85] Les auteurs d'ouvrages canadiens estiment également que le privilège des communications liées à une instance est limité dans le temps. Voir Sopinka J. *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1999), au paragraphe 14.86:

[TRADUCTION] Contrairement aux communications entre un avocat et son client, le privilège des communications de tierces parties lors de la préparation d'un litige ne dure pas indéfiniment. Il s'éteint avec le litige pour lequel le rapport ou d'autres documents ont été préparés, sous réserve d'un engagement de confidentialité.

[86] Dans l'ouvrage *The Law of Evidence*, 3^e éd. (Toronto: Irwin Law, 2002), les auteurs, D. Paciocco et L. Stuesser disent, à la page 198:

[TRADUCTION]

- Le secret professionnel de l'avocat est permanent et il perdure même après la fin de la relation. Le privilège des communications liées à une instance prend fin avec l'instance. Quand le litige a été réglé, il n'est plus nécessaire de conserver le privilège adversatif.

[87] There are some cases which extend litigation privilege in time by taking a wide view of the litigation in respect of which the privilege exists. In *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (*Ed Miller Sales & Rentals Ltd.*), the Alberta Court of Appeal held that the conclusion of proceedings before the Competition Tribunal did not mean that the litigation was at an end [at paragraph 20]:

In my view both arguments take too narrow a view of the term "litigation". Once the Director focussed on the Caterpillar Companies to inquire whether they were guilty of offences under the Act, litigation in the fullest sense of the word was then in actual progress let alone in contemplation. The parties could look ahead to many possible procedures. Some under the Act had possible penal consequences; some were civil as this very action establishes. All involved the same issues. The inquiry seems to have resolved itself to the question of the cost of the Caterpillar "no-charge" services and the very same issue appears at the forefront of this action.

The conclusion of the Director's Inquiry did not mean that the litigation was ended. Section 39 of the **Combines Investigation Act** expressly provides that civil rights of action remain despite the provisions of the Act. The issues raised by the Director were still open to other litigants such as the respondent.

[88] The same position was taken in *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. No. 4316 (Gen. Div.) (QL).

[89] On balance, the weight of authority favours the conclusion that litigation privilege is extinguished when the litigation which gave rise to it comes to a conclusion, subject to the possibility of defining that litigation more broadly than the particular proceeding which gave rise to the claim.

[90] On the facts of this case, this leads to the conclusion that section 23 of the Act does not apply to those documents for which a claim of litigation privilege is made because the documents in respect of which the privilege is asserted lost their privileged status when the criminal prosecution ended.

[91] The Court of Appeal for Ontario came to the opposite conclusion in *Ontario (Attorney General) v.*

[87] Dans certains cas, le privilège des communications liées à une instance perdue si la définition du litige à l'égard duquel le privilège existe est élargie. Dans *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (*Ed Miller Sales & Rentals Ltd.*), la Cour d'appel de l'Alberta a décidé que même si l'instance devant le Tribunal de la concurrence était terminée, le litige n'avait pas pris fin pour autant [au paragraphe 20]:

[TRADUCTION] Selon moi, les deux arguments sont fondés sur une conception trop étroite du terme «litige». Quand le directeur s'est attardé aux sociétés Caterpillar pour se demander si elles avaient commis des infractions en vertu de la Loi, le litige, dans le sens le plus large du terme, existait concrètement et n'était pas seulement envisagé. Les parties pouvaient s'attendre à plusieurs actions possibles. Quelques-unes en vertu de la Loi pouvaient éventuellement avoir des conséquences pénales; d'autres étaient de nature civile comme le démontre la présente action. Tous les litiges visaient les mêmes questions. L'enquête semble s'être réglée sur la question du coût des services Caterpillar «sans frais» et cette même question est au cœur de ce litige.

Le litige n'a pas pris fin quand l'enquête du directeur s'est terminée. L'article 39 de la **Loi relative aux enquêtes sur les coalitions** prévoit expressément que les droits d'action en justice en matière civile demeurent malgré les dispositions de la Loi. Les questions soulevées par le directeur étaient toujours valables pour les autres parties au litige, notamment l'intimé.

[88] Le tribunal a adopté la même position dans *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. n° 4316 (Div. gén.) (QL).

[89] Tout compte fait, les ouvrages faisant autorité sont favorables à la conclusion selon laquelle le privilège des communications liées à une instance s'éteint lorsque le litige qui lui a donné lieu est réglé, sous réserve de la possibilité de définir le litige en termes plus larges que la seule procédure qui a donné lieu au privilège.

[90] Compte tenu des faits en l'espèce, la conclusion selon laquelle l'article 23 de la Loi ne s'applique pas aux documents visés par le privilège des communications liées à une instance s'impose puisque les documents pour lesquels le privilège est revendiqué ont perdu leur statut privilégié quand la poursuite pénale a pris fin.

[91] La Cour d'appel de l'Ontario a tiré une conclusion contraire dans l'affaire *Ontario (Attorney*

Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167 (*Big Canoe*). As in this case, the requester under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 (the Ontario Act), sought disclosure of the Crown prosecutor's file for use in a civil action arising from a criminal prosecution. The specific provision which the Court relied upon in order to dispose of the matter reads as follows:

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

[92] The Court found that the so-called second branch of the section—"or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation"—was intended to give Crown counsel the benefit of a permanent exemption from disclosure [at paragraphs 12-13]:

The Minister appears to have thought that the words used in branch two described the ambit of solicitor-client privilege and could be applied where there was no true client. In fact those words describe the work product or litigation privilege which covers material going beyond solicitor-client confidences and embraces such items as are the subject of this proceeding, photographs and a video gathered in the preparations for litigation.

If we are assisted in any way by the context of this statement, it is in knowing that the intent was to give Crown counsel permanent exemption. Solicitor-client privilege for confidential matters does not come to an end. The Ministry thought it was merely extending this privilege to Crown counsel and, thus, must have intended that it be permanent. And that is the plain meaning of the words used in branch two.

[93] In my view, these passages are best understood in the light of the comments of the Divisional Court in the

general) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167 (*Big Canoe*). Dans cette affaire, le demandeur sollicitait la communication du dossier du poursuivant de la Couronne en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (la Loi de l'Ontario), pour les fins d'une action civile découlant d'une poursuite au criminel. La disposition précise sur laquelle la Cour s'est fondée pour trancher la question est la suivante:

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

[92] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le soi-disant deuxième volet de la disposition—"par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance"—avait pour objet de conférer à l'avocat-conseil de la Couronne le bénéfice d'une exemption permanente contre la communication [aux paragraphes 12 et 13]:

[TRADUCTION] Le ministre semble avoir cru que les termes utilisés dans le deuxième volet décrivaient la portée du secret professionnel de l'avocat et qu'ils pouvaient s'appliquer quand il n'y avait pas de client véritable. En fait, ces termes décrivent le privilège de la documentation préparée en prévision d'un litige ou des communications liées à une instance qui s'applique non seulement aux communications de nature confidentielle entre un client et son avocat, mais aussi notamment à des objets visés dans la présente procédure, des photographies ainsi qu'un vidéo obtenus au cours de la préparation du litige.

Si le contexte de cet énoncé nous aide quelque peu, c'est qu'il permet de conclure que l'intention était de conférer une exemption permanente à l'avocat-conseil. Le privilège du secret professionnel de l'avocat en matière confidentielle ne s'éteint pas. Le ministère croyait qu'il ne faisait qu'élargir l'application du privilège aux procureurs de la Couronne et il a donc dû avoir l'intention d'en faire un privilège permanent. Et voilà le sens ordinaire des termes utilisés à l'égard du deuxième volet. [. . .]

[93] Selon moi, il est plus facile de comprendre ces passages à la lumière des commentaires de la Cour

decision under appeal, reported at *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327 at paragraphs 30-32:

The Inquiry Officer began her Branch 2 analysis as follows:

The second branch of section 19 is parallel to the two branches of the common law solicitor-client privilege. The circumstances of this appeal raise the issue of whether the limitations on the common law privilege should also generally apply to Branch 2 of section 19. The wording of the exemption itself does not clarify this issue and, on this basis, the legislative history of the exemption is relevant to the proper interpretation of the exemption.

With respect, we disagree with her analysis. Branch 2 of s. 19 is not parallel to the two kinds of common law solicitor-client privilege contained in Branch 1. Exemptions from disclosure under Branch 1 will change over time as solicitor-client privilege changes in accordance with the evolving common law. What is exempt today under Branch 1 may not be so tomorrow, and vice versa.

In contrast, when it comes to Branch 2, there is no issue to “clarify”. There is no reference in Branch 2 to the common law principle of solicitor-client privilege (which includes litigation privilege). A head may refuse to disclose a record that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of, or for use in, litigation. The language is clear and unambiguous. Unlike Branch 1, no external considerations such as a change in the common law, can serve to import a different way of construing the meaning of Branch 2. We find no need to resort to the legislative history of the exemption in order to properly interpret it. As A.P. Herbert’s Lord Mildew put it—“If Parliament does not mean what it says, it must say so”. Thus, if it was not the intention of Branch 2 of s. 19 to enable government lawyers to assert a privilege more expansive or durable than that available at common law to solicitor-client relationships (the Inquiry Officer found it was not), it was open to the Legislature to say so.

[94] The point made in the Divisional Court was that the “second branch” did not refer to privilege. It referred

divisionnaire dans la décision visée par l’appel, référence *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327, aux paragraphes 30 à 32:

[TRADUCTION] L’agente des enquêtes a commencé l’analyse du deuxième volet en ces termes:

[TRADUCTION] Le deuxième volet de l’article 19 correspond aux deux volets du secret professionnel de l’avocat en common law. Les circonstances du présent appel soulèvent la question de savoir si les limites du privilège en common law devraient également s’appliquer de manière générale au deuxième volet de l’article 19. Les termes de l’exemption elle-même ne clarifient pas la question et, pour cette raison, le contexte législatif de l’exemption est pertinent pour ce qui concerne l’interprétation qu’il faut lui donner.

Avec égards, nous rejetons son analyse. Le deuxième volet de l’article 19 ne correspond pas aux deux types de privilège du secret professionnel de l’avocat en common law visés par le premier volet. Les exemptions de la communication en vertu du premier volet sont appelées à changer puisque le secret professionnel de l’avocat change conformément à la common law qui elle-même évolue. Ce qui est exempté aujourd’hui, en vertu du premier volet, ne le sera peut-être pas demain, et inversement.

Par contre, quand il s’agit du deuxième volet, il n’y a aucune question à «clarifier». Le deuxième volet ne mentionne pas le principe du secret professionnel de l’avocat en common law (qui comprend le privilège des communications liées à une instance). Un responsable peut refuser de communiquer un dossier qui a été préparé par l’avocat-conseil de la Couronne en vue de donner des conseils juridiques ou à l’occasion ou en prévision d’une instance. Le langage est clair et ne souffre aucune ambiguïté. Contrairement au premier volet, aucune question externe, notamment une modification de la common law, ne peut avoir pour effet de modifier l’interprétation du deuxième volet. Selon nous, il n’est pas nécessaire d’avoir recours au contexte législatif de l’exemption pour l’interpréter correctement. Comme l’a dit lord Mildew, personnage inventé par A.P. Herbert—[TRADUCTION] «Si le législateur ne s’exprime pas franchement, il doit le dire». Ainsi, si le deuxième volet de l’article 19 n’avait pas pour objet de permettre aux avocats du gouvernement de revendiquer un privilège plus large ou durable que le privilège en common law qui s’applique aux communications entre un avocat et son client (l’agente des enquêtes a décidé que non), il était loisible au législateur de le dire.

[94] La Cour divisionnaire a dit que le «deuxième volet» ne visait pas le privilège. Il visait les circonstances

to the circumstances of the making of the documents. This is a point to which I shall return in connection with the difference in wording between section 19 of the Ontario Act and section 23 of the Act.

[95] It is important to understand the limited reach of this decision. One must keep in mind the testimony of Attorney General Scott to the Standing Committee on the Legislative Assembly as to the rationale for the “second branch” (*Big Canoe* (C.A.), at paragraph 9):

Hon. Mr. Scott: As I said the other day, this is just to expand the coverage designed to ensure protection for solicitor-client material to crown counsel, who according to how you view the law, may or may not have a client and therefore may or may not have, technically, the benefit of solicitor-client privilege. I would have not thought the issue was contentious.

...

The key words, and the words that clarify, are “crown counsel” because the case is made that crown counsel may not, in a highly theoretical sense, have a client. Because crown counsel has a kind of independent role that a normal lawyer does not have, a crown counsel may be thought, in a technical sense, not to have a client. The policeman is not the crown counsel’s client, but as a matter of clarification it was recognized that opinions given by crown counsel should be producible or not in the same way as opinions given by any other crown lawyer [*sic*].

[96] This passage makes it clear that the reference in section 19 to Crown counsel is a reference to Crown attorneys in criminal prosecutions, and not a reference to all counsel in the employ of the government. (In these reasons, I use “Crown counsel” and “Crown attorney” interchangeably.) Crown attorneys occupy a unique position in the legal system in the sense that they are agents for the Attorney General who act in the public interest. Neither the Crown attorney, acting in that capacity, nor the Attorney General has a client in the traditional sense. *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305 (Man. C.A.), at paragraphs 10-13; *aff’d* by [1995] 1 S.C.R. 758. On the other hand, it is clear that lawyers who are employed by the government in a capacity other than prosecutors have a solicitor-client relationship with those they advise. The Supreme Court put this question

de la préparation des documents. C’est une question à laquelle je reviendrai en rapport avec la différence entre les termes de l’article 19 de la loi de l’Ontario et ceux de l’article 23 de la Loi.

[95] Il est important de comprendre la portée limitée de cette décision. Il faut garder en mémoire le témoignage du procureur général Scott au Comité permanent de l’Assemblée législative sur la justification du «deuxième volet» (*Big Canoe* (C.A.), au paragraphe 9):

[TRADUCTION] M. Scott: Comme je l’ai dit l’autre jour, il ne s’agit que d’appliquer le privilège qui a pour objet de conférer la protection du secret professionnel de l’avocat à l’avocat-conseil de la Couronne qui, selon la définition que l’on donne au droit, a ou n’a pas de client et par conséquent, pourrait ou ne pourrait pas, en droit strict, invoquer le secret professionnel de l’avocat. Je n’aurais pas cru que la question était litigieuse.

[...]

Les mots clés, et les mots qui clarifient le principe, sont «l’avocat-conseil de la Couronne» parce qu’il a été établi qu’en droit strict ce dernier n’a peut-être pas de client. Parce que l’avocat-conseil de la Couronne joue un rôle quasi indépendant contrairement à un avocat ordinaire, on peut penser, en droit strict, qu’il n’a pas de client. Le policier n’est pas le client de l’avocat-conseil mais disons que, pour que ce soit plus clair, il a été reconnu que l’avis donné par ce dernier devrait être communiqué ou non tout comme les conseils dispensés par n’importe quel autre avocat de la Couronne.

[96] Ce passage dit clairement que lorsque l’article 19 mentionne l’avocat-conseil, il s’agit du procureur de la Couronne dans une poursuite criminelle et non de tous les avocats à l’emploi du gouvernement. (Pour ces motifs, j’utilise indifféremment l’expression «avocat-conseil» ou «procureur de la Couronne».) Le procureur de la Couronne occupe un poste particulier au sein du système judiciaire en ce sens qu’il est le mandataire du procureur général qui agit dans l’intérêt public. Ni le procureur de la Couronne, agissant à ce titre, ni le procureur général n’a de client au sens traditionnel du terme. *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305 (C.A. Man.), aux paragraphes 10 à 13; confirmé à [1995] 1 R.C.S. 758. Par contre, il est clair que les avocats qui sont à l’emploi du gouvernement qui ne sont pas des poursuivants ont, avec les personnes à qui ils

to rest in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565 [at paragraph 50]:

One thing is clear: the fact that Mr. Leising [a lawyer employed by the Department of Justice] is a salaried employee did not prevent the formation of a solicitor-client relationship and the attendant duties, responsibilities and privileges. This rule is well established, as set out in *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), per Lord Denning, M.R., at p. 376:

Many barristers and solicitors are employed as legal advisers, whole time, by a single employer. Sometimes the employer is a great commercial concern. At other times it is a government department or a local authority. It may even be the government itself, like the Treasury Solicitor and his staff. In every case these legal advisers do legal work for their employer and for no one else. They are paid, not by fees for each piece of work, but by a fixed annual salary. They are, no doubt, servants or agents of the employer. For that reason the judge thought that they were in a different position from other legal advisers who are in private practice. I do not think this is correct. They are regarded by the law as in every respect in the same position as those who practise on their own account. The only difference is that they act for one client only, and not for several clients. They must uphold the same standards of honour and of etiquette. They are subject to the same duties to their client and to the court. They must respect the same confidences. They and their clients have the same privileges . . . I have always proceeded on the footing that the communications between the legal advisers and their employer (who is their client) are the subject of legal professional privilege; and I have never known it questioned.

It follows from this that *Big Canoe* deals with a very narrow problem which is an exemption from disclosure under the Ontario Act of certain records in the hands of Crown attorneys. It is not a case which deals specifically with litigation privilege, or the position of government lawyers other than Crown attorneys in relation to disclosure.

[97] There are significant differences in the wording of section 19 of the Ontario Act and section 23 of the

donnent des conseils, une relation avocat-client. La Cour suprême a réglé cette question dans l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 [au paragraphe 50]:

Une chose est claire: le fait que M. Leising [un avocat employé par le ministère de la Justice] soit un employé salarié n'a pas empêché la création d'une relation avocat-client et des fonctions, obligations et privilèges qui y sont rattachés. Ce principe est bien établi, comme il a été énoncé dans *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), lord Denning, M.R., à la p. 376:

[TRADUCTION] Beaucoup d'avocats travaillent à plein temps à titre de conseillers juridiques pour un seul employeur. L'employeur est parfois une grande entreprise. Parfois, il s'agit d'un ministère ou d'une administration locale. Il peut même s'agir du gouvernement lui-même, comme le *Treasury Solicitor* et son personnel. Dans chaque cas, ces conseillers juridiques rendent des services juridiques uniquement à leur employeur. Ils ne reçoivent pas des honoraires selon le travail effectué, mais un salaire fixe annuel. Il ne fait aucun doute qu'ils sont des préposés ou des mandataires de leur employeur. C'est ce qui a fait penser au juge qu'ils se trouvaient dans une position différente de celle des conseillers juridiques qui exercent en pratique privée. Je ne pense pas que cela soit exact. La loi les considère en tous points de la même façon que ceux qui pratiquent à leur compte. La seule différence réside dans le fait qu'ils agissent pour un seul client, et non pas pour plusieurs. Ils doivent respecter les mêmes normes d'honneur et de bonne conduite. Ils sont soumis aux mêmes obligations envers leur client et envers la cour. Ils doivent respecter le secret professionnel de la même manière. Leurs clients et eux ont les mêmes privilèges. [. . .] J'ai toujours tenu pour acquis que les communications entre les conseillers juridiques et leur employeur (qui est leur client) font l'objet du secret professionnel, et cela n'a jamais été remis en question, à ma connaissance.

Il s'ensuit que la décision *Big Canoe* porte sur le problème très étroit qu'est l'exemption de la communication en vertu de la Loi de l'Ontario de certains documents entre les mains de procureurs de la Couronne. L'affaire ne vise pas précisément le privilège des communications liées à une instance, ni la position des avocats du gouvernement autres que les procureurs de la Couronne en matière de divulgation.

[97] Les termes de l'article 19 de la loi ontarienne et ceux de l'article 23 de la Loi comportent de nombreuses

Act. Section 23 contains no reference to Crown counsel though I am prepared to assume for the purposes of this appeal that Parliament took for granted that which the Ontario legislature attempted to make explicit, namely that the work of Crown attorneys can give rise to claims of solicitor-client privilege.

[98] There is however, another difference in the language, which is of more importance. Section 19 allows the head to refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation. The section describes two kinds of records. The first are records which are subject to solicitor-client privilege. The second are records that were prepared in certain circumstances involving Crown counsel. There is no requirement that the second kind of records be privileged. This is why the Court found that the temporal limitation inherent in litigation privilege did not apply. The right to refuse to disclose records emanating from the work of Crown counsel does not turn on the existence of any privilege, but on their creation in circumstances which would give rise to a claim of privilege, whether that privilege continued in force or not.

[99] Section 23, on the other hand, simply refers to a record that “is subject to [a claim of] solicitor-client privilege” [underlining added]. It describes only a single type of record—one that is subject to solicitor-client privilege. That imposes a rather different requirement than was present in *Big Canoe*. This Court took the position that a subsisting claim of privilege was required to trigger section 23 in *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89 (C.A.), when Linden J.A. held that [at paragraph 23]:

The effect of the provisions of the Act on the content of the privilege is nil. It was correctly determined by Rothstein J. that section 23 of the Act incorporates *holus-bolus* the common law of solicitor-client privilege. That term is not defined elsewhere in the Act. Hence, it can only be presumed that what is covered by the words “solicitor-client privilege” is the common law doctrine of solicitor-client privilege. That being the case, it is necessary for the government head to determine, before

différences. L'article 23 ne mentionne pas l'avocat-conseil de la Couronne même si je suis disposé à tenir pour avéré, aux fins du présent appel, que le législateur avait pris pour acquis ce que la législature de l'Ontario a tenté d'explicitier, à savoir que le travail des procureurs de la Couronne est visé par le secret professionnel de l'avocat.

[98] Il y a toutefois une autre différence de langage plus importante. En vertu de l'article 19, le responsable peut refuser de communiquer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat ou qui a été élaboré par l'avocat-conseil pour donner des conseils juridiques ou à l'occasion ou en prévision d'une instance. L'article décrit deux types de documents. En premier lieu, il s'agit des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat. Ensuite, il s'agit des documents élaborés par l'avocat-conseil de la Couronne. Il n'est pas exigé que le deuxième type de documents soit privilégié. C'est la raison pour laquelle la Cour a conclu que la limite de temps qui fait partie intégrante du privilège des communications liées à une instance ne s'appliquait pas. Le droit de refuser de divulguer des documents préparés par l'avocat-conseil de la Couronne n'est pas fondé sur l'existence d'un privilège, mais sur leur préparation dans des circonstances qui donneraient lieu à la revendication d'un privilège que ce privilège soit ou non toujours en vigueur.

[99] Par contre, l'article 23 mentionne simplement des documents «protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client». Il ne décrit qu'un seul type de document, à savoir un document assujéti au secret professionnel des avocats. Il s'agit d'une exigence bien différente que celle dans l'affaire *Big Canoe*. La Cour a jugé qu'il fallait un privilège pour que l'article 23 entre en jeu dans *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.), quand le juge Linden, J.C.A. a dit [au paragraphe 23]:

L'effet des dispositions de la Loi sur le contenu de la protection est nul. Le juge Rothstein a décidé à bon droit que l'article 23 de la Loi comprend le principe du secret des communications entre client et avocat en common law. Ce terme n'est pas défini ailleurs dans la Loi. Aussi, on ne peut que présumer que ce que visent les mots «secret des communications entre client et avocat» est la doctrine du secret des communications entre client et avocat en common law.

considering the operation of the Act, whether a document is subject to the privilege. If it is, then he or she may refuse disclosure. But the preliminary question is determined not in the context of the Act, but in the context of the common law. If the material is subject to the privilege, then the discretionary decision under section 23, whether to disclose it or not, is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions. [My emphasis.]

[100] In my view, this is the critical difference between the Act and the Ontario Act. The latter does not require, in the case of Crown counsel, that there be a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusing disclosure, while the Act requires, in all cases, that there be a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusal to disclose. In short, section 23 of the Act is designed to deal with documents which are privileged, not those which were once privileged. Once the privilege is lost, then other mechanisms must be found to prevent disclosure in cases where it would be inappropriate. In some cases, a broad definition of the litigation, as was done in *Ed Miller Sales & Rentals Ltd.* could be used to prevent the premature release of a litigation file. In others, recourse may be had to other exemptions under the Act.

[101] As a result, section 23 does not have an effect analogous to that attributed to section 19 of the Ontario Act in *Big Canoe*.

[102] In the end result, section 23 does not exempt from disclosure under the Act documents which are not subject to solicitor-client privilege at the time the application is made, even if those documents were the subject of the litigation privilege at some other time. I would therefore dismiss the cross-appeal. Given the divided success, each party should bear their own costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

Cela étant, il est nécessaire pour l'autorité responsable de déterminer, avant d'examiner l'effet de la Loi, si un document est assujéti au privilège. Le cas échéant, elle peut alors en refuser la divulgation. Mais la question préliminaire est déterminée non pas dans le contexte de la Loi, mais dans le contexte de la common law. Si le document bénéficie de la protection, la décision discrétionnaire de divulguer ou non fondée sur l'article 23 est alors prise dans le contexte de la Loi accompagnée de ses présuppositions philosophiques. [Non souligné dans l'original.]

[100] Voilà, selon moi, la différence essentielle entre la Loi et celle de l'Ontario. Cette dernière n'exige pas, dans le cas de l'avocat-conseil de la Couronne, l'existence du secret professionnel de l'avocat pour refuser la divulgation, alors que la Loi exige, dans tous les cas, le secret professionnel pour refuser de communiquer. Bref, l'article 23 de la Loi vise les documents privilégiés et non ceux qui l'ont déjà été. Une fois le privilège perdu, d'autres mécanismes doivent empêcher la communication inopportune de renseignements. Dans certaines affaires, une définition large du litige, comme dans *Ed Miller Sales & Rentals Ltd.* pourrait éviter la communication prématurée d'un dossier de litige. Dans d'autres, il faudra peut-être avoir recours à d'autres exemptions en vertu de la Loi.

[101] Par conséquent, l'article 23 n'a pas un effet analogue à celui qui est attribué à l'article 19 de la Loi de l'Ontario dans *Big Canoe*.

[102] Par voie de conséquence, l'article 23 n'exempte pas de la communication en vertu de la Loi les documents qui ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat au moment où la demande est présentée, même si ces mêmes documents étaient assujéti au privilège des communications liées à un litige à un autre moment. Je rejetterais donc l'appel incident. Chaque partie ayant eu gain de cause, chaque partie devrait payer ses propres dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.