

T-2689-94

The Professional Institute of the Public Service of Canada (Applicant)

v.

The Director of the Canadian Museum of Nature (Respondent)

INDEXED AS: PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA v. CANADA (DIRECTOR OF THE CANADIAN MUSEUM OF NATURE) (T.D.)

Trial Division, Noël J.—Ottawa, September 25 and October 5, 1995.

Access to information — Union seeking judicial review of denial of access to forensic accounting report prepared pursuant to recommendation of Museum's solicitor to determine whether defamation action against union prudent — Museum disclosing report to Auditor General — Report obtained for dominant purpose of litigation, but disclosure to Auditor General waiver of privilege.

Practice — Privilege — Union seeking disclosure of forensic accounting report prepared pursuant to recommendation of Museum's solicitor to determine whether defamation action against union prudent — Dominant purpose for creation litigation — Actual use irrelevant — Voluntary disclosure to Auditor General, knowing would be used in conformity with statutory mandate, waiver of privilege.

This was an application for judicial review of the denial of access to a forensic accounting report that had been prepared for the Board of Trustees of the Canadian Museum of Nature. The applicant union had published a report criticizing the Museum's management and handling of funds. The Museum's solicitor recommended that a forensic audit be undertaken to determine whether it was prudent to commence an action in defamation. A letter from the authors of the audit at the time of their engagement confirmed that the audit would be prepared in support of potential litigation. Although the audit apparently cleared the Museum of any wrongdoing, it refused the union's *Access to Information Act* application for disclosure of the audit on the ground that the audit was subject to solicitor-client privilege. The Auditor General was, however, allowed access to the forensic report.

The issues were: (1) whether the forensic audit had been obtained for the dominant purpose of litigation; and (2) if so, whether the solicitor-client privilege was waived by the voluntary disclosure of the report to the Auditor General.

T-2689-94

L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (requérant)

a c.

Le directeur du Musée canadien de la nature (intimé)

RÉPERTORIÉ: INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA c. CANADA (DIRECTEUR DU MUSÉE CANADIEN DE LA NATURE) (1re INST.)

Section de première instance, juge Noël—Ottawa, 25 septembre et 5 octobre 1995.

Accès à l'information — Le syndicat cherche à obtenir le contrôle judiciaire du refus de communiquer le rapport de vérification judiciaire préparé à la recommandation du procureur du Musée pour déterminer s'il était prudent d'engager une action en diffamation contre le syndicat — Le rapport a été obtenu principalement dans le but d'engager des procédures, mais la communication au vérificateur général constitue une renonciation au secret professionnel.

Pratique — Communications privilégiées — Le syndicat cherche à obtenir le contrôle judiciaire du refus de communiquer le rapport de vérification judiciaire préparé à la recommandation du procureur du Musée pour déterminer s'il était prudent d'engager une action en diffamation contre le syndicat — Rapport rédigé principalement en vue d'une instance — L'utilisation réelle n'est pas pertinente — La communication volontaire au vérificateur général, sachant qu'il sera utilisé conformément au mandat conféré par la Loi, constitue une renonciation au secret professionnel.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du refus de communiquer un rapport de vérification judiciaire qui a été préparé pour le conseil d'administration du Musée canadien de la nature. Le syndicat requérant avait publié un rapport critiquant la gestion et l'utilisation des fonds par le Musée. Le procureur du Musée avait recommandé la tenue d'une vérification judiciaire pour déterminer s'il était prudent d'engager une action en diffamation. Une lettre des auteurs de la vérification au moment de leur engagement indiquait que le rapport serait préparé à l'appui d'une action possible. Bien que la vérification apparemment disculpait le Musée de tout méfait, il a refusé la demande de communication présentée par le syndicat en application de la *Loi sur l'accès à l'information* sur le fondement que la vérification était assujettie au secret professionnel qui lie un avocat à son client. Toutefois, le vérificateur général a eu accès au rapport de vérification judiciaire.

Les questions étaient de savoir: (1) si la vérification judiciaire a été obtenue principalement dans le but d'engager des procédures; et (2) le cas échéant, s'il y a renonciation au secret professionnel de l'avocat par la communication volontaire du rapport de vérification au vérificateur général.

Held, the application should be allowed.

In determining a litigation privilege claim, the fact that the use actually made of a document may have been quite different from that originally intended, is irrelevant. Dominant purpose must be assessed as of the time that the document was brought into existence. While the forensic report was capable of different uses, the dominant purpose for its creation was litigation.

The Auditor General must be regarded as a third party *vis-à-vis* the government entities that he is called upon to audit. That the Auditor General cannot be confined by a privilege belonging to the entity which he is called upon to audit and that he must make use of relevant and material information that comes to his attention in the fulfilment of his statutory mandate establishes that the voluntary release of information to the Auditor General is a waiver of privilege. There was neither any evidence that the Auditor General invoked any of his statutory powers to compel the Museum to disclose the report, nor any indication that he would have resorted to such powers had the Museum refused disclosure on the grounds of privilege. Furthermore, it was not clear that the Auditor General had the power to compel the production of the report, and if he had, it was not clear that the Museum could not have invoked privilege. In turning the report over to the Auditor General voluntarily and with the full knowledge that it would be reviewed and used in conformity with the Auditor General's statutory mandate, the Museum waived the privilege.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4, 23, 41, 48. *a*
Auditor General Act, R.S.C., 1985, c. A-17, ss. 6, 7, 13.
Museums Act, S.C. 1990, c. 3, s. 30.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Cineplex Odeon Corp. v. M.N.R. (1994), 114 D.L.R. (4th) 141; 26 C.P.C. (3d) 109; [1994] 2 C.T.C. 293; 94 DTC 6407 (Ont. Gen. Div.). *j*

Jugement: la demande doit être accueillie.

Pour trancher une application du secret professionnel dans le cadre de la préparation d'une instance, le fait que l'utilisation réelle d'un document après sa préparation puisse avoir été tout à fait différente de celle qui était initialement prévue n'est pas pertinent. Le but principal d'un document doit être évalué selon le moment où il a été rédigé. Bien que le rapport de vérification judiciaire était sans doute susceptible d'être utilisé de différentes façons, il a été rédigé principalement en vue d'une instance. *b*

Le vérificateur général doit être considéré comme un tiers à l'égard des organismes gouvernementaux dont il est chargé d'effectuer la vérification. Le simple fait que le vérificateur général ne soit pas lié par le secret professionnel dont jouit l'organisme assujéti à sa vérification, et qu'il ait, dans le cadre du mandat qui lui est confié par la loi, l'obligation de tenir compte de tout renseignement pertinent qui est porté à son attention fait en sorte que la communication volontaire de renseignements au vérificateur général doit être interprétée comme une renonciation au secret professionnel. Il n'y a aucun élément de preuve selon lequel le vérificateur général a invoqué l'un ou l'autre des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi pour obliger le Musée à lui communiquer le rapport et il n'y a pas non plus d'indication que le vérificateur général aurait choisi d'exercer ses pouvoirs si le Musée avait refusé la divulgation en invoquant le secret professionnel. Qui plus est, il n'est pas clair que le vérificateur général possédait le pouvoir d'obliger le Musée à produire le rapport et même s'il détenait ce pouvoir, il n'est pas clair que le privilège n'aurait pas pu être valablement invoqué par le Musée. Étant donné que le Musée a remis le rapport au vérificateur général volontairement alors que tous les gestionnaires responsables de cette décision savaient très bien qu'il serait examiné et utilisé conformément au mandat confié par la loi au vérificateur général, le Musée a renoncé au secret professionnel. *c*
d
e
f

g

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4, 23, 41, 48.
Loi sur les musées, L.C. 1990, ch. 3, art. 30.
Loi sur le vérificateur général, L.R.C. (1985), ch. A-17, art. 6, 7, 13.

i

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Cineplex Odeon Corp. v. M.N.R. (1994), 114 D.L.R. (4th) 141; 26 C.P.C. (3d) 109; [1994] 2 C.T.C. 293; 94 DTC 6407 (Div. gén. Ont.).

REFERRED TO:

Anderson v. Bank of British Columbia (1876), 2 Ch.D. 644 (C.A.); *Waugh v. British Railways Board*, [1980] A.C. 521 (H.L.).

APPLICATION by a labour union for judicial review of the denial of access under the *Access to Information Act* to a forensic audit prepared on the recommendation of the solicitor for the Canadian Museum of Nature to determine whether it would be prudent to sue the union for defamation. Application allowed.

COUNSEL:

Peter J. Barnacle for applicant.
Michael F. Ciavaglia for respondent.

SOLICITORS:

Nelligan Power, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

NOËL J.: This is an application for judicial review, pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act), of the decision of the Canadian Museum of Nature (the Museum) to deny the Professional Institute of the Public Service of Canada (the PIPSC) access to a forensic accounting report that was prepared for the Board of Trustees of the Canadian Museum of Nature.

1. FACTS

The relevant facts are as follows:

1. In 1994, the Museum declared surplus seven positions and laid off the incumbent employees filling these positions. The PIPSC's union committee investigated the circumstances surrounding the lay-offs and subsequently published a report criticizing the Museum's management and handling of funds.

2. In March 1994, the Museum ordered that a special forensic audit be carried out by the accounting firm of Peat Marwick and Thorne to review the allegations in the PIPSC's report. In a letter to the Chief Operating Officer of the Museum dated February 25, 1994,

DÉCISIONS CITÉES:

Anderson v. Bank of British Columbia (1876), 2 Ch.D. 644 (C.A.); *Waugh v. British Railway Board*, [1980] A.C. 521 (H.L.).

DEMANDE fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* présentée par un syndicat visant à obtenir le contrôle judiciaire du refus de communiquer la vérification judiciaire préparée selon la recommandation du procureur du Musée pour déterminer s'il était prudent d'engager une action en diffamation contre le syndicat. Demande accueillie.

AVOCATS:

Peter J. Barnacle pour le requérant.
Michael F. Ciavaglia pour l'intimé.

PROCUREURS:

Nelligan Power, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE NOËL: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, fondée sur l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi) de la décision du Musée canadien de la nature (le Musée) de refuser de communiquer à l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (l'IPFPC) un rapport de vérification judiciaire qui a été préparé pour le Conseil d'administration du Musée canadien de la nature.

1. LES FAITS

Les faits pertinents sont les suivants:

1. En 1994, le Musée a déclaré sept postes excédentaires et a mis en disponibilité les titulaires de ceux-ci. Le comité syndical de l'IPFPC a examiné les circonstances entourant les mises en disponibilité et a par la suite publié un rapport critiquant la gestion et l'utilisation des fonds par le Musée.

2. En mars 1994, le Musée a ordonné la tenue d'une vérification judiciaire spéciale par le cabinet de comptables Peat Marwick and Thorne afin d'examiner les allégations contenues dans le rapport de l'IPFPC. Dans une lettre envoyée au chef de l'exploit-

the Department of Justice, the Museum's solicitor, had recommended that a forensic audit be carried out to determine whether it was prudent to proceed to litigation. A letter from Peat Marwick and Thorne dated February 28, 1994 which confirmed the ordering of the forensic audit indicated that the report would be prepared in order to support a potential action in defamation against the authors.

3. On April 13, 1994, the President of the Museum stated before the Canadian Heritage Parliamentary Committee that he believed the audit would show that the PIPSC's report was based on material presented out of context, largely misrepresented and factually incorrect.

4. On May 25, 1994, the Audit and Finance Committee of the Museum's Board of Trustees reviewed the audit and concluded that the audit cleared the Museum's management of any wrongdoing but that the audit would not be released based on solicitor-client privilege.

5. The role of the Auditor General was discussed at the meeting of May 25, 1994. A representative of the Office of the Auditor General expressed concern that the Auditor General must be prepared to answer any questions asked (presumably, about the PIPSC's allegations). A representative of the Department of Justice present at the meeting suggested that the Auditor General could access the work while still maintaining privilege on the material. The Auditor General was allowed access to the forensic report, which was referred to in the Auditor General's financial audit of that year.

6. On May 31, 1994 the PIPSC sought disclosure of the forensic audit under the *Access to Information Act*. The Museum refused disclosure on the ground that the audit was exempt from disclosure under section 23 of the Act. The PIPSC filed a complaint with the Information Commissioner of Canada over the Museum's refusal. On September 23, 1994 the Information Commissioner dismissed the complaint, finding that the forensic audit was privileged information under section 23 of the Act.

tation du Musée en date du 25 février 1994, le ministère de la justice, le procureur du Musée, avait recommandé la tenue d'une vérification judiciaire pour déterminer s'il était prudent d'engager des procédures. Une lettre de Peat Marwick and Thorne en date du 28 février 1994 qui confirmait la tenue de la vérification judiciaire indiquait que le rapport serait préparé à l'appui d'une action possible en diffamation contre les auteurs.

3. Le 13 avril 1994, le président du Musée a dit devant le Comité permanent du patrimoine canadien qu'il croyait que la vérification démontrerait que le rapport de l'IPFPC était fondé sur des documents présentés hors contexte, grandement dénaturés et erronés du point de vue des faits.

4. Le 25 mai 1994, le Comité de la vérification et des finances du Conseil d'administration du Musée a examiné la vérification et a conclu qu'elle disculpait les gestionnaires du Musée de tout méfait mais que la vérification ne serait pas communiquée sur le fondement du secret professionnel qui lie un avocat à son client.

5. Le rôle du vérificateur général a fait l'objet de discussions lors de la réunion du 25 mai 1994. Un représentant du Bureau du vérificateur général s'est inquiété du fait qu'il doit être prêt à répondre à toutes questions qui lui seraient posées (présument, au sujet des allégations de l'IPFPC). Un représentant du ministère de la Justice qui était présent lors de la réunion a laissé entendre que le vérificateur général pourrait avoir accès au travail sans porter atteinte au secret professionnel à l'égard du document. Le vérificateur général a eu accès au rapport judiciaire qui a été mentionné dans la vérification financière effectuée cette année par le vérificateur général.

6. Le 31 mai 1994, l'IPFPC a cherché à obtenir la communication de la vérification judiciaire en application de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le Musée a refusé la communication de la vérification sur le fondement qu'elle était exclue aux termes de l'article 23 de la Loi. L'IPFPC a présenté une plainte au Commissaire à l'information du Canada relativement au refus du Musée. Le 23 septembre 1994, le Commissaire à l'information a rejeté la plainte, concluant que la vérification judiciaire contenait des ren-

7. The PIPSC seeks disclosure of the forensic audit to obtain information concerning the financial operations of the Museum and in order to be able to respond to the Museum's allegations that the PIPSC's report was misleading or inaccurate.

seignements protégés par le secret professionnel aux termes de l'article 23 de la Loi.

2. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

7. L'IPFPC cherche à obtenir la communication de la vérification judiciaire afin d'obtenir des renseignements concernant les activités financières du Musée et pour être en mesure de répondre aux allégations du Musée selon lesquelles le rapport de l'IPFPC était trompeur ou imprécis.

2.1 Access to Information Act

2. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

The relevant provisions are as follows:

2.1 Loi sur l'accès à l'information

c Les dispositions pertinentes sont les suivantes:

PURPOSE OF ACT

OBJET DE LA LOI

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

Right of Access

Droit d'accès

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents des institutions fédérales et peuvent se les faire communiquer sur demande:

- (a) a Canadian citizen, or
- (b) a permanent resident within the meaning of the Immigration Act, has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

- a) les citoyens canadiens;
- b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

Solicitor-client privilege

Secret professionnel des avocats

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.

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.

REVIEW BY THE FEDERAL COURT

RÉVISION PAR LA COUR FÉDÉRALE

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision

to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

. . .

Burden of proof

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

2.2 Auditor General Act¹

The relevant provisions are as follows:

Report to House of Commons

6. The Auditor General shall examine the several financial statements required by section 64 of the *Financial Administration Act* to be included in the Public Accounts, and any other statement that the President of the Treasury Board or the Minister of Finance may present for audit and shall express his opinion as to whether they present fairly information in accordance with stated accounting policies of the federal government and on a basis consistent with that of the preceding year together with any reservations he may have.

7. (1) The Auditor General shall report annually to the House of Commons

(a) on the work of his office; and

(b) on whether, in carrying on the work of his office, he received all the information and explanations he required.

(2) Each report of the Auditor General under subsection (1) shall call attention to anything that he considers to be of significance and of a nature that should be brought to the attention of the House of Commons, including any cases in which he has observed that

(a) accounts have not been faithfully and properly maintained or public money has not been fully accounted for or paid, where so required by law, into the Consolidated Revenue Fund;

(b) essential records have not been maintained or the rules and procedures applied have been insufficient to safeguard and control public property, to secure an effective check on the assessment, collection and proper allocation of the revenue and to ensure that expenditures have been made only as authorized;

(c) money has been expended other than for purposes for which it was appropriated by Parliament;

(d) money has been expended without due regard to economy or efficiency; or

(e) satisfactory procedures have not been established to measure and report the effectiveness of programs, where such

¹ R.S.C., 1985, c. A-17.

de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

. . .

Charge de la preuve

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

2.2 Loi sur le vérificateur général¹

Les dispositions pertinentes sont les suivantes:

Rapport à la Chambre des communes

6. Le vérificateur général examine les différents états financiers qui doivent figurer dans les Comptes publics en vertu de l'article 64 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et tous autres états que lui soumet le président du Conseil du Trésor ou le ministre des Finances pour vérification; il indique si les états sont présentés fidèlement et conformément aux conventions comptables énoncées pour l'administration fédérale et selon une méthode compatible avec celle de l'année précédente; il fait éventuellement des réserves.

7. (1) Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel:

a) il fournit des renseignements sur les activités de son bureau;

b) il indique s'il a reçu, dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés.

(2) Dans le rapport mentionné au paragraphe (1), le vérificateur général signale tout sujet qui, à son avis, est important et doit être porté à l'attention de la Chambre des communes, notamment les cas où il a constaté que:

a) les comptes n'ont pas été tenus d'une manière fidèle et régulière ou des deniers publics n'ont pas fait l'objet d'un compte rendu complet ou n'ont pas été versés au Trésor lorsque cela est légalement requis;

b) les registres essentiels n'ont pas été tenus ou les règles et procédures utilisées ont été insuffisantes pour sauvegarder et contrôler les biens publics, assurer un contrôle efficace des cotisations, du recouvrement et de la répartition régulière du revenu et assurer que les dépenses effectuées ont été autorisées;

c) des sommes d'argent ont été dépensées à d'autres fins que celles auxquelles le Parlement les avait affectées;

d) des sommes d'argent ont été dépensées sans égard à l'économie ou à l'efficacité;

e) des procédures satisfaisantes n'ont pas été établies pour mesurer et faire rapport sur l'efficacité des programmes dans

¹ L.R.C. (1985), ch. A-17.

procedures could appropriately and reasonably be implemented.

les cas où elles peuvent convenablement et raisonnablement être mises en œuvre.

ACCESS TO INFORMATION

13. (1) Except as provided by any other Act of Parliament that expressly refers to this subsection, the Auditor General is entitled to free access at all convenient times to information that relates to the fulfilment of his responsibilities and he is also entitled to require and receive from members of the public service of Canada such information, reports and explanations as he deems necessary for that purpose.

(2) In order to carry out his duties more effectively, the Auditor General may station in any department any person employed in his office, and the department shall provide the necessary office accommodation for any person so stationed.

(3) The Auditor General shall require every person employed in his office who is to examine the accounts of a department or of a Crown corporation pursuant to this Act to comply with any security requirements applicable to, and to take any oath of secrecy required to be taken by, persons employed in that department or Crown corporation.

(4) The Auditor General may examine any person on oath on any matter pertaining to any account subject to audit by him and for the purposes of any such examination the Auditor General may exercise all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.

3. QUESTIONS IN ISSUE

The PIPSC contends that the forensic audit was not obtained for the dominant purpose of litigation, and thus is not privileged information under section 23 of the Act. Alternatively, if the forensic audit was obtained for the dominant purpose of litigation, the PIPSC contends that it has since been used and disclosed for other purposes with the result that the solicitor-client privilege has been waived. In the further alternative, the PIPSC contends that parts of the forensic audit are reasonably severable from the non-disclosable parts and hence these ought to be accessible as public information.

4. DISCUSSION

The first argument raised by the PIPSC may be disposed of fairly quickly. What is being claimed in this instance is the litigation privilege. It applies to

ACCÈS À L'INFORMATION

13. (1) Sous réserve des dispositions d'une autre loi fédérale qui se réfèrent expressément au présent paragraphe, le vérificateur général a le droit, à tout moment convenable, de prendre connaissance librement de tout renseignement se rapportant à l'exercice de ses fonctions; à cette fin, il peut exiger que les fonctionnaires fédéraux lui fournissent tous renseignements, rapports et explications dont il a besoin.

(2) Le vérificateur général peut, pour remplir plus efficacement ses fonctions, détacher des employés de son bureau auprès de tout ministère. Celui-ci doit leur fournir les locaux et l'équipement nécessaires.

(3) Le vérificateur général doit exiger de tout employé de son bureau chargé, en vertu de la présente loi, d'examiner les comptes d'un ministère ou d'une société d'État, qu'il observe les normes de sécurité applicables aux employés du ministère ou de la société et qu'il prête le serment de respecter le secret professionnel, auquel ceux-ci sont astreints.

(4) Le vérificateur général peut interroger sous serment toute personne au sujet d'un compte soumis à sa vérification; à cette fin, il peut exercer les pouvoirs conférés aux commissaires par la partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

3. QUESTIONS EN LITIGE

L'IPFPC soutient que la vérification judiciaire n'a pas été obtenue principalement dans le but d'engager des procédures et par conséquent ne contient pas des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat aux termes de l'article 23 de la Loi. Subsidiairement, si la vérification judiciaire a été obtenue principalement dans le but d'engager des procédures, l'IPFPC soutient qu'elle a depuis été utilisée et communiquée à d'autres fins et qu'il y a donc eu renonciation au secret professionnel de l'avocat. Encore subsidiairement, l'IPFPC soutient que certaines parties de la vérification judiciaire ne sont pas privilégiées et peuvent raisonnablement être séparées des parties qui ne peuvent être communiquées et qu'on devrait donc y avoir accès à titre de renseignement public.

4. ANALYSE

Le premier argument soulevé par l'IPFPC peut être réglé assez rapidement. Ce qui est demandé en l'espèce c'est l'application du secret professionnel. Il

protect from disclosure communications between a solicitor and client as well as with third parties, so long as these communications are made in the course of preparation for any existing or reasonably contemplated litigation. The only further requirement which the courts have placed on this extension of the traditional solicitor-client privilege² is that the communications so protected must have been generated for the dominant purpose of litigation. In this respect, the PIPSC alleges that litigation was not the dominant purpose behind the confection of the forensic report. Indeed, the PIPSC suggests that the use that has been made of the report since its creation demonstrates that it was confected primarily for public relations purposes and specifically, to allow the Museum and its senior management to better posture itself in the public eye in the wake of the allegations made by the PIPSC.

The fact that the use actually made of the report after its confection may have been quite different from that which was originally intended, while relevant to the issue of waiver, has little or no bearing on the PIPSC's first contention. It is well established that the dominant purpose of a document is to be assessed as of the time at which it is brought into existence as it is the dominant purpose for its creation that is in issue.³ In this respect, the record unequivocally shows that the forensic audit was originally ordered to be conducted on the recommendation of legal counsel for the purpose of ultimately allowing the Museum to pursue an action in defamation. The record also shows that that purpose was known and acknowledged by the authors of the report at the time of their engagement, and that they were to act under the direction of the Museum's legal counsel. No purpose other than litigation can be gleaned from the written exchanges between counsel, the Museum and the authors of the report. I would have to ignore that evidence altogether and in effect treat it as a sham to ascribe to the report, at the time of its creation, a

s'agit d'une protection contre la divulgation de communications entre un avocat et son client, ainsi qu'avec des tiers, dans la mesure où ces communications ont lieu dans le cadre de la préparation d'une instance réelle ou raisonnablement éventuelle. La seule autre exigence que les tribunaux ont imposée à l'application du privilège traditionnel en matière de secret professionnel des avocats² est que les communications protégées doivent avoir été produites principalement aux fins d'une instance. À cet égard, l'IPFPC soutient que le rapport de la vérification judiciaire n'a pas été principalement préparé dans le but d'une instance. En fait, l'IPFPC soutient que la manière dont le rapport a été utilisé depuis sa rédaction démontre qu'il a été préparé principalement à des fins de relations publiques et précisément, pour permettre au Musée et à ses cadres supérieurs de mieux paraître devant le public par suite des allégations présentées par l'IPFPC.

Le fait que l'utilisation réelle du rapport après sa préparation puisse avoir été tout à fait différente de celle qui était initialement prévue, bien que pertinent relativement à la question de la renonciation, a peu ou pas d'incidence sur le premier argument soulevé par l'IPFPC. Il est bien établi que le but principal d'un document doit être évalué selon le moment où il a été rédigé car c'est le but principal de sa création qui est en litige³. À cet égard, il ressort clairement du dossier que la vérification judiciaire a initialement été ordonnée sur la recommandation de l'avocat pour permettre la poursuite éventuelle d'une action en diffamation. Il ressort également du dossier que ce but était connu et accepté par les auteurs du rapport au moment où ils ont été engagés et qu'ils devaient agir sous la direction de l'avocat du Musée. Il n'y a pas d'autre but que celui d'une instance qui ressort de la correspondance échangée entre les avocats, le Musée et les auteurs du rapport. Je devrais ignorer cette preuve et en fait la traiter comme si elle avait été créée dans le but de jeter de la poudre aux yeux pour attribuer au rapport au moment de sa

² The traditional solicitor-client privilege, and the rationale behind it, is summarized by the Court of Chancery in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch.D. 644 (C.A.), at p. 649.

³ See *Waugh v. British Railways Board*, [1980] A.C. 521 (H.L.), at p. 544, per Lord Edmund-Davies.

² Le privilège du secret professionnel des avocats et le raisonnement sur lequel il se fonde est résumé par la Court of Chancery dans l'arrêt *Anderson v. Bank of British Columbia*, (1876), 2 Ch.D. 644 (C.A.), à la p. 649.

³ Voir *Waugh v. British Railways Board*, [1980] A.C. 521 (H.L.), à la p. 544, lord Edmund-Davies.

prime purpose other than that which the Museum contends.

It follows that while I have no doubt that the report was capable of different uses, I must conclude on the evidence before me that the dominant purpose for its creation was litigation. The PIPSC's first contention is accordingly rejected.

The allegation that the Museum subsequently waived the privilege is more compelling. Specifically, the PIPSC contends that the Museum waived its privilege by voluntarily disclosing the report for a detailed review by the Auditor General in the course of the preparation of its annual report. The Museum counters that the disclosure of the forensic report to the Auditor General should not be viewed as a disclosure to a third party and that, in any event, the disclosure was not voluntary as the Museum was bound to disclose the report to the Auditor General.

In *Cineplex Odeon Corp. v. M.N.R.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 141 (Ont. Gen. Div.), the Minister of National Revenue sought the production of otherwise privileged documents which had been released by the external auditor's tax group to its audit group. The Minister of National Revenue contended that the release of the documents by the tax group to the audit group constituted disclosure to a third party with the result that the privilege which existed while the documents were in the hands of the tax group had been lost. Haley J., in rejecting this contention, had this to say about the relationship between external auditors and their clients, at page 145:

Peats as external auditor for the applicant corporation is governed by the guidelines set out in the handbook of the Canadian Institute of Chartered Accountants. The auditor is called upon to give an objective opinion of the fairness and accuracy of the financial statements prepared by the management of the corporation. Ms Levine agreed that the auditor must maintain an independence from the management of the corporation in performing the audit. The auditor's report is prepared for the shareholders of the corporation as opposed to the management.

rédaction, un but principal autre que celui que soutient le Musée.

Il découle de ceci que bien que le rapport était sans doute susceptible d'être utilisé de différentes façons, je dois conclure selon la preuve qu'il a été rédigé principalement en vue d'une instance. Par conséquent, le premier argument soulevé par l'IPFPC est rejeté.

La prétention selon laquelle le Musée a par la suite renoncé au secret professionnel est plus sérieuse. Plus précisément, l'IPFPC soutient que le Musée a renoncé à son privilège en communiquant volontairement le rapport afin qu'il soit examiné de manière approfondie par le vérificateur général dans le cadre de la préparation de son rapport annuel. Le Musée réplique que la communication du rapport de la vérification judiciaire au vérificateur général ne devrait pas être considérée comme une divulgation à un tiers et que, de toute façon, la communication n'était pas volontaire car le Musée était tenu de communiquer le rapport au vérificateur général.

Dans la décision *Cineplex Odeon Corp. v. M.N.R.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 141 (Div. gén. Ont.), le ministre du Revenu national a cherché à obtenir la communication de documents par ailleurs protégés par le secret professionnel qui avaient été communiqués par le vérificateur d'impôt externe à son groupe de vérification. Le ministre du Revenu national a soutenu que la communication des documents par le groupe fiscal au groupe de vérification constituait une communication à un tiers de sorte que le secret professionnel qui existait alors que le groupe de vérification fiscale détenait les documents n'existait plus. Voici ce que le juge Haley a dit, en rejetant cet argument, au sujet de la nature du rapport qui existe entre des vérificateurs externes et leurs clients, à la page 145:

[TRADUCTION] Peats à titre de vérificateur externe de la société requérante est régi par les lignes directrices établies dans le manuel de l'Institut canadien des comptables agréés. Le vérificateur doit donner une opinion objective sur la justesse et la précision des états financiers préparés par les administrateurs de la société. Madame Levine a convenu que le vérificateur doit être indépendant des administrateurs de la société lorsqu'il fait la vérification. Le rapport du vérificateur est préparé pour les actionnaires de la société par opposition aux gestionnaires.

If such an audit were conducted by another firm of chartered accountants there would be no question that they would be third parties in relation to the corporation and disclosures to those auditors would constitute waiver of privilege . . . [Emphasis is mine.]

a

Later in the course of his judgment, Haley J. outlined the practice of outside auditors in the United States when confronted with documents belonging to a client which are privileged but which are nevertheless required to conduct an independent audit. He stated, at page 150:

b

It appears from the practice in the United States outlined in an article "Lawyers' Responses to Audit Inquiries and the Attorney-Client Privilege", Arthur B. Hooker; in (1980), 35 Bus. Law. 1021, that auditors will often request, privileged documents from clients or their attorneys in the course of the audit. To the extent that these disclosures are necessary to permit the independent auditor to fulfil his obligations the client will be required to waive the privilege.

c

d

The reason behind such a practice is obvious. Because of the higher duty which they owe to the shareholders, external auditors are bound to disclose otherwise privileged information which comes to their attention and which may have a material impact on the financial statements under audit so that the release of such information to the auditors is a *de facto* abandonment of the privilege by the client.

e

f

g

The Auditor General is by law the auditor of the Museum.⁴ As such his responsibilities and functions are essentially the same as those of external auditors. He acts as a "public watchdog" which demands in turn that he maintain total independence at all times. He owes no fidelity to the entities which he is called upon to audit. His only obligation in relation to any given audit is to state for the benefit of the responsible minister and Parliament whether the statements audited present information fairly in accordance with

h

i

j

Si une telle vérification devait être effectuée par un autre cabinet de comptables agréés il serait indiscutable qu'ils seraient des tiers par rapport à la société et les communications à ces vérificateurs constitueraient une renonciation au secret professionnel . . . [Non souligné dans l'original.]

Plus loin dans son jugement, le juge Haley a souligné la pratique des vérificateurs externes aux États-Unis lorsque ceux-ci sont confrontés par des documents privilégiés qui appartiennent à leur client mais qui sont néanmoins nécessaires pour effectuer une vérification indépendante. Il a dit, à la page 150:

[TRADUCTION] Il ressort de la pratique aux États-Unis décrite dans un article «Lawyers' Responses to Audit Inquiries and the Attorney-Client Privilege», Arthur B. Hooker, dans (1980), 35 Bus. Law. 1021, que les vérificateurs ont souvent exigé des documents protégés par le secret professionnel des clients ou des avocats dans le cadre de la vérification. Dans la mesure où ces communications sont nécessaires pour permettre au vérificateur indépendant de remplir ses obligations, le client sera tenu de renoncer au secret professionnel.

La raison sur laquelle se fonde une telle pratique est évidente. En raison de l'obligation de premier ordre à laquelle ils sont tenus envers les actionnaires, les vérificateurs externes doivent faire état des renseignements dont ils prennent connaissance dans la mesure où ils peuvent avoir un effet sur l'exactitude des états financiers qui font l'objet de la vérification et ce nonobstant tout privilège dont pourrait se réclamer le client. Il ressort de ceci que toute communication de ce type de renseignement par un client à son vérificateur constitue de fait un abandon par le client de son droit au secret professionnel à l'égard du renseignement en question.

Le vérificateur général est, aux termes de la loi, le vérificateur du Musée⁴. À ce titre ses responsabilités et ses fonctions sont essentiellement les mêmes que celles d'un vérificateur externe. Il agit à titre de «gardien public» qui exige en retour qu'il conserve une indépendance totale en tout temps. Il ne doit aucune allégeance aux organismes qui sont assujettis à sa vérification. Sa seule obligation à l'égard d'une vérification donnée est d'indiquer pour le compte du ministre responsable et du parlement si les états qui

⁴ *Museums Act*, S.C. 1990, c. 3, s. 30.

⁴ *Loi sur les musées*, L.C. 1990, ch. 3, art. 30.

stated accounting principles on a basis consistent with prior years together with any reservations he may have.⁵

Keeping the foregoing in mind, I believe that the Auditor General must be looked upon as a third party *vis-à-vis* the government entities that he is called upon to audit. In terms of the privilege, it is also apparent that the disclosure of an otherwise privileged document to the Auditor General in the course of an audit is wholly inconsistent with an intent to maintain the privilege and as such amounts to a waiver. The mere fact that the Auditor General cannot be confined by a privilege belonging to the entity which he is called upon to audit,⁶ and that he must indeed make use of relevant and material information that comes to his attention in the fulfilment of his statutory mandate clearly establishes that the voluntary release of information to the Auditor General must be understood as a waiver of privilege by all those concerned.

The Museum argues, however, that the release of the forensic report to the Auditor General was not voluntary as it was disclosed pursuant to statutory provisions requiring such disclosure. The record does not bear this out. What the record does indicate is that the forensic report was turned over to the Auditor General further to the recommendation of the Audit and Finance Committee of the Museum made during an *in camera* meeting which was attended by officers of the Office of the Auditor General. The minutes indicate that one of these officers expressed a need for the Office of the Auditor General to satisfy itself that the forensic report was confected in accordance with its standards. This need arose from the

⁵ *Auditor General Act*, s. 6.

⁶ S. 13(3) which compels the staff of the Office of the Auditor General to take any oath of secrecy required to be taken by employees of the entity under audit cannot be construed as preventing the Auditor General from making use of and disclosing to Parliament any information of significance which he has the duty to bring to the attention of Parliament under s. 7.

font l'objet de la vérification sont présentés fidèlement et conformément aux conventions comptables énoncées selon une méthode compatible avec celle des années précédentes et en exprimant le cas échéant ce en quoi la vérification est déficiente⁵.

En tenant compte de ce qui précède, je suis d'avis que le vérificateur général doit être considéré comme un tiers à l'égard des organismes gouvernementaux dont il est chargé d'effectuer la vérification. Quant au secret professionnel comme tel, il semble aussi évident que la communication au vérificateur général de documents par ailleurs privilégiés dans le cadre d'une vérification est tout à fait incompatible avec une intention de conserver le secret professionnel et qu'à ce titre elle équivaut à une renonciation. Le simple fait que le vérificateur général ne soit pas lié par le secret professionnel dont jouit l'organisme assujéti à sa vérification⁶, et qu'il ait, dans le cadre du mandat qui lui est confié par la loi, l'obligation de tenir compte de tout renseignement pertinent qui est porté à son attention fait en sorte que la communication volontaire de renseignement au vérificateur général doit être interprétée par toutes les personnes intéressées comme une renonciation au secret professionnel.

Toutefois, le Musée soutient que la communication du rapport de la vérification judiciaire au vérificateur général n'était pas volontaire car elle a été effectuée en application des dispositions législatives qui l'exigent. Ce n'est pas ce qui ressort du dossier. Le dossier indique que le rapport de la vérification judiciaire a été remis au vérificateur général par suite de la recommandation du Comité sur la vérification et les finances du Musée prise pendant une réunion à huis clos à laquelle assistaient des fonctionnaires du Bureau du vérificateur général. Selon le procès-verbal, l'un de ces fonctionnaires a expliqué que le Bureau du vérificateur général devait être en mesure de s'assurer que le rapport de la vérification judi-

⁵ *Loi sur le vérificateur général*, art. 6.

⁶ L'art. 13(3) qui oblige le personnel du Bureau du vérificateur général de prêter le serment du secret exigé des employés de l'organisme qui fait l'objet de la vérification ne peut être interprété comme empêchant le vérificateur général de tenir compte et de communiquer au Parlement les renseignements d'importance qu'il est tenu de porter à l'attention du Parlement aux termes de l'art. 7.

view expressed by the same officer that the Auditor General had to be prepared to answer questions about the management of the Museum.⁷

That is the context in which the forensic report was turned over to the Office of the Auditor General. There is no evidence that the Auditor General invoked any of his statutory powers to compel the Museum to disclose the report nor is there any indication that the Auditor General would have resorted to any such powers if the Museum had refused disclosure on the grounds of privilege. Furthermore, even if the Auditor General wanted to use his statutory powers, it is not clear that he possessed the power to actually compel the production of the report. Finally, even if he did possess such powers, and if I could read from the record a *de facto* invocation of these powers, it is not obvious to me that the Museum's privilege could not have been validly invoked to resist disclosure.

The Museum further argues that the mere possibility that, in the absence of turning over the record, the Auditor General could have reported to the House of Commons its failure to cooperate⁸ was sufficient compulsion in itself, and that on that ground alone, the disclosure of the forensic report cannot be said to have been voluntary. I rather think that this highlights the fact that the Museum was confronted with a choice and that it opted to disclose the information rather than preserve its confidentiality.

⁷ Applicant's application record, Vol. 1, p. 81, at p. 82. The Museum's president, in a subsequent announcement, described the Auditor General's interest in the document as follows:

Because of the lingering influence of the allegations made against the museum's management team with respect to the way it conducted the financial management of the corporation, the OAG felt it necessary to review in detail the financial sections of the forensic audit.

Applicant's application record, Vol. 1, p. 86.

⁸ See s. 7(1)(b) of the *Auditor General Act*.

cière avait été préparé conformément à ses normes. Ce besoin découlait de l'opinion exprimée par le même fonctionnaire selon laquelle le vérificateur général devait être prêt à répondre à des questions sur la gestion du Musée⁷.

C'est le contexte dans lequel le rapport de la vérification judiciaire a été remis au Bureau du vérificateur général. Il n'y a aucun élément de preuve selon lequel le vérificateur général a invoqué l'un ou l'autre des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi pour obliger le Musée à lui communiquer le rapport et il n'y a pas non plus d'indication que le vérificateur général aurait choisi d'exercer ses pouvoirs si le Musée avait refusé la divulgation en invoquant le secret professionnel. Qui plus est, même si le vérificateur général avait voulu exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, il n'est pas clair qu'il possédait le pouvoir d'obliger le Musée à produire le rapport. Finalement, même s'il détenait ce pouvoir, et en présumant de son invocation, je ne suis pas convaincu que le privilège n'aurait pas pu être valide- ment réclamé par le Musée pour empêcher la divul- gation.

Le Musée soutient en outre que dans l'éventualité de son refus de collaborer, la seule possibilité que le vérificateur général aurait pu faire état de ce refus dans son rapport à la Chambre des communes⁸ constituait une contrainte qui l'obligeait à collaborer et que ceci suffit pour établir que la communication du rapport de la vérification judiciaire ne fut pas volontaire. Je suis plutôt d'avis que ceci illustre le fait que le Musée devait prendre une décision à l'égard des renseignements en question, et a choisi de les divulguer plutôt que de tenter d'en préserver la confidentialité.

⁷ Dossier de demande du requérant, vol. 1, p. 81, à la p. 82. Le président du musée, dans une annonce subséquente, a décrit l'intérêt du vérificateur général dans le document de la manière suivante:

[TRADUCTION] En raison de l'insistance des allégations présentées contre l'équipe de gestion du musée concernant la manière dont elle a géré les finances de la société, le BVG a jugé nécessaire d'examiner en détail les articles financiers de la vérification judiciaire.

Dossier de la demande du requérant, vol. 1, p. 86.

⁸ Voir l'art. 7(1)(b) de la *Loi sur le vérificateur général*.

I therefore reject the contention that the Museum was compelled to disclose the report to the Auditor General. The report was turned over to the Auditor General voluntarily and with the full knowledge that it would be reviewed and used in conformity with the Auditor General's statutory mandate.⁹ Indeed, it was so used and as it turned out, the Museum and its management were vindicated by the published report of the Auditor General to the responsible Minister which stated, *inter alia*:

Our review of the KMPG report did not disclose any matters that would have an impact on the financial statements nor have we noted any other matters emerging from the report that would result in a non-compliance issue.¹⁰

In the process, however, the Museum waived the privilege. I have therefore concluded that there is no ground upon which the Museum can maintain the refusal to disclose the report and an order compelling the release of the report to the PIPSC will be issued, with costs against the Museum.

In order to preserve the confidentiality of the subject report pending the possible exercise by the Museum of its right of appeal, the release order will be effective thirty days from today's date.

Par conséquent, je rejette l'argument selon lequel le Musée a été contraint de communiquer le rapport au vérificateur général. Le Musée a remis le rapport au vérificateur général volontairement alors que tous les gestionnaires responsables de cette décision savaient très bien qu'il serait examiné et utilisé conformément au mandat confié par la loi au vérificateur général⁹. C'est de fait ce qui s'est produit et le Musée et ses gestionnaires furent absous de toute incurie administrative par le rapport qui fut éventuellement publié par le vérificateur général et présenté au ministre responsable lequel énonçait, notamment:

[TRADUCTION] Notre examen du rapport KMPG n'a pas révélé de questions qui auraient un effet sur les états financiers et nous n'avons pas non plus remarqué d'autres questions soulevées par ce rapport qui entraîneraient une question de non-respect¹⁰.

En cours de route toutefois, le Musée a renoncé au secret professionnel. J'ai par conséquent conclu qu'il n'y a aucun motif en vertu duquel le Musée peut refuser de communiquer le rapport et une ordonnance visant la communication du rapport à l'IPFPC sera rendue, les dépens étant adjugés contre le Musée.

Afin de préserver le caractère confidentiel du rapport en attendant l'exercice éventuel par le Musée de son droit d'appel, l'ordonnance de communication entrera en vigueur dans 30 jours à compter d'aujourd'hui.

⁹ The record reveals that the Audit and Finance Committee was specifically advised that the audit would extend beyond the norms and that the Auditor General had the right (indeed the duty) to report to the Minister, and that the final report would belong to the Minister. Applicant's application record, Vol. 1, p. 83.

¹⁰ Applicant's application record, Vol. 1, p. 87.

⁹ Il ressort du dossier que le Comité de la vérification et des finances a été précisément avisé que la vérification dépasserait les normes et que le vérificateur général avait le droit (en fait l'obligation) de présenter un rapport au ministre et que le rapport final appartiendrait à celui-ci. Dossier de demande du requérant, vol. 1, p. 83.

¹⁰ Dossier de demande du requérant, vol. 1, p. 87.