

T-126-15  
2016 FC 1352

T-126-15  
2016 CF 1352

**The Minister of National Revenue** (*Applicant*)

**Le ministre du Revenu national** (*demandeur*)

v.

c.

**Iggillis Holdings Inc. and Ian Gillis** (*Respondents*)

**Iggillis Holdings Inc. et Ian Gillis** (*défendeurs*)

and

et

**Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisition** (*Intervener*)

**Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisition** (*intervenante*)

**INDEXED AS: IGGILLIS HOLDINGS INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE)**

**RÉPERTORIÉ : IGGILLIS HOLDINGS INC. c. CANADA (REVENU NATIONAL)**

Federal Court, Annis J.—Edmonton, May 3; Ottawa, December 7, 2016.

Cour fédérale, juge Annis—Edmonton, 3 mai; Ottawa, 7 décembre 2016.

*Barristers and Solicitors — Common interest privilege — Application under Income Tax Act, s. 231.7(1) seeking to enforce requirement for information on respondents to produce document pursuant to Act, s. 231.2(1) — Respondents claiming common interest privilege (CIP) to protect solicitor-client privileged (SCP) communications disclosed during commercial transaction; arguing that CIP accepted doctrine applying in all areas of SCP — Scope of CIP restricted in some jurisdictions — American decision in Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc. refusing to apply CIP outside of litigation-related circumstances — Respondents selling shares to intervener — Various tax memoranda, legal advice circulating between parties’ lawyers, including document at issue (Abacus memo) — Canada Revenue Agency (CRA) alleging transactions tax avoidance scheme, requesting Abacus memo — Applicant arguing, inter alia, Abacus memo “business document” thus not privileged, not subject to CIP — Main issues whether Abacus memo protected by SCP; whether Abacus memo protected by CIP in accordance with case law; whether CIP valid constituent of SCP — Abacus memo legal advice, protected from disclosure under SCP — Not business record because lawyers working out solutions therein based on legal conclusions — Parties’ actions consistent with basis of CIP — No waiver of privilege arising from parties’ lawyers — In Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada, involving joint client privilege (JCP) case, Federal Court determining that having transaction concluded constituting common interest essential to doctrine of CIP — Abacus memo reflecting intent to minimize tax exposure, relating only to that issue because legal opinions driving transaction — Legal issues motivating*

*Avocats — Privilège d’intérêt commun — Demande déposée en vertu de l’art. 231.7(1) de la Loi de l’impôt sur le revenu en vue de faire exécuter la demande de renseignements afin d’enjoindre les défendeurs à produire un document en vertu de l’art. 231.2(1) de la Loi — Les défendeurs revendiquaient un privilège d’intérêt commun afin de protéger les communications confidentielles entre un avocat et son client divulguées durant la négociation d’une opération commerciale et ont fait valoir que le privilège d’intérêt commun est un principe reconnu qui s’applique à tous les aspects du secret professionnel de l’avocat — La portée du privilège d’intérêt commun est limitée dans certains territoires — L’arrêt américain Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc. a refusé d’appliquer le privilège d’intérêt commun dans les circonstances qui ne sont pas liées à un litige — Les défendeurs ont vendu des actions à l’intervenante — Plusieurs notes de service fiscales et un avis juridique ont été communiqués aux avocats des parties, y compris le document faisant l’objet du présent litige (la note de service Abacus) — L’Agence du revenu du Canada (ARC) a allégué que les opérations constituaient des stratagèmes d’évitement fiscal et a demandé d’avoir accès à la note de service Abacus — Le demandeur a fait valoir, entre autres, que la note de service n’était pas privilégiée parce qu’il s’agit principalement d’un « document commercial » qui ne fait pas l’objet d’un privilège d’intérêt commun — Il s’agissait principalement de savoir si la note de service Abacus est protégée par le secret professionnel de l’avocat, si elle est protégée par le privilège d’intérêt commun conformément à la jurisprudence et si le privilège d’intérêt commun est un élément constitutif valide du secret*

*transaction raison d'être of Abacus memo — Advisory CIP not valid constituent form of SCP, having no application to facts herein — Litigation privilege, SCP distinct — Advisory CIP established by coat-tailing on litigation CIP while proper analysis of compatibility thereof with SCP doctrine never made — CIP principles not irreconcilable with litigation privilege doctrine — Common interest necessary to establish CIP, not JCP — Case law supporting advisory CIP established under cloak of confusion — SCP class privilege, not case-by-case privilege — Advisory CIP as exception to waiver of SCP irreconcilable with SCP doctrine — Striking down waiver principle emptying privilege of function, doctrinal rationale — Privilege properly claimed complying with doctrinal principles underlying SCP — Case law not suggesting that SCP must not be interpreted restrictively, not supporting liberal construction of SCP — No basis for recognition of legitimate expectation interest supporting advisory CIP — Selective waiver violating SCP fundamental precepts — Fundamental differences underlying litigation privilege, SCP; these differences legitimizing grounds for accepting litigation CIP to expand scope of privilege — Strategic purpose of legal advisory CIP anticipation of creating litigation, which purpose incompatible with SCP doctrine — SCP doctrine about maintaining solicitor-client relationship — Doctrine of litigation privilege ultimately favouring shared confidential communications — Advisory CIP rejected on ground not coextensive, reconcilable with SCP requirements — Finally, advisory CIP providing no benefit to administration of justice; claimed policy benefit therefore entirely speculative, representing cost to society — Therefore, respondents required to produce Abacus memo — Application allowed.*

*professionnel de l'avocat — La note de service Abacus est une consultation juridique et elle est protégée contre la divulgation par le secret professionnel de l'avocat — La note de service n'est pas une pièce commerciale parce que les avocats des parties ont travaillé ensemble à chaque étape de l'opération pour trouver des solutions ou tirer des conclusions juridiques — Les actes des parties étaient conformes au fondement du privilège d'intérêt commun — L'échange des avis juridiques entre les avocats ne constituait pas une renonciation au privilège — Dans la décision Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada, qui porte sur le secret professionnel conjoint, la Cour fédérale a conclu que l'intérêt commun essentiel au principe du privilège d'intérêt commun serait de conclure l'opération — La note de service Abacus reflétait l'intention de minimiser l'impôt à payer et ne portait que sur cette question puisque des avis juridiques sous-tendaient l'opération — Les questions juridiques qui sous-tendent la structure de l'opération de vente commune étaient la raison d'être de la note de service Abacus — Le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas un élément valide du secret professionnel de l'avocat et ne s'appliquait donc pas aux faits de l'espèce — Le privilège relatif au litige est distinct du secret professionnel de l'avocat — Le privilège d'intérêt commun consultatif a été établi en profitant du succès du privilège d'intérêt commun relatif au litige alors qu'une analyse appropriée de sa compatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat n'a jamais été effectuée — Les principes du privilège d'intérêt commun ne sont pas incompatibles avec le principe du privilège relatif au litige — Un intérêt commun est nécessaire pour établir un privilège d'intérêt commun, mais ne l'est pas pour établir un secret professionnel conjoint — La jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif a été établie sous un voile de confusion — Le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique et non un privilège reconnu au cas par cas — Le privilège d'intérêt commun consultatif en tant qu'exception à la renonciation du secret professionnel de l'avocat est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat — L'annulation du principe de renonciation dépouille le privilège de toutes ses fonctions et de son fondement doctrinal — Un privilège adéquatement revendiqué est conforme aux principes doctrinaux sur lesquels se fonde le secret professionnel de l'avocat — La jurisprudence ne laisse entendre nulle part que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être interprété restrictivement et n'appuie pas une interprétation libérale du secret professionnel de l'avocat — Il n'y a aucune raison de reconnaître une attente légitime pour appuyer le privilège d'intérêt commun consultatif — La renonciation sélective va à l'encontre de ses préceptes fondamentaux du secret professionnel de l'avocat — Il existe des différences fondamentales dans le fondement du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat; ces différences rendent légitimes les motifs justifiant l'acceptation du fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige étend la portée du privilège — L'objectif*

*stratégique du privilège d'intérêt commun consultatif vise à promouvoir des opérations pour lesquelles on prévoit qu'elles susciteront un litige, et cet objectif est incompatible avec la doctrine du secret professionnel de l'avocat — Le principe du secret professionnel de l'avocat porte sur le maintien de la relation avocat-client — Le principe du privilège relatif au litige favorise en fin de compte le partage de communications confidentielles — Le motif sur lequel se fonder pour rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif est qu'il ne correspond pas aux exigences du secret professionnel de l'avocat et qu'il est incompatible avec ce dernier — Enfin, le privilège d'intérêt commun consultatif n'apporte aucun avantage pour l'administration de la justice; l'avantage de principe allégué est entièrement spéculatif et représente un coût pour la société — Par conséquent, les défendeurs ont été tenus de présenter la note de service Abacus — Demande accueillie.*

This was a summary application under subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act* to enforce a requirement for information on the respondents to produce a document pursuant to subsection 231.2(1) of the Act.

The issue surrounding the application was whether the respondents were entitled to claim a common interest privilege (CIP) to protect solicitor-client privileged (SCP) communications disclosed during the negotiation of a commercial transaction. The respondents relied on American and Canadian case law to demonstrate that CIP is an accepted doctrine to be applied in all areas of SCP, including commercial transactions. The scope of CIP has been restricted in some American States to litigation-related matters including situations of anticipated litigation. The New York Court of Appeals, in *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, made this distinction and refused to apply CIP outside of litigation-related circumstances.

The respondent Iggillis Holdings Inc., validly incorporated under the laws of the province of Alberta, and the respondent Ian Gillis, a director and shareholder of the corporation, owned assets in a business partnership. The respondents entered into a series of transactions that resulted in the sale to the intervener of shares of the partnership. Negotiations and discussions between the lawyer for the respondents (Mr. Kirby) and the lawyer for the intervener (Mr. Nitikman) relating to the transaction continued until and after the transaction closed. In the course of these negotiations and discussions, Mr. Nitikman drafted various tax memoranda and circulated them to the respondents' advisors. The legal advice travelled in both directions. It culminated in the document at issue in the application herein (the Abacus memo), which was primarily the work product of the intervener but with Mr. Kirby's

Il s'agissait d'une demande sommaire déposée en vertu du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue de faire exécuter la demande de renseignements afin d'enjoindre les défendeurs à produire un document en vertu du paragraphe 231.2(1) de la Loi.

La question entourant la demande visait à déterminer si les défendeurs pouvaient revendiquer un privilège d'intérêt commun afin de protéger les communications confidentielles divulguées durant la négociation d'une opération commerciale. Les défendeurs se sont fondés sur une jurisprudence américaine et canadienne pour démontrer que le privilège d'intérêt commun est un principe reconnu qui s'applique à tous les aspects du secret professionnel de l'avocat, y compris aux opérations commerciales. La portée du privilège d'intérêt commun a été limitée dans certains États américains aux affaires relatives à des litiges, notamment aux cas de litige anticipé. La Cour d'appel de New York dans l'arrêt *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.* a établi cette distinction et a refusé d'appliquer le privilège d'intérêt commun dans les circonstances qui ne sont pas liées à un litige.

La défenderesse, Iggillis Holdings Inc., a été dûment constituée en société selon les lois de la province de l'Alberta et le défendeur, Ian Gillis, administrateur et actionnaire de la société, détenaient des actifs dans une société de commerce. Les défendeurs ont réalisé une série d'opérations qui ont finalement donné lieu à la vente des actifs de la société de commerce à l'intervenante. Les négociations et les discussions entre l'avocat des défendeurs (M. Kirby) et l'avocat de l'intervenante (M. Nitikman) concernant l'opération ont débuté et se sont poursuivies jusqu'après la réalisation de l'opération. Au cours de ces négociations et discussions, M. Nitikman a rédigé plusieurs notes de service fiscales et les a communiquées aux conseillers des défendeurs. L'avis juridique a également été communiqué aux deux parties. Le conseil juridique a donné lieu au document faisant l'objet de la présente demande (la

contribution. In December 2007, the Abacus memo was provided by Mr. Nitikman to Mr. Kirby. A few days later the intervener and the respondents completed the transaction. The Canada Revenue Agency (CRA) was of the view that the transactions entered into by the respondents may have been for the purpose of maximizing shareholder benefit by avoiding payment of the tax triggered by the sale of the corporate partners' assets. The CRA requested that the respondents provide it in particular with a copy of a letter of intent, or similar documentation, issued by the intervener to the respondents. In response thereto, Mr. Kirby stated that the transactions were described in the Abacus memo, which was subject to SCP. The respondents informed the CRA that they were claiming CIP over the Abacus memo to protect privileged communications.

The applicant argued that the Abacus memo is not privileged because it is primarily a "business document" wherein the legal advice is incidental to the true nature of the transaction. The applicant also claimed that the Abacus memo is not subject to CIP and, therefore, that the intervener lost or waived its privilege over the memo when Mr. Nitikman circulated the memo to Mr. Kirby.

The issues were whether the Abacus memo was *prima facie* protected by SCP; whether the Abacus memo was protected by CIP in accordance with the Federal Court decision in *Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada (Pitney Bowes)* and its supporting case law; and whether CIP is a valid constituent of SCP.

*Held*, the application should be allowed.

The Abacus memo is legal advice provided by the lawyers to their clients in the strictest confidence and protected from disclosure under SCP subject to whether the privilege has been waived or is protected by CIP. The Abacus memo was the fruit of cooperative efforts of lawyers who were highly experienced in the legal considerations of income tax and related commercial law subjects. However, this does not mean that a business plan cooperatively arrived at based upon the consequences of implementing counsels' legal advice to achieve tax savings renders the memo a business record. Two parties mandating their lawyers to work together on behalf of both clients to find a "business solution" to their mutual advantage, but based upon the consequences of implementing their legal advice on the specific issue of tax savings, does not render the fruit of their labour a mere business record.

note de service Abacus), qui était principalement le produit du travail de l'intervenante mais auquel M. Kirby a contribué. En décembre 2007, M. Nitikman a transmis la note de service Abacus à M. Kirby. Quelques jours plus tard, l'intervenante et les défendeurs ont réalisé l'opération. L'Agence du revenu du Canada (ARC) était d'avis que les opérations conclues par les défendeurs pourraient avoir été conclues dans le but de maximiser l'avantage conféré à un actionnaire en évitant de payer de l'impôt à la suite de la vente des actifs des sociétés associées. L'ARC a demandé aux défendeurs de fournir une copie d'une lettre d'intention, ou d'un document semblable, délivrée aux défendeurs par l'intervenante. En réponse à cette demande, M. Kirby a indiqué que les opérations étaient décrites dans la note de service Abacus, qui était assujettie au secret professionnel de l'avocat. L'ARC a été avisée que les défendeurs revendiquaient un privilège à l'égard de la note de service Abacus afin de protéger des communications confidentielles.

Le demandeur a fait valoir que la note de service n'est pas privilégiée parce qu'il s'agit principalement d'un « document commercial » où l'avis juridique est accessoire à la nature réelle de l'opération. Le demandeur a soutenu également que la note de service Abacus ne fait pas l'objet d'un privilège d'intérêt commun et que, par conséquent, l'intervenante a perdu son privilège à l'égard de celle-ci, ou y a renoncé, lors que M. Nitikman a communiqué la note à M. Kirby.

Il s'agissait principalement de savoir si la note de service Abacus est, à première vue, protégée par le secret professionnel de l'avocat; si la note de service Abacus est protégée par le privilège d'intérêt commun conformément à la décision de la Cour fédérale dans *Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada (Pitney Bowes)* et la jurisprudence s'y rapportant; et si le privilège d'intérêt commun est un élément constitutif valide du secret professionnel de l'avocat.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La note de service Abacus est une consultation juridique donnée par les avocats à leur client dans la plus stricte confidentialité et elle est protégée contre la divulgation par le secret professionnel de l'avocat, à moins qu'il y ait eu renonciation au privilège ou qu'elle soit protégée par le privilège d'intérêt commun. La note de service Abacus était le fruit d'efforts conjugués des deux avocats, qui possédaient une très grande expérience des considérations juridiques de l'impôt sur le revenu et des sujets connexes en droit commercial. Cependant, cela ne veut pas dire qu'un plan d'affaires établi en collaboration en fonction des conséquences de la mise en œuvre des conseils juridiques des avocats pour faire des économies fiscales fait de la note de service une pièce commerciale. Deux parties qui confèrent à leurs avocats le mandat de travailler ensemble pour le compte des deux clients afin de trouver une « solution commerciale »

Furthermore, the Abacus memo is not a business record because the parties' lawyers worked together at each step of the transaction to work out solutions based on legal conclusions. Whatever issues arose out of the two parties working jointly by means of bi-directional communication of legal advice was a matter for analysis under the doctrine of CIP.

The parties' actions were consistent with the basis of CIP relating to the creation of certain business partnerships as described in the reasoning in *Pitney Bowes*. The intervener and the respondents clearly agreed that no waiver of privilege would arise from their lawyers. In *Pitney Bowes*, the Court found that the common interest essential to the doctrine of CIP in a commercial transactions context is in having the transaction concluded. *Pitney Bowes* was a joint client privilege (JCP) case although not recognized as such by the Court. In that decision, the parties retained the services of the same lawyer who delivered two opinions with the intent to share them. It should be recognized however that the implications of common interests in JCP being distinguished from those in CIP were not recognized in the CIP case law. Here, the parties clearly agreed that no waiver of privilege would arise from their lawyers trading the legal opinions and views forming the Abacus memo. The Abacus memo reflected the work of the parties in arriving at a structure of the transaction intended to minimize tax exposure and was to the mutual benefit of both parties. While it is true that the parties to a purchase and sale agreement are generally adverse in interest, when they are working cooperatively to reduce taxes payable on the sale of shares, the two parties share a common interest regarding that legal issue. The Abacus memo related only to that issue because legal opinions drove the transaction.

American case law supports the application of the CIP doctrine in the matter herein. It was clear in the present matter that the intervener and the respondents formulated a shared sale transaction based upon a joint legal strategy to complete the transaction and, to that end, carefully coordinated their lawyers' legal efforts which ended up defining the nature of the commercial transactions that the parties concluded.

mutuellement avantageuse, mais en fonction des conséquences de l'application de leur avis juridique à la question précise de l'économie fiscale, ne fait pas en sorte que le fruit de leur travail est une simple pièce commerciale. En outre, la note de service Abacus n'est pas une pièce commerciale parce que les avocats des parties ont travaillé ensemble à chaque étape de l'opération pour trouver des solutions ou tirer des conclusions juridiques. Peu importe les problèmes découlant du fait que les deux parties ont travaillé ensemble par voie de communication bidirectionnelle d'avis juridiques, il s'agissait d'une question qui devait être analysée en fonction du principe du privilège d'intérêt commun.

Les actes des parties étaient conformes au fondement du privilège d'intérêt commun relatif à la création de certains partenariats commerciaux, comme il est décrit dans le raisonnement de la décision *Pitney Bowes*. L'intervenante et les défendeurs ont clairement convenu que l'échange entre leurs avocats ne constituerait pas une renonciation au privilège. Dans la décision *Pitney Bowes*, la Cour a conclu que l'intérêt commun essentiel au principe du privilège d'intérêt commun dans un contexte d'opérations commerciales est de conclure l'opération. La décision *Pitney Bowes* portait sur le secret professionnel conjoint, même si cela n'a pas été reconnu par la Cour. Dans cette décision, les parties avaient décidé de retenir les services du même avocat, qui a donné deux avis juridiques avec l'intention de les communiquer. Il y a toutefois lieu de reconnaître que la différence entre les conséquences des intérêts communs dans le contexte du secret professionnel conjoint et celles dans le contexte du privilège d'intérêt commun n'a pas été reconnue dans la jurisprudence relative au privilège d'intérêt commun. En l'espèce, les parties ont clairement convenu que l'échange des avis juridiques et des points de vue constituant la note de service Abacus entre leurs avocats ne constituerait pas une renonciation au privilège. La note de service reflétait le travail des parties pour parvenir à une structure de l'opération qui visait à minimiser l'impôt à payer et était à l'avantage mutuel des deux parties. Bien qu'il soit vrai que les parties à une entente de vente et d'achat ont généralement un intérêt opposé, lorsqu'elles travaillent en collaboration pour réduire l'impôt payable sur la vente des actions, les deux parties partagent un intérêt commun à l'égard de cette question juridique. La note de service Abacus ne portait que sur cette question puisque des avis juridiques sous-tendaient l'opération.

La jurisprudence américaine citée par le demandeur appuie l'application du principe de privilège d'intérêt commun en l'espèce. Il était clair, en l'espèce, que l'intervenante et les défendeurs ont élaboré une opération de vente commune selon une stratégie juridique commune afin de réaliser l'opération et qu'à cette fin, ils ont coordonné avec soin les efforts juridiques de leurs avocats qui ont fini par définir la nature des opérations commerciales que les parties ont réalisées.

While American case law has recognized CIP in circumstances almost identical to those in this matter, advisory CIP is not a valid constituent form of SCP and therefore has no application to the facts herein. The essential error in advisory CIP's history arose when it was thought to be supported by the same rationale that underlines litigation CIP. In failing to recognize that litigation privilege and SCP are "distinct conceptual animals", advisory CIP was established by coat-tailing on litigation CIP. This allowed the doctrine to be established without a proper analysis of its compatibility with SCP doctrine. CIP principles are not irreconcilable with the litigation privilege doctrine. Allied lawyer situations are not analogous to JCP situations under the doctrine of SCP. Sharing legal advice on a common interest in litigation may be consistent with the strategic adversarial nature of litigation. All communications in a JCP situation are within the solicitor-client relationship and the privilege is coherent with the SCP doctrine. Conversely, the communications in an allied lawyer CIP situation are not limited to those between a lawyer and his or her client seeing that the lawyer does not have a solicitor-client relationship with the other parties who have their own separate counsel. The duty of loyalty owed by the lawyer to all joint clients informs the ethical limits of joint client representation. Joint client representation adheres to the rationale of SCP, while CIP does not. A common interest is necessary to establish CIP but not to establish JCP.

The case law supporting advisory CIP was established under a cloak of confusion with common interests in JCP and litigation privilege and with very little analysis of the factors and considerations relating to the legitimacy of advisory CIP. SCP is a class privilege, not a case-by-case privilege, which means that any communications between a client and his or her lawyer relating to the provision of legal services that are made in confidence are *prima facie* protected. Advisory CIP, as an exception or defence to waiver of SCP, is irreconcilable with and eviscerates the SCP doctrine of any meaning. This is because the components and the logic of SCP are interconnected and interdependent. Striking down the waiver principle empties the privilege of all of its function and doctrinal rationale. In recognizing advisory CIP, an existing speculative benefit to the administration of justice has been leveraged and turned into an

Bien que la jurisprudence américaine ait reconnu le privilège d'intérêt commun dans des circonstances presque identiques à celles en l'espèce, le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas un élément valide du secret professionnel de l'avocat et ne s'applique donc pas aux faits de l'espèce. L'erreur fondamentale dans l'histoire du privilège d'intérêt commun consultatif est survenue lorsque l'on s'est mis à penser qu'il était fondé sur les mêmes raisons d'être qui sous-tendent le privilège d'intérêt commun relatif au litige. Omettant de reconnaître que le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat sont des « concepts distincts », le privilège d'intérêt commun consultatif a été établi en profitant du succès du privilège d'intérêt commun relatif au litige. Cela a permis d'établir le principe sans effectuer d'analyse appropriée de sa compatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Les principes du privilège d'intérêt commun ne sont pas incompatibles avec le principe du privilège relatif au litige. Les situations mettant en cause des avocats alliés ne sont pas semblables aux situations faisant intervenir le secret professionnel conjoint selon le principe du secret professionnel de l'avocat. Le partage d'avis juridique sur la base d'un intérêt commun à l'égard d'un litige peut être conforme à la nature contradictoire stratégique des litiges. Toutes les communications partagées dans un contexte de secret professionnel conjoint se font entre l'avocat et son client, et le privilège est conforme au principe du secret professionnel de l'avocat. En revanche, les communications dans une situation de privilège d'intérêt commun où des avocats sont alliés ne se limitent pas à celles échangées entre un avocat et son client puisque l'avocat n'entretient pas de relation avocat-client avec les autres parties qui ont leur propre avocat. Le devoir de loyauté de l'avocat envers tous les clients conjoints oriente les limites éthiques de la représentation de clients conjoints. La représentation de clients conjoints est conforme à la raison d'être du secret professionnel de l'avocat, contrairement au privilège d'intérêt commun. Un intérêt commun est nécessaire pour établir un privilège d'intérêt commun, mais ne l'est pas pour établir un secret professionnel conjoint.

La jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif a été établie sous un voile de confusion avec les intérêts communs du secret professionnel conjoint et du privilège relatif au litige, et très peu d'analyses ont été effectuées des facteurs et considérations concernant la légitimité du privilège d'intérêt commun consultatif. Le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique et non un privilège reconnu au cas par cas, ce qui veut dire que toute communication entre un client et son avocat concernant la prestation de services juridiques sous le couvert de la confidentialité est, à première vue, protégée. Le privilège d'intérêt commun consultatif à titre d'exception ou de moyen de défense contre la renonciation au secret professionnel de l'avocat est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat et l'en dépouille de toute signification. Il en est ainsi parce

expanded benefit for two or more parties in future litigation, at a cost to the opposing party, contrary to the requirements that underpin the rationale for SCP. This is so, particularly with regard to the requirement that SCP be restrictively limited to its principles to prevent undue obstruction to justice and unfairness to opposing parties in future litigation. A privilege that is properly claimed is one that is within its proper limits, meaning that the privilege claimed must comply with the doctrinal principles underlying SCP. Nowhere does the case law suggest that SCP is not to be interpreted restrictively. The case law does not support a liberal construction of SCP to expand its scope beyond what can properly be claimed. There is no basis for the recognition of a legitimate expectation interest supporting advisory CIP in either theory or practice. Selective waiver can no more be reconciled with the rationale of SCP than CIP, and makes even less sense as it strays completely from any connection with the principle of confidentiality at the heart of SCP. It too violates its fundamental precepts and is equally unfair to someone harmed by the results of the protected communications but does so without any reference to any aspect of the rationale underlying SCP.

Although the case law regarding CIP does not distinguish between litigation privilege and SCP, there are nonetheless fundamental differences in the rationales underlying the two forms of privilege. One is to protect the adversarial process, the other to protect the solicitor-client relationship. SCP is all about the relationship. These differences legitimize the grounds for accepting litigation CIP to expand the scope of the privilege as a strategic adversarial consideration in the litigation context by providing an exception to waiver, a rationale that does not apply to advisory CIP. The principal *raison d'être* of legal advisory CIP is in the anticipation of creating litigation because of the nature of the transaction that the privilege really protects, i.e. transactions of questionable legality. The real advantage of CIP occurs when it is applied at trial — when the parties anticipate litigation occurring as a result of the transaction that they are negotiating. This purpose is purely strategic, to keep the evidence of their privileged communications out of the anti-

que les composantes et la logique du secret professionnel de l'avocat sont interdépendantes et liées les unes aux autres. L'annulation du principe de renonciation dépouille le privilège de toutes ses fonctions et de son fondement doctrinal. En reconnaissant le privilège d'intérêt commun consultatif, un avantage spéculatif existant pour l'administration de la justice a été soulevé et transformé en avantage élargi pour au moins deux parties dans un litige ultérieur, à un coût pour la partie opposée, contrairement aux exigences qui sous-tendent la raison d'être du secret professionnel de l'avocat. Il en est ainsi particulièrement en ce qui concerne l'exigence voulant que le secret professionnel de l'avocat soit rigoureusement limité à ses principes afin d'éviter une entrave indue à la justice et une iniquité pour les parties opposées dans un litige ultérieur. Un privilège adéquatement revendiqué est celui qui respecte ses propres limites, ce qui veut dire que le privilège revendiqué doit être conforme aux principes doctrinaux sur lesquels se fonde le secret professionnel de l'avocat. Nulle part ces décisions ne laissent entendre que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être interprété restrictivement. La jurisprudence n'appuie pas une interprétation libérale du secret professionnel de l'avocat de manière à étendre sa portée au-delà de ce que l'on peut adéquatement revendiquer. Il n'existe aucune raison de reconnaître une attente légitime pour appuyer le privilège d'intérêt commun consultatif, en théorie comme en pratique. La renonciation sélective ne peut pas plus être réconciliée avec la raison d'être du secret professionnel de l'avocat qu'avec le privilège d'intérêt commun et est encore moins logique parce qu'elle s'éloigne complètement de tout lien avec le principe de la confidentialité qui est au cœur du secret professionnel de l'avocat. Elle va également à l'encontre de ses préceptes fondamentaux et est également injuste pour la personne qui subit un préjudice en raison de la divulgation des communications protégées, mais ne fait aucune mention des aspects de la raison d'être qui sous-tend le secret professionnel de l'avocat.

Même si la jurisprudence relative au privilège d'intérêt commun n'établit pas de distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat, il existe néanmoins des différences fondamentales dans le fondement de ces deux formes de privilège. L'un a pour but de protéger le processus accusatoire, l'autre de protéger la relation avocat-client. Le secret professionnel de l'avocat ne vise que cette relation. Ces différences rendent légitimes les motifs justifiant l'acceptation du fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige étend la portée du privilège à titre de considération accusatoire stratégique dans le contexte du litige, en offrant une exception à la renonciation, à un fondement qui ne s'applique pas au privilège d'intérêt commun consultatif. La principale raison d'être du privilège d'intérêt commun consultatif se trouve dans la perspective de susciter un litige en raison de la nature de l'opération que le privilège protège réellement; c.-à-d. les opérations dont la légalité est

pated trial so as to improve their chance of success, a purpose incompatible with SCP doctrine.

The rationale of litigation privilege, which extends to the anticipation of litigation, serves the purpose of upholding the strategic adversarial trial process, while the rationale of litigation CIP serves that same purpose. There is no rational basis in SCP doctrine that pertains to any outcome from the lawyer-client relationship that it upholds. SCP doctrine is about maintaining the solicitor-client relationship. There is no similarity whatsoever in the rational basis of SCP and that of advisory CIP based on outcomes. The rationale and doctrine of litigation privilege ultimately favours shared confidential communications with parties of a common strategic interest because it is seen as enhancing the strategic adversarial process as a whole. The American decision in *Ambac* was examined and it was determined that *Ambac* was correctly decided but on the wrong legal principle for failing to reject advisory CIP because it cannot be reconciled with SCP doctrine. Therefore, the correct ground for rejecting advisory CIP is that it is not co-extensive and reconcilable with SCP requirements. Despite this conclusion, a cost benefit analysis of advisory CIP was made.

Advisory CIP provides no benefit to the administration of justice in either enhancing compliance or maintaining the solicitor-client relationship while significantly adding to its costs. The claimed policy benefit of advisory CIP of enabling commercial transactions is entirely speculative and more likely represents a cost to society by the fact that advisory CIP mostly enables transactions that anticipate litigation, which undermine the administration of justice or are of no value to society or are harmful thereto.

In conclusion, the respondents were required to produce the Abacus memo pursuant to subsection 231.2(1) of the Act since advisory CIP is not a legitimate or acceptable application of solicitor-client privilege.

douteuse. L'avantage réel est obtenu lorsque le privilège est appliqué lors d'un procès — lorsque les parties anticipent un litige à la suite de l'opération qu'elles sont en train de négocier. Cet objectif est purement stratégique, soit d'exclure la preuve de leurs communications privilégiées du procès prévu afin d'améliorer leurs chances de succès, un objectif qui est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat.

Le fondement du privilège relatif au litige, qui s'étend au litige prévu, vise à confirmer le processus judiciaire contradictoire stratégique, et le fondement du privilège d'intérêt commun relatif au litige poursuit le même objectif. Aucun fondement rationnel dans le principe du secret professionnel de l'avocat ne vise l'issue de la relation avocat-client qu'il confirme. Le principe du secret professionnel de l'avocat porte sur le maintien de la relation avocat-client. Il n'y a absolument aucune similitude entre le fondement rationnel du secret professionnel de l'avocat et celui du privilège d'intérêt commun consultatif en fonction des résultats. Le fondement et le principe du privilège relatif au litige favorisent en fin de compte le partage de communications confidentielles avec des parties ayant un intérêt stratégique commun parce que cela renforce le processus accusatoire stratégique dans son ensemble. La décision américaine dans l'arrêt *Ambac* a été examinée et la Cour a conclu que l'arrêt *Ambac* était correct, mais a été rendu selon un principe juridique erroné en ne rejetant pas le privilège d'intérêt commun consultatif parce qu'il ne peut être réconcilié avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Par conséquent, le motif correct sur lequel se fonder pour rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif est qu'il ne correspond pas aux exigences du secret professionnel de l'avocat et qu'il est incompatible avec ce dernier. Malgré cette conclusion, une analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif a été effectuée.

Le privilège d'intérêt commun consultatif n'apporte aucun avantage pour l'administration de la justice; il ne favorise pas le respect des lois et ne maintient pas la relation avocat-client, mais il accroît considérablement les coûts. L'avantage de principe allégué du privilège d'intérêt commun consultatif est entièrement spéculatif et représente probablement plus un coût pour la société vu le fait que le privilège d'intérêt commun consultatif permet principalement des opérations pour lesquelles on prévoit un litige, ce qui mine l'administration de la justice, ou des opérations qui n'ont aucune valeur ou qui portent préjudice à la société.

En conclusion, les défendeurs ont été tenus de présenter la note de service Abacus conformément au paragraphe 231.2(1) de la Loi, puisque le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas une application légitime ou acceptable du privilège du secret professionnel de l'avocat.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Rules of Evidence* (U.S.), Rule 503(b).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.2, 231.7.

## CASES CITED

## NOT FOLLOWED:

*Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada*, 2003 FCT 214, 225 D.L.R. (4th) 747.

## APPLIED:

*Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016); *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673.

## DISTINGUISHED:

*Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3.

## CONSIDERED:

*Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975); *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995); *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317, [1988] 2 All E.R. 246 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Canada (National Revenue) v. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 FC 524, [2015] 5 C.T.C. 1; *Belgravia Investments Limited v. Canada*, 2002 FCT 649, [2002] 3 C.T.C. 482; *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169; *Shipyards Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470 (D. New Jersey); *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007); *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871); *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854); *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987); *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26, 379 F. Supp. 754 (Maryland Dist. Ct. 1974); *United States v. McPartlin*, 595 F. (2d) 1321 (7th Cir. 1979); *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.); *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005); *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332; *Lavallee, Rackel &*

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Federal Rules of Evidence* (É.-U.), règle 503(b).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.2, 231.7.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION NON SUIVIE :

*Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada*, 2003 CFPI 214.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016); *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975); *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995); *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317, [1988] 2 All E.R. 246 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Canada (Revenu national) c. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 CF 524; *Belgravia Investments Limited c. Canada*, 2002 CFPI 649; *Thompson c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 197; *Shipyards Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470 (D. New Jersey); *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007); *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871); *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854); *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987); *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26, 379 F. Supp. 754 (Maryland Dist. Ct. 1974); *United States v. McPartlin*, 595 F. 2d 1321 (7th Cir. 1979); *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.); *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005); *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur géné-*

*Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Kaymar Rehabilitation v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII); *Louisiana Municipal Police Employee Retirement System v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008); *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34; *Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682.

## REFERRED TO:

*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81; *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992); *Canada (National Revenue) v. Lee*, 2015 FC 634, [2016] 1 C.T.C. 10; *Canada (National Revenue) v. Thornton*, 2012 FC 1313, [2013] 1 C.T.C. 165; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; *Superior Plus Corp. v. The Queen*, 2015 TCC 132, [2015] 5 C.T.C. 2094, affd 2015 FCA 241, [2016] 2 C.T.C. 64; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610; *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.); *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333; *Canada (Minister of National Revenue) v. Welton Parent Inc.*, 2006 FC 67, [2006] 2 C.T.C. 177; *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965); *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969); *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221, 1982 CanLII 3324 (Ont. C.A.); *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, 1983 CanLII 407, [1983] 4 W.W.R. 762 (B.C.S.C.).

## AUTHORS CITED

ABA Comm. on Ethics and Prof'l Responsibility, Formal Op. 95-395.  
 Capra, Daniel J. "The Attorney-Client Privilege in Common Representations: Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility" (1989), 33 *Trial Lawyers Guide* 20.

*ral); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Kaymar Rehabilitation v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII); *Louisiana Municipal Police Employee Retirement System v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008); *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34; *Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250; *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992); *Canada (Revenu national) c. Lee*, 2015 CF 634; *Canada (Revenu national) c. Thornton*, 2012 CF 1313; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Superior Plus Corp. c. La Reine*, 2015 CCI 132, conf. par 2015 CAF 241; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610; *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.); *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333; *Canada (Ministre du Revenu national) c. Welton Parent Inc.*, 2006 CF 67; *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965); *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969); *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221, 1982 CanLII 3324 (C.A. Ont.); *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, 1983 CanLII 407, [1983] 4 W.W.R. 762 (C. supr. C.-B.).

## DOCTRINE CITÉE

ABA Comm. on Ethics and Prof'l Responsibility, Formal Op. 95-395.  
 Capra, Daniel J. « The Attorney-Client Privilege in Common Representations : Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility » (1989), 33 *Trial Lawyers Guide* 20.

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto: LexisNexis, 2014.

Epstein, Edna S. *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5th ed. American Bar Association, 2007.

Fischer, James M. “The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement: Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain” (1997), 16 *Rev. Litig.* 631.

Giesel, Grace M. “End the Experiment: The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting” (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475.

Hubbard, Robert W. *et al.* *The Law of Privilege in Canada*, Vol. 2, loose-leaf. Toronto: Thomson Reuters, 2006.

Kahneman, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Toronto: Anchor Canada, 2011.

Leslie, Melanie B. “The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege” (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Vols. IV-V, Boston: Little, Brown and company, 1923.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8. Boston: Little Brown & Co., 1961.

APPLICATION under subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act* to enforce a requirement for information on the respondents to produce a document pursuant to subsection 231.2(1) of the Act. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Margaret McCabe* for applicant.  
*Jon Gilbert* for respondents.  
*Joel A. Nitikman* for intervener.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Felesky Flynn LLP*, Edmonton, for respondents.  
*Dentons Canada LLP*, Vancouver, for intervener.

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto: LexisNexis, 2014.

Epstein, Edna S. *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5<sup>e</sup> éd. American Bar Association, 2007.

Fischer, James M. « The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement : Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain » (1997), 16 *Rev. Litig.* 631.

Giesel, Grace M. « End the Experiment : The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting » (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475.

Hubbard, Robert W. *et al.* *The Law of Privilege in Canada*, vol. 2, feuilles mobiles. Toronto : Thomson Reuters, 2006.

Kahneman, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Toronto : Anchor Canada, 2011.

Leslie, Melanie B. « The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege » (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2<sup>e</sup> éd. vols. IV-V, Boston : Little, Brown and company, 1923.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston : Little Brown & Co., 1961.

DEMANDE déposée en vertu du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue de faire exécuter la demande de renseignements afin d'enjoindre les défendeurs à produire un document en vertu du paragraphe 231.2(1) de la Loi. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU

*Margaret McCabe* pour le demandeur.  
*Jon Gilbert* pour les défendeurs.  
*Joel A. Nitikman* pour l'intervenante.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Felesky Flynn LLP*, Edmonton, pour les défendeurs.  
*Dentons Canada*, s.e.n.c.r.l., Vancouver, pour l'intervenante.

Table of ContentsTable des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Overview .....	1	I. Aperçu .....	1
II. Statement of Facts .....	29	II. Exposé des faits.....	29
III. Legislative Framework .....	58	III. Cadre législatif.....	58
IV. Issues.....	59	IV. Questions en litige.....	59
V. Analysis.....	60	V. Analyse.....	60
A. Is the Abacus Memo <i>Prima Facie</i> Protected by Solicitor-client Privilege?.....	60	A. La note de service Abacus est-elle, à première vue, protégée par le secret profes- sionnel de l’avocat?.....	60
(1) The Law of SCP.....	60	1) Le droit du secret professionnel de l’avocat.....	60
(2) The Abacus Memo is <i>prima facie</i> protected by SCP .....	63	2) La note de service Abacus est à première vue protégée par le secret pro- fessionnel de l’avocat .....	63
B. Is the Abacus Memo Protected by Common Interest Privilege?.....	73	B. La note de service Abacus est-elle pro- tégée par le privilège d’intérêt commun?....	73
(1) The Law of CIP.....	73	1) Le droit du privilège d’intérêt commun .....	73
(2) The Abacus Memo is protected by CIP in accordance with <i>Pitney Bowes</i> ....	81	2) La note de service Abacus est protégée par le privilège d’intérêt commun conformé- ment à la décision <i>Pitney Bowes</i> .....	81
C. Is CIP a Valid Component of the Doctrine of Solicitor-client Privilege? .....	93	C. Le privilège d’intérêt commun est-il une composante valide du principe du se- cret professionnel de l’avocat?.....	93
(1) Introduction.....	93	1) Introduction .....	93
(2) The Establishment and Recent Expansion of Legal Advisory CIP .....	96	2) L’Établissement et le récent élargis- sment du privilège d’intérêt commun relatif aux consultations juridiques.....	96
(3) Advisory CIP as an Exception to Waiver is Irreconcilable with and Eviscerates SCP Doctrine of any Meaning	137	3) Le privilège d’intérêt commun consul- tatif en tant qu’exception à la renonciation est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat et l’en dépouille de toute signification .....	137
(4) SCP Must Be Construed Narrowly ..	157	4) Le secret professionnel de l’avocat doit être interprété de manière stricte .....	157
(5) Emerging Rationales for CIP Have No Basis.....	164	5) Les justifications émergentes du pri- vilège d’intérêt commun n’ont aucun fondement.....	164
D. Maintaining Litigation CIP while Rejecting Advisory CIP.....	174	D. Conserver le privilège d’intérêt com- mun relatif au litige tout en rejetant le privilège d’intérêt commun consultatif .....	174
(1) Introduction.....	174	1) Introduction .....	174

(2) Should the Court consider whether CIP be confined to the litigation context? .....	177	2) La Cour devrait-elle évaluer si le privilège d'intérêt commun devrait être limité aux litiges? .....	177
(3) The Rationale and Purposes of Litigation Privilege and Advisory SCP are Fundamentally Different .....	182	3) La raison d'être et les objectifs du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat relatif aux consultations sont fondamentalement différents .....	182
(4) Communications in Anticipation of Litigation Are Distinct from Those that Anticipate Creating Litigation .....	190	4) Les communications en prévision d'un litige sont distinctes de celles dont on prévoit qu'elles susciteront un litige...	190
(5) The Different Rationales of Litigation Privilege and SCP Result in Different Rationales for Whether to Recognize a CIP .....	198	5) Les différents fondements du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat entraînent des fondements différents pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître un privilège d'intérêt commun .....	198
(6) Revisiting <i>Ambac</i> and Professor Giesel's Article .....	201	6) Réexamen de l'arrêt <i>Ambac</i> et de l'article de la professeure Giesel .....	201
VI. A Cost/Benefit Analysis of CIP .....	206	VI. Analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif .....	206
A. Cost Benefit Analysis Cannot be Applied to Graft Advisory CIP onto the Class Privilege of SCP .....	206	A. L'analyse coûts-avantages ne peut pas être appliquée pour greffer le privilège d'intérêt commun consultatif au privilège générique du secret professionnel de l'avocat .....	206
B. The Benefits of CIP to the Administration of Justice .....	210	B. Les avantages du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice .....	210
(1) The benefits to the administration of justice described in <i>Ambac</i> .....	211	(1) Les avantages pour l'administration de la justice décrits dans l'arrêt <i>Ambac</i> ...	211
(2) Encouraging quality disclosure for more effective representation leading to more compliant behaviour .....	213	(2) Encourager une divulgation de qualité pour assurer une représentation plus efficace menant à un comportement plus conforme .....	213
(3) CIP Assists in Avoiding Litigation and Liability .....	225	(3) Le privilège d'intérêt commun aide à éviter un litige et une responsabilité .....	225
(4) Systemic Benefits of CIP .....	231	(4) Avantages systémiques du privilège d'intérêt commun .....	231
C. Costs of CIP to the Administration of Justice .....	233	C. Les coûts du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice .....	233
(1) An Expansion of the Quantity of Privileged Communications .....	233	(1) Une augmentation du nombre de communications privilégiées .....	233
(2) CIP Denies the Courts Important Relevant Substantive Evidence .....	239	(2) Le privilège d'intérêt commun refuse aux tribunaux l'accès à des éléments de preuve de fond importants et pertinents...	239

(3) Advisory CIP Provides a Privilege Not Available to Most Users of Advisory Legal Services.....	243	3) Le privilège d'intérêt commun consultatif offre un privilège qui n'est pas disponible pour la plupart des personnes qui ont recours à des services de consultation juridique .....	243
(4) Potential for Abuse of CIP .....	246	4) Possibilité d'abus du privilège d'intérêt commun .....	246
(5) Advisory CIP is a Cost to the Administration of Justice By Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation.....	263	5) Le privilège d'intérêt commun consultatif entraîne un coût pour l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles un litige est anticipé .....	263
D. External Social Policies.....	264	D. Principes sociaux externes.....	264
(1) Policy Factors are Irrelevant to CIP..	266	1) Les considérations de principe ne sont pas pertinentes au privilège d'intérêt commun .....	266
(2) The social policy benefits of CIP must be proven on a balance of probabilities .....	272	2) Les avantages sociaux du privilège d'intérêt commun doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités...	272
(3) The evidence supporting that CIP is necessary to foster commercial transactions is speculative at best.....	277	3) La preuve à l'appui de la thèse selon laquelle le privilège d'intérêt commun est nécessaire pour favoriser les opérations commerciales est, au mieux, spéculative....	277
(4) Advisory CIP Undermines the Administration of Justice by Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation .....	285	4) Le privilège d'intérêt commun consultatif nuit à l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit un litige .....	285
(5) Many commercial transactions said to be enabled by CIP provide no value but contribute to the challenges facing societies .....	291	5) De nombreuses opérations commerciales qui auraient été facilitées par le privilège d'intérêt commun n'offrent aucune valeur, mais contribuent aux difficultés auxquelles la société fait face.....	291
VII. Conclusion.....	298	VII. Conclusion.....	298

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

ANNIS J.:

## I. Overview

[1] This application concerns whether the respondents are entitled to claim a common interest privilege (CIP) to protect solicitor-client privileged communications disclosed during the negotiation of a commercial transaction for the sale of the shares of corporations of the

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

LE JUGE ANNIS :

## I. Aperçu

[1] La présente demande vise à déterminer si les défendeurs peuvent revendiquer un privilège d'intérêt commun afin de protéger les communications confidentielles entre un avocat et son client divulguées durant la négociation d'une opération commerciale pour la vente

respondents to the intervener. The communications are alleged to pertain to a common legal interest of the contracting parties to enable the completion of the sale.

[2] Given the somewhat unorthodox evolution of the disposition of this matter, the Court provides a brief description of the process followed to reach its conclusions. This also serves as a roadmap of the decision.

[3] The applicant served an identical requirement for information (the requirements) on the respondents to produce a document (the Abacus memo or the memo) pursuant to subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, (5th Supp.), c. 1, as amended (the ITA or the Act).

[4] The two respondents refused to produce the memo. The applicant now brings this summary application under subsection 231.7(1) of the Act to enforce the requirements. Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisitions (Abacus or the intervener) has intervened in this matter, filing evidence and advancing arguments in support of its claim of solicitor-client privilege (SCP) over the Abacus memo.

[5] The Abacus memo is authored by Joel Nitikman (Mr. Nitikman), legal counsel for the intervener, Abacus, and was disclosed to Richard Kirby (Mr. Kirby), legal counsel for the two respondents, in the course of a purchase by Abacus and sale by the two respondents of certain assets and shares (the shares). Mr. Kirby also participated in the formulation of the contents of the memo in exchanges with Mr. Nitikman prior to it being drafted.

[6] Abacus is composed of a large group of corporations, partnerships and trusts. It assists in tax planning efforts, in particular by providing advice on corporate transaction structures. The benefits of this advice, in the form of reduced payable taxes, are shared with the persons or entities using its services. In this case,

d'actions des sociétés des défendeurs à l'intervenante. Ces communications sont présumées porter sur un intérêt juridique commun des parties contractantes en vue de permettre la réalisation de la vente.

[2] Étant donné l'évolution peu orthodoxe du règlement de cette affaire, la Cour offre une brève description du processus suivi pour en arriver à ses conclusions. Cela servira également de feuille de route de la décision.

[3] Le demandeur a signifié des demandes de renseignements identiques (les demandes) aux défendeurs afin de les enjoindre à produire un document (la note de service Abacus ou la note de service) en vertu du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, telle que modifiée (la LIR ou la Loi).

[4] Les deux défendeurs ont refusé de produire la note de service. Le demandeur dépose maintenant la présente demande sommaire en vertu du paragraphe 231.7(1) de la Loi en vue de faire exécuter les demandes. Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisitions (Abacus ou l'intervenante) est intervenue dans la présente affaire, déposant des éléments de preuve et présentant des arguments à l'appui du secret professionnel de l'avocat qu'elle revendique à l'égard de la note de service Abacus.

[5] La note de service Abacus a été rédigée par Joel Nitikman (M. Nitikman), avocat de l'intervenante, Abacus, et a été communiquée à Richard Kirby (M. Kirby), avocat des deux défendeurs, dans le cadre de l'achat, par Abacus, et de la vente, par les deux défendeurs, de certains actifs et de certaines actions (les actions). M. Kirby a également participé à la formulation du contenu de la note de service par l'entremise d'échanges avec M. Nitikman avant la rédaction de celle-ci.

[6] Abacus se compose d'un grand groupe de sociétés, de sociétés de personnes et de fiducies. Elle participe aux efforts de planification fiscale, notamment en offrant des conseils sur les montages financiers des sociétés. Ces conseils, se matérialisant en une réduction de l'impôt à payer, bénéficient aux personnes ou aux

there were 17 sub-transactions (the transactions) entered into (including pre-sale and post-sale transactions and the sale itself) for the purpose of finalizing what is described collectively as the “Transaction”, whereby an Abacus entity acquired the shares of the respondents’ corporations.

[7] No formal letter of intent was entered into between the respondents and Abacus. However, the transactions and their effect in terms of the Act’s application to them were described in the memo over which the respondents now claim as protected by SCP.

[8] More specifically, the respondents claim that the memo is subject to CIP. This is a legal doctrine that is an adjunct to standard SCP, whereby the disclosure of privileged communications made to parties sharing a common legal interest does not result in waiver of the privilege so as to terminate its protection from disclosure in truth-serving legal processes.

[9] There remains some confusion concerning the application of CIP. There is no controversy regarding the privileged nature of communications involving a common interest in situations where two or more clients are represented by the same lawyer. This is commonly described as joint client privilege (JCP). However, there is some controversy with regard to the doctrine of SCP where different clients are represented by different lawyers (allied lawyers) who share privileged information on a matter of common legal interest not related to actual or anticipated litigation. These most often pertain to commercial transactions, such as in this matter. For the purposes of this case, and in most recent cases on this subject, CIP refers specifically to the allied lawyer situation, as distinct from the sharing of legal communications in a JCP context.

entités qui font appel à ses services. En l’espèce, 17 sous-opérations (les opérations) ont été conclues (y compris des opérations antérieures et postérieures à la vente et la vente elle-même) dans le but de réaliser ce qui est décrit collectivement comme étant l’« opération », par laquelle une entité d’Abacus a acquis les actions des sociétés des défendeurs.

[7] Aucune lettre d’intention formelle n’a été conclue entre les défendeurs et Abacus. Cependant, les opérations et leurs effets quant à l’application de la Loi à leur égard ont été décrits dans la note de service vis-à-vis de laquelle les défendeurs revendiquent maintenant le secret professionnel de l’avocat.

[8] Plus précisément, les défendeurs soutiennent que la note de service fait l’objet d’un privilège d’intérêt commun. Il s’agit d’un principe juridique accessoire au privilège habituel du secret professionnel de l’avocat et selon lequel la divulgation de communications privilégiées à des parties qui partagent un intérêt juridique commun n’entraîne pas la renonciation au privilège de manière à mettre fin à sa protection contre la divulgation dans le cadre de processus juridiques axés sur la recherche de la vérité.

[9] Il reste une certaine confusion concernant l’application du privilège d’intérêt commun. Aucune controverse n’entoure la nature secrète des communications faisant l’objet d’un intérêt commun dans des cas où au moins deux clients sont représentés par le même avocat. C’est ce qu’on appelle habituellement le secret professionnel conjoint. Il existe toutefois une certaine controverse concernant le principe du secret professionnel de l’avocat lorsque différents clients sont représentés par différents avocats (avocats alliés) qui se partagent des renseignements privilégiés sur une question faisant l’objet d’un intérêt juridique commun non liée au litige en cours ou prévu. Ces renseignements portent souvent sur des opérations commerciales, comme c’est le cas en l’espèce. Pour les besoins de la présente affaire, et dans les affaires les plus récentes sur ce sujet, le privilège d’intérêt commun renvoie expressément au privilège qui s’applique lorsque des avocats s’allient, et non lorsque des communications juridiques sont échangées dans un contexte de secret professionnel conjoint.

[10] The respondents rely on copious American and Canadian case law, indeed on jurisprudence from around the common law world, to demonstrate that CIP is an accepted doctrine to be applied in all areas of SCP, including commercial transactions. There remains, however, considerable controversy over the scope of CIP, as 13 American States have restricted it to litigation-related matters including situations of anticipated litigation. In particular, the Court will be referring to the very recent decision of June 9, 2016 by the New York Court of Appeals in the matter of *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016) (*Ambac*) that makes this distinction and refused to apply CIP outside of litigation-related circumstances. For the purpose of analyzing this distinction, non-litigation CIP is referred to most often in this decision as “(legal) advisory CIP” to distinguish it from “litigation CIP”. Advisory CIP is also often referred to in the case law as “transactional CIP”, because most of the jurisprudence on the subject concerns commercial transactions.

[11] It is not the applicant’s submission that advisory CIP should be distinguished from litigation CIP. Advisory CIP has broad acceptance across Canada, although only considered once in this Court in *Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada*, 2003 FCT 214, 225 D.L.R. (4th) 747 (*Pitney Bowes*). The decision upheld the doctrine, but in what the Court determines were JCP circumstances. Neither CIP, nor any distinction in its application has been considered by the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada, or the Supreme Court of the United States.

[12] The applicant argues that the memo is not privileged because it is primarily a “business document” wherein the legal advice is incidental to the true nature of

[10] Les défendeurs se fondent sur une abondante jurisprudence américaine et canadienne, notamment sur une jurisprudence provenant de la common law, pour démontrer que le privilège d’intérêt commun est un principe reconnu qui s’applique à tous les aspects du secret professionnel de l’avocat, y compris aux opérations commerciales. Il reste toutefois une controverse importante concernant la portée du privilège d’intérêt commun, car 13 États américains l’ont limité aux affaires relatives à des litiges, notamment aux cas de litige anticipé. Plus précisément, la Cour se fondera sur la décision rendue très récemment le 9 juin 2016 par la Cour d’appel de New York dans l’arrêt *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016) (*Ambac*), où cette distinction a été établie et où le juge a refusé d’appliquer le privilège d’intérêt commun dans les circonstances qui ne sont pas liées à un litige. En vue d’analyser cette distinction, dans la présente décision, le privilège d’intérêt commun non relatif à un litige est la plupart du temps appelé « privilège d’intérêt commun consultatif (relatif aux consultations juridiques) » afin de le différencier du « privilège d’intérêt commun relatif au litige ». Le privilège d’intérêt commun consultatif est aussi souvent appelé dans la jurisprudence « privilège d’intérêt commun transactionnel », car une grande partie de la jurisprudence portant sur ce sujet concerne des opérations commerciales.

[11] Le demandeur ne soutient pas que l’on doive établir une distinction entre le privilège d’intérêt commun consultatif et le privilège d’intérêt commun relatif aux litiges. Le privilège d’intérêt commun consultatif est largement accepté au Canada, même s’il n’a été examiné qu’une seule fois par notre Cour dans la décision *Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada*, 2003 CFPI 214 (*Pitney Bowes*). Cette décision a confirmé le principe, mais dans des situations qui, selon la Cour, s’appliquent au secret professionnel conjoint. Ni le privilège d’intérêt commun ni aucune distinction dans son application n’ont été examinés par la Cour d’appel fédérale, la Cour suprême du Canada ou la Cour suprême des États-Unis.

[12] Le demandeur fait valoir que la note de service n’est pas privilégiée parce qu’il s’agit principalement d’un « document commercial » où l’avis juridique est

the transaction. The applicant also claims that the memo is not subject to CIP and, therefore, that Abacus lost or waived its privilege over the memo when Mr. Nitikman circulated the memo to Mr. Kirby. The Court rejects the applicant's submissions.

[13] Nevertheless, the consequences of CIP in this case caused the Court concerns in terms of fairness due to its impact if applied in a legal process challenging the transaction. The Court also had difficulties understanding the justification for the doctrine of CIP as articulated in the Canadian jurisprudence cited in *Pitney Bowes*. The Court was not originally aware of the unsettled state of the law in the United States with respect to the limited application of CIP to litigation related matters, as this was not an issue raised by the applicant.

[14] The Court's first concern was the effect of CIP on the Court's ability at trial to ultimately decide the substantive matter if the memo was found to be privileged. In this case, the only evidence before the Court describing how the transaction was concluded would have been the resulting transactions themselves, as described in public documents. This was acknowledged by counsel for the respondents. This means that lawyer-to-lawyer legal communications and related information pertaining to how the agreement was negotiated would no longer be available to the courts. This struck the Court as a result that would not only deny the courts an extensive quantity of information on how transactions were formed, but also highly relevant substantive information that in many respects could determine the outcome of the litigation.

[15] The Court's second difficulty arose from the *Pitney Bowes* decision. The respondents argue that it is binding on this Court based on the principles of "horizontal" *stare decisis* and judicial comity applying to decisions of the same court. As it turns out, I do

accessoire à la nature réelle de l'opération. Le demandeur soutient également que la note de service ne fait pas l'objet d'un privilège d'intérêt commun et que, par conséquent, Abacus a perdu son privilège à l'égard de celle-ci, ou y a renoncé, lorsque M. Nitikman a communiqué la note à M. Kirby. La Cour rejette la thèse du demandeur.

[13] Néanmoins, les conséquences du privilège d'intérêt commun en l'espèce ont causé des inquiétudes à la Cour en ce qui concerne l'équité étant donné l'incidence qu'il pourrait avoir s'il était appliqué dans un processus judiciaire visant à contester l'opération. La Cour a également eu de la difficulté à comprendre le fondement du principe du privilège d'intérêt commun tel qu'il est formulé dans la jurisprudence canadienne citée dans la décision *Pitney Bowes*. Au départ, elle ne savait pas que l'état du droit aux États-Unis concernant l'application limitée du privilège d'intérêt commun aux affaires liées à un litige n'était pas encore établi, car le demandeur n'avait pas soulevé cette question.

[14] La première préoccupation de la Cour concernait l'effet du privilège d'intérêt commun sur la capacité de la Cour, au procès, à trancher définitivement la question de fond s'il était établi que la note de service était privilégiée. En l'espèce, la seule preuve décrivant comment l'opération a été réalisée et dont la Cour aurait disposée aurait consisté en les opérations qui en auraient résulté, comme le décrivent les documents publics. L'avocat des défendeurs l'a reconnu. Cela signifie que les tribunaux n'auraient plus accès aux communications juridiques échangées entre avocats ni aux renseignements connexes portant sur la façon dont l'accord a été négocié. Selon la Cour, ce résultat priverait non seulement les tribunaux d'une grande quantité d'information sur la façon dont les opérations ont été effectuées, mais les priverait également de renseignements importants hautement pertinents qui, à de nombreux égards, permettraient de trancher la question en litige.

[15] La deuxième difficulté à laquelle s'est confrontée la Cour découle de la décision *Pitney Bowes*. Les défendeurs soutiennent que cette décision lie la Cour en raison des principes du *stare decisis* « horizontal » et de la courtoisie judiciaire qui s'appliquent aux décisions

not follow *Pitney Bowes* as it is distinguishable on the facts as a decision of joint representation. There are also “compelling reasons” that I provide not to apply it (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paragraph 44; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81, at paragraph 115). One of these was my initial concern about the Court’s conclusion that “‘economic and social values inherent in fostering commercial transactions’ ... favoured the recognition of such a privilege” (*Pitney Bowes*, at paragraph 17).

[16] The Court did not understand how SCP, which has long been recognized as a class form of privilege not requiring substantiation, was being rationalized in a specific area of legal practice relating to commercial transactions, and moreover, that this was being done on the basis of “economic and social values”. This appeared to be an application of the case-by-case evaluation required for the establishment of a new form of privilege. Upon further examination, the Court concludes that SCP issues are, in any event, limited to factors relating to the administration of justice, meaning that economic and social values are irrelevant to the discussion.

[17] In terms of advancing the “economic and social values” of society, I also could not apply this reasoning to the 17 *pro forma* transactions in this case, which were undertaken for the sole purpose of tax avoidance on a commercial transaction. Tax avoidance is permitted in view of the strict application of principles of interpretation and the rule of law, but it is not conduct that should be encouraged and assisted by new privilege doctrines meant to keep relevant evidence challenging the legality of these schemes out of the courts.

[18] Third, the Court also recognized a discrepancy between CIP and what could be described as the founding “Wigmorean principles” of SCP raised in two

d’une même cour. En fait, je ne me range pas à la décision rendue dans *Pitney Bowes*, car elle se distingue par ses faits : il s’agit plutôt d’une question de représentation commune. J’invoque également des « raisons impérieuses » pour ne pas l’appliquer (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, au paragraphe 44; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250, au paragraphe 115). L’une de ces raisons était ma préoccupation initiale concernant la conclusion de la Cour selon laquelle « “les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des transactions commerciales” favorisait la reconnaissance d’un tel privilège » (*Pitney Bowes*, au paragraphe 17).

[16] La Cour n’a pas compris comment le secret professionnel de l’avocat, qui est reconnu depuis longtemps comme étant une forme générique de privilège ne nécessitant pas de corroboration, se justifiait dans un domaine précis de la pratique juridique touchant les opérations commerciales et, par ailleurs, que cela se faisait sur le fondement de « valeurs économiques et sociales ». Cela semble être une application de l’évaluation au cas par cas requise pour établir une nouvelle forme de privilège. Après un examen approfondi, la Cour conclut que les questions relatives au secret professionnel de l’avocat sont, dans tous les cas, limitées aux facteurs touchant l’administration de la justice, ce qui signifie que les valeurs économiques et sociales ne sont pas pertinentes aux fins de la discussion.

[17] Quant à faire valoir les « valeurs économiques et sociales » de la société, je ne pouvais pas non plus appliquer ce raisonnement aux 17 opérations *pro forma* de la présente affaire, qui ont été effectuées dans le seul but d’éviter de payer de l’impôt sur une opération commerciale. L’évitement fiscal est autorisé eu égard à l’application stricte des principes d’interprétation et de la primauté du droit, mais ce n’est pas une conduite qui devrait être incitée et appuyée par de nouvelles théories sur le privilège destinées à tenir à l’écart des tribunaux des éléments de preuve pertinents qui contestent la légalité de ces stratagèmes.

[18] Troisièmement, la Cour a également reconnu une divergence entre le privilège d’intérêt commun et ce que l’on pourrait décrire comme les « principes fondateurs

American cases presented by the applicant. Among the passages from Wigmore that caught the Court's eye, was the following citation reproduced in *Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975) (*Duplan*), at page 1175:

The privilege is designed to secure objective freedom of mind for the client in seeking legal advice (ante, sec. 2291). It has no concern with other persons' freedom of mind, nor with the attorney's own desire for secrecy in his conduct of a client's case. It is therefore not sufficient for the attorney, in invoking the privilege, to state that the information came somehow to him while acting for the client, nor that it came from some particular third person for the benefit of the client. [Italics in original; underlining added.]

[19] The Court further understood that there was originally some controversy over whether CIP could apply beyond JCP circumstances. This raised the issue as to how Wigmorean principles on SCP were circumvented. In *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995) (*Bank Brussels Lambert*), there were references to several cases, one being *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992). The Court in that matter could not rationalize the inconsistency between the doctrine of CIP and SCP principles stating at page 367 that “the common interest doctrine is completely unleashed from its moorings in traditional privilege law when it is held broadly to apply in contexts other than when there is dual representation” [emphasis added].

[20] Because of the Court's concerns described above, a direction was issued to counsel for the parties, requesting submissions on several matters, namely: the reliance in *Pitney Bowes* upon social and cultural values and other relevant factors of that nature; whether CIP was a class or case-by-case privilege; and assistance in

de Wigmore » du secret professionnel de l'avocat soulevés dans deux affaires américaines présentées par le demandeur. Parmi les passages de Wigmore ayant attiré l'attention de la Cour, notons la citation suivante reproduite dans la décision *Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975) (*Duplan*), à la page 1175 :

[TRADUCTION] Le privilège est conçu pour que le client ait une liberté d'esprit objective lorsqu'il demande un avis juridique (précité, art. 2291). Il ne concerne pas la liberté d'esprit d'autres personnes ni le désir de l'avocat de garder secrètes les affaires qu'il règle dans le dossier d'un client. Il n'est donc pas suffisant que l'avocat, lorsqu'il invoque le privilège, mentionne que l'information lui a été communiquée alors qu'il agissait pour le client ou qu'elle lui a été communiquée par un tiers à l'intention du client. [Italiques dans l'original; non souligné dans l'original.]

[19] La Cour a par ailleurs compris qu'il y avait initialement une controverse entourant la question de savoir si le privilège d'intérêt commun pouvait s'appliquer au-delà des circonstances faisant intervenir le secret professionnel conjoint. Cela a soulevé la question de savoir comment les principes de Wigmore relatifs au secret professionnel de l'avocat ont été contournés. Dans la décision *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995) (*Bank Brussels Lambert*), il a été fait mention de plusieurs décisions, l'une étant *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992). Dans cette affaire, la Cour ne pouvait pas justifier l'incohérence entre le principe du privilège d'intérêt commun et les principes du secret professionnel de l'avocat, énonçant à la page 367 que [TRADUCTION] « le principe de l'intérêt commun s'écarte complètement de ses ancrages dans le droit traditionnel du privilège lorsqu'il est jugé de manière générale qu'il s'applique dans d'autres contextes que ceux où il y a double représentation » [non souligné dans l'original].

[20] Étant donné les préoccupations de la Cour décrites précédemment, la Cour a demandé à l'avocat des parties de présenter des observations sur plusieurs questions, notamment sur le poids accordé, dans la décision *Pitney Bowes*, aux valeurs sociales et culturelles et à d'autres facteurs pertinents de cette nature et

understanding the apparent circumventing of Wigmorean SCP principles by the doctrine of CIP. While the parties responded to the direction, the Court was not satisfied that its queries had been addressed.

[21] It was at this point that the Court learned of a recent article by Professor Grace M. Giesel of the University of Louisville’s Brandeis School of Law (“End the Experiment: The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting” (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475 (the Giesel article or Giesel)). As the title indicates, Professor Giesel “controversially” concludes that CIP, which she describes as “allied lawyer privilege”, should be discarded as a valid privilege principle in both litigation and advisory circumstances. Her thesis is that CIP is incompatible with the doctrine of SCP, while its alleged benefits are outweighed by its costs to truth-seeking legal processes.

[22] Professor Giesel’s survey of the evolution of CIP law demonstrated to the Court’s satisfaction that its acceptance was “a bit stealthy” [at page 511], disguised as a close cousin of common interest situations in JCP. More importantly, Professor Giesel proved that because of the misapprehension of the relationship between CIP and JCP, at no time in its long history had any meaningful legal analysis been carried out on the doctrine of CIP. She also appears to be the first jurist to conduct a cost-benefit analysis of the doctrine.

[23] The Court next learned that the Giesel article was quoted in *Ambac*. The New York Court of Appeals, by a majority of four to two, rejected the claim of CIP, restricting the doctrine’s application to the context of litigation, including circumstances of anticipated litigation.

sur la question de savoir si le privilège d’intérêt commun était un privilège générique ou au cas par cas, afin de l’aider à comprendre le détournement apparent, par la théorie du privilège d’intérêt commun, des principes de Wigmore concernant le secret professionnel de l’avocat. Bien que les parties aient répondu à cette directive, la Cour n’était pas convaincue que ses demandes avaient reçu une réponse.

[21] C’est à ce moment-là que la Cour a eu connaissance d’un récent article de la professeure Grace M. Giesel, de la Brandeis School of Law de l’Université de Louisville (« End the Experiment : The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting » (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475 (l’article Giesel ou Giesel)). Comme le titre l’indique, la professeure Giesel a semé la controverse en concluant que le privilège d’intérêt commun, qu’elle décrit comme un [TRADUCTION] « privilège de l’avocat allié », devrait être jugé invalide dans les contextes de consultation juridique et de litige. Sa thèse est que le privilège d’intérêt commun est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat et que le coût pour les processus judiciaires de recherche de la vérité l’emporte sur les avantages allégués.

[22] L’étude de l’évolution du droit relatif au privilège d’intérêt commun réalisée par la professeure Giesel a démontré [à la page 511], à la satisfaction de la Cour, que son acceptation était [TRADUCTION] « un peu furtive », déguisée en un proche cousin des situations d’intérêt commun dans le contexte du secret professionnel conjoint. Plus important encore, la professeure Giesel a prouvé qu’en raison du malentendu concernant le lien entre le privilège d’intérêt commun et le secret professionnel conjoint, en aucun moment dans sa longue histoire une analyse juridique approfondie n’avait été réalisée à l’égard du principe du privilège d’intérêt commun. Elle semble également être la première juriste à effectuer une analyse coûts-avantages du principe.

[23] La Cour a par la suite appris que l’article Giesel était cité dans l’arrêt *Ambac*. La Cour d’appel de New York, par une majorité de quatre contre deux, a rejeté la revendication de privilège d’intérêt commun, limitant l’application du principe au contexte de litige, y compris

It is upon reading this decision that the Court understood that 13 American States have rejected CIP's application to commercial transactions.

[24] *Ambac* is relevant for a number of reasons. It appears to be the first time in 145 years of all forms of CIP application that a court has conducted a form of cost-benefit analysis. The majority concentrated on the costs, while the dissent mostly considered the benefits, and also challenged the logic of a distinction in its application to litigation, but not advisory circumstances, when SCP applied across all fields of legal advice. The majority limited its analysis to the advisory context and found that the costs of CIP outweighed its benefits.

[25] It is of some importance to this case that while the majority in *Ambac* agreed with the conclusion in the Giesel article that CIP could not be reconciled (was not coextensive) with SCP, it did not rely on her thesis that this should be a ground to reject all forms of CIP. The majority could not do so without undermining its conclusion that CIP applied to litigation-related circumstances, but not advisory CIP. Instead, *Ambac* recognized the theory relied upon by the respondents according to which CIP acts as a defence or exemption to waiver of SCP. The majority found that it was reasonable to exempt the waiver in the litigation CIP context, but not for commercial transactions based on its cost-benefit analysis of the two forms of CIP. This distinction and the soundness of its reasoning is a significant issue in this decision. The Court concludes that the proper distinction between these two forms of CIP should be based on the underlying differences between litigation privilege and SCP. The Court relies upon the Supreme Court decision of *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319 (*Blank*), at paragraph 7 in which it declared them to be “distinct conceptual animals and not with two branches of the same tree”.

aux situations de litige anticipé. C'est à la lecture de cette décision que la Cour a compris que 13 États américains avaient rejeté l'application du privilège d'intérêt commun aux opérations commerciales.

[24] L'arrêt *Ambac* est pertinent pour plusieurs raisons. Il semble que cela soit la première fois en 145 ans d'application de toute forme de privilège d'intérêt commun qu'un tribunal a effectué une sorte d'analyse coûts-avantages. Les juges majoritaires se sont concentrés sur les coûts, tandis que les juges dissidents ont principalement examiné les avantages et ont également contesté la logique d'établir une distinction entre l'application du privilège aux litiges et aux situations de consultation, alors que le secret professionnel de l'avocat s'applique dans tous les domaines de la consultation juridique. Les juges majoritaires ont limité leur analyse au contexte consultatif et ont conclu que les coûts du privilège d'intérêt commun l'emportaient sur les avantages.

[25] En l'espèce, il est important de remarquer que même si les juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac* étaient d'accord avec la conclusion de l'article Giesel selon laquelle le privilège d'intérêt commun ne pouvait pas être réconcilié avec le secret professionnel de l'avocat ([TRADUCTION] « ne correspondait pas » à celui-ci), ils ne se sont pas fondés sur la thèse de Giesel voulant que cela constitue un motif pour rejeter toutes les formes de privilège d'intérêt commun. Les juges majoritaires ne pouvaient pas le faire sans ébranler leur conclusion selon laquelle le privilège d'intérêt commun s'appliquait à un contexte de litige, mais pas le privilège d'intérêt commun consultatif. L'arrêt *Ambac* a plutôt reconnu la théorie sur laquelle les défendeurs se sont appuyés et selon laquelle le privilège d'intérêt commun sert de défense ou d'exception à la renonciation au secret professionnel de l'avocat. D'après leur analyse coûts-avantages des deux formes de privilège, les juges majoritaires ont conclu qu'il était raisonnable d'exclure la renonciation dans le contexte du privilège d'intérêt commun relatif au litige, mais pas dans le contexte des opérations commerciales. Cette distinction et la solidité de leur raisonnement sont significatives dans la présente décision. La Cour conclut que la distinction appropriée entre ces deux formes de privilège d'intérêt commun

[26] The Court provided the Giesel article and the *Ambac* decision to the parties and requested their comments on the issues they raised. The respondents (which for most purposes hereafter when referring to submissions will include the intervener) provided fulsome responses rejecting the Giesel thesis and the application of the *Ambac* decision on several grounds, which the Court attempts to respond to in its analysis.

[27] As a result of its analysis, the Court respectfully concludes that *Pitney Bowes* is not binding because it was a JCP case. The Court also disagrees with its conclusions that advisory CIP may be supported on the policy grounds of enhancing social and economic values in the commercial transactions it was said to enable, or by an “expectation interest” of confidentiality.

[28] The Court further rejects CIP as an acceptable form of SCP for a number of reasons. These include among others:

- (1) CIP entered the law of privilege under a cloud of confusion as being similar to JCP and an appropriate extension of litigation CIP.
- (2) Advisory CIP cannot be rationalized as an appropriate extension of litigation CIP. Litigation privilege and SCP are distinct conceptual animals having different doctrinal rationales. Litigation CIP is compatible with the strategic advisory

devrait reposer sur les différences sous-jacentes entre le privilège d’intérêt commun relatif aux litiges et le secret professionnel de l’avocat. La Cour se fonde sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 (*Blank*), au paragraphe 7, où elle a déclaré qu’il s’agissait de deux « concepts distincts, et non de deux composantes d’un même concept ».

[26] Notre Cour a remis l’article Giesel et l’arrêt *Ambac* aux parties et leur a demandé de formuler des commentaires sur les questions soulevées. Les défendeurs (qui, dans la plupart des cas ci-après, lorsqu’il sera question des observations, incluront l’intervenante) ont présenté des réponses complètes, rejetant la thèse de la professeure Giesel et l’application de l’arrêt *Ambac* pour plusieurs motifs auxquels la Cour tente de répondre dans son analyse.

[27] À la suite de son analyse, la Cour conclut en toute déférence qu’elle n’est pas liée par la décision *Pitney Bowes* parce qu’il s’agissait d’un cas de secret professionnel conjoint. La Cour est également en désaccord avec leurs conclusions voulant que le privilège d’intérêt commun consultatif puisse reposer sur des principes généraux de renforcement des valeurs sociales et économiques des opérations commerciales qu’il aurait facilitées, ou sur une « attente » de confidentialité.

[28] La Cour rejette également le privilège d’intérêt commun comme étant une forme acceptable de secret professionnel de l’avocat pour plusieurs motifs, dont :

- 1) Le privilège d’intérêt commun a été introduit dans le droit en matière de privilèges dans un climat de confusion, ayant été considéré comme étant similaire au secret professionnel conjoint et comme une prolongation appropriée du privilège d’intérêt commun relatif au litige.
- 2) Le privilège d’intérêt commun consultatif ne peut pas se justifier comme une prolongation appropriée du privilège d’intérêt commun relatif au litige. Le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat sont des concepts distincts

foundation of litigation privilege, while advisory CIP is irreconcilable with and destructive of SCP founded on maintaining the solicitor-client relationship.

(3) Accordingly, the Court respectfully concludes that *Ambac* was correctly decided but on the wrong legal principle for failing to reject advisory CIP because it cannot be reconciled with SCP doctrine. For the same reason, the Court concludes that the Giesel article was unsound in rejecting litigation CIP based upon its incompatibility with SCP doctrine, but correct in the rejection of advisory CIP on those grounds.

(4) Advisory CIP is in an inherent conflict with and destructive of the rational underlying SCP such that rationalization of advisory CIP as a “defence” to waiver is unsustainable, as are its other rationales of being supported by expectation interests or the emerging doctrine of selective waiver. As advisory CIP is incompatible with SCP doctrine, there is no necessity to undertake a cost-benefit analysis of its effects.

(5) Nevertheless, an analysis of advisory CIP with respect to factors relevant to the administration of justice demonstrates that the costs significantly outweigh the benefits. Indeed, advisory transactional CIP undermines the administration of justice in that it only enables transactions that anticipate litigation.

puisant des justifications doctrinales différentes. Le privilège d'intérêt commun relatif au litige est compatible avec le fondement consultatif stratégique du privilège relatif au litige, tandis que le privilège d'intérêt commun consultatif rompt et est incompatible avec le secret professionnel de l'avocat fondé sur le maintien de la relation entre l'avocat et son client.

3) Par conséquent, la Cour conclut en toute déférence que l'arrêt *Ambac* était correct, mais a été rendu selon un principe juridique erroné en ne rejetant pas le privilège d'intérêt commun consultatif parce qu'il ne peut être réconcilié avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Pour le même motif, la Cour conclut que l'article Giesel était mal fondé à rejeter le privilège d'intérêt commun relatif au litige en raison de son incompatibilité avec la théorie du secret professionnel de l'avocat, mais avait raison de rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif pour ces motifs.

4) Le privilège d'intérêt commun consultatif est incompatible et en conflit intrinsèque avec la raison d'être sous-jacente au secret professionnel de l'avocat, de sorte que sa justification à titre de « moyen de défense » à la renonciation est insoutenable, tout comme le sont ses autres justifications, soit celle de reposer sur une attente ou sur la théorie émergente de la renonciation sélective. Comme le privilège d'intérêt commun consultatif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat, il n'est pas nécessaire de réaliser une analyse coûts-avantages de ses effets.

5) Néanmoins, une analyse du privilège d'intérêt commun consultatif quant aux considérations pertinentes à l'administration de la justice démontre que les coûts l'emportent considérablement sur les avantages. En effet, le privilège d'intérêt commun transactionnel nuit à l'administration de la justice parce qu'il ne permet que des opérations où un litige est anticipé.

(6) Policy issues relating to the social and economic values of commercial transactions said to be enabled by advisory CIP are irrelevant to SCP. In any event, those policy values allegedly said to be promoted by advisory CIP are speculative, unnecessary in relation to enabling most transactions, and otherwise limited to fostering transactions that anticipate litigation that undermine the administration of justice. As well, those commercial transactions appearing to constitute much of the jurisprudence relating to advisory CIP are of no, or questionable economic or social benefit to society.

## II. Statement of Facts

[29] IGGillis Holdings Inc. (IGHI) is validly incorporated under the laws of the province of Alberta. Ian Gillis is the sole director and one of the shareholders of the Corporation.

[30] The respondents owned Two Bit Holdings Inc., which became one of the corporate partners in the United Diamond Partnership formed in 2006. Mr. Gillis was the Executive Director of the United Diamond Partnership, which owned assets in a business engaged in the manufacture, engineering and development of drill bits and related technologies, products, and processes.

[31] The respondents were also direct and beneficial shareholders of United Diamond Ltd., another partner corporation in the United Diamond Partnership. Mr. Gillis was also a Director of United Diamond Ltd.

[32] In 2007, the respondents entered into a series of transactions ultimately resulting in a sale of the assets of the United Diamond Partnership and the concurrent sale of the shares of the corporate partners in the Partnership. Abacus was the purchaser of the shares through a nominee corporation.

6) Les questions de principe concernant les valeurs sociales et économiques des opérations commerciales que le privilège d'intérêt commun consultatif aurait permises ne sont pas pertinentes pour le secret professionnel de l'avocat. Dans tous les cas, ces valeurs de principe que le privilège d'intérêt commun consultatif favoriserait sont spéculatives, inutiles à la réalisation de la plupart des opérations et autrement limitées à la réalisation des opérations qui anticipent un litige nuisant à l'administration de la justice. En outre, ces opérations commerciales qui semblent constituer la majeure partie de la jurisprudence relative au privilège d'intérêt commun consultatif n'ont que des avantages économiques ou sociaux douteux pour la société, voire aucun avantage.

## II. Exposé des faits

[29] IGGillis Holdings Inc. (IGHI) est dûment constituée en société selon les lois de la province de l'Alberta. Ian Gillis est l'administrateur unique et l'un des actionnaires de la société.

[30] Les défendeurs détenaient Two Bit Holdings Inc., qui est devenue l'une des sociétés associées de la société de personnes United Diamond constituée en 2006. M. Gillis était directeur exécutif de la société de personnes United Diamond qui détenait des actifs dans une entreprise de fabrication, de conception et de mise au point d'outils de forage et de technologies, de produits et de procédés connexes.

[31] Les défendeurs étaient également des actionnaires directs et propriétaires réels d'United Diamond Ltd., une autre société associée de la société de personnes United Diamond. M. Gillis était aussi un administrateur d'United Diamond Ltd.

[32] En 2007, les défendeurs ont réalisé une série d'opérations qui ont finalement donné lieu à la vente des actifs de la société de personnes United Diamond en même temps que la vente des actions des sociétés associées. Abacus a acheté les actions par l'entremise d'une société prête-nom.

[33] Abacus structured the purchase of the shares of the corporate partners of the United Diamond Partnership through the transactions. Between January and December 2007, Abacus presented the shareholders of the partners of the United Diamond Partnership with information and documents describing the transactions to be entered into for the sale of the issued and outstanding shares of the partners of the Partnership.

[34] Abacus is composed of a large group of corporations, partnerships and trusts. Abacus's website describes itself as follows:

Abacus Private Equity, for over fifteen years, has focused on maximizing cash proceeds to vendors that are selling their assets or shares. Abacus acts as a principal in its transactions, using its time tested principal approach to delivering additional value for vendors. Abacus places a special emphasis on the taxation elements of its transactions, seeking to provide additional value for vendors through efficient transaction structures. Abacus employs some of the leading Canadian tax practitioners in its acquisition operations and enjoys close, long-term relationships with the top tax advisors in the largest Canadian accounting and legal firms.

Abacus is owned by the Hillcore Group (www.HillcoreGroup.com). Since 2005, the Hillcore Group, directly or indirectly through its investments funds, has closed transactions with an aggregate asset value in excess of \$6.5 billion with \$670 million in 2014 alone. Entities under the Hillcore Group management have an asset value in excess of \$3.2 billion, as of December 31, 2014. The Hillcore Group has offices in Toronto, Vancouver, Calgary and Montreal, and, in its various groups and portfolio companies, employs approximately 2,500 people through Canada. [Emphasis added.]

[35] Abacus' business model is to buy shares of target corporations from their shareholders and sell the corporations' assets to third parties (or operate the target corporations as an ongoing business) in a tax-effective manner.

[36] On December 20, 2007, Abacus, through a directly or indirectly wholly-owned subsidiary named UDL Acquisitions Ltd., acquired the shares of United Diamond Ltd. and Two Bit Holdings Inc. from their shareholders.

[33] Abacus a structuré l'achat des actions des sociétés associées de la société de personnes United Diamond par l'intermédiaire des opérations. Entre janvier et décembre 2007, Abacus a présenté aux actionnaires des associés de la société de personnes United Diamond des informations et des documents décrivant les opérations qui seront réalisées pour la vente des actions émises et en circulation des associés de la société de personnes.

[34] Abacus se compose d'un grand groupe de sociétés, de sociétés de personnes et de fiducies. Son site Web la décrit ainsi :

Abacus Private Equity est un investisseur privé, actif depuis plus de quinze ans au Canada et offrant des solutions financières structurées aux entreprises canadiennes afin d'optimiser leurs activités et transactions dans le but de création de valeur. Abacus accorde une attention particulière aux modalités d'imposition de ses acquisitions et cherche à offrir une valeur accrue aux vendeurs par le biais de structures de transaction efficaces. Elle compte parmi son équipe certains des fiscalistes canadiens les plus réputés, et elle bénéficie de liens très étroits et bien établis avec les meilleurs conseillers fiscaux des plus grands cabinets d'experts-comptables et d'avocats au Canada.

Abacus fut acquis par Hillcore Group (www.HillcoreGroup.com). Depuis 2005, Hillcore Group a fait l'acquisition d'actifs de plus de 6,5 milliards de dollars par l'entremise de ses sociétés affiliées, incluant 670 millions de dollars en 2014. Les sociétés sous la gestion de Hillcore Group ont des actifs évalués à plus de 3,2 milliards de dollars, en date du 31 décembre 2014. Hillcore Group a des bureaux à Toronto, Vancouver, Calgary et Montréal, et emploie plus de 2 500 personnes à travers le Canada. [Non souligné dans l'original.]

[35] Le modèle de gestion d'Abacus est d'acheter des actions auprès des actionnaires de sociétés ciblées et de vendre les actifs de ces sociétés à des tiers (ou d'exploiter les sociétés ciblées comme une entreprise en activités) d'une manière avantageuse sur le plan fiscal.

[36] Le 20 décembre 2007, Abacus, par l'intermédiaire d'une filiale en propriété exclusive directe ou indirecte nommée UDL Acquisitions Ltd., a acquis les actions des actionnaires d'United Diamond Ltd. et de Two Bit Holdings Inc.

[37] In the transaction, Abacus was represented by the law firm of Fraser Milner Casgrain LLP (FMC) (now called Dentons Canada LLP) and particularly by Mr. Nitikman, a partner in FMC's Vancouver Tax Group. Mr. Nitikman had represented Abacus on many previous deals.

[38] The vendors, including IGHI, which was owned by Ian Gillis, were represented by Mr. Kirby, a tax partner in the Edmonton office of the law firm Felesky Flynn LLP, and by Ogilvie LLP, a national law firm with an office in Edmonton, Alberta that acted as corporate counsel, and by Kingston Ross Pasnak LLP, a firm of chartered accountants in Edmonton, Alberta (collectively, the respondents' advisors).

[39] Negotiations and discussions between Mr. Kirby and Mr. Nitikman relating to the transaction commenced in late November 2007 and continued until and after the transaction closed.

[40] In the course of these negotiations and discussions, Mr. Nitikman drafted various tax memoranda (including the Abacus memo) and circulated them to Abacus and to the respondents' advisors, particularly with respect to the taxation elements of the transaction for the purpose of obtaining additional value for vendors through efficient transaction structures.

[41] The respondents' advisors, particularly Mr. Kirby, commented on and discussed these memoranda extensively with Mr. Nitikman. Notably, Mr. Kirby contributed through emails and telephone calls with respect to the taxation elements of the transaction.

[42] An example of the joint effort of counsel may be seen in the series of emails exchanged between them describing how they worked together in seeking a common solution to a problem concerning taxation on dividends. This refers to privileged emails which were inadvertently disclosed and contained in the applicant's

[37] Lors de cette opération, Abacus était représentée par le cabinet d'avocats Fraser Milner Casgrain, S.E.N.C.R.L. (FMC) (maintenant appelé Dentons Canada, S.E.N.C.R.L.) et plus précisément M. Nitikman, un associé au sein du groupe fiscal du bureau de Vancouver de FMC. M. Nitikman avait représenté Abacus lors de nombreuses opérations précédentes.

[38] Les vendeurs, y compris IGHI, qui appartenaient à Ian Gillis, étaient représentés par M. Kirby, un associé en fiscalité du bureau d'Edmonton du cabinet d'avocats Felesky Flynn LLP, par Ogilvie LLP, un cabinet d'avocats national possédant un bureau à Edmonton (Alberta), qui agissait à titre de conseiller juridique; ainsi que par Kingston Ross Pasnak LLP, un cabinet de comptables agréés d'Edmonton (Alberta) (collectivement appelés les conseillers des défendeurs).

[39] Les négociations et les discussions entre M. Kirby et M. Nitikman concernant l'opération ont débuté à la fin de novembre 2007 et se sont poursuivies jusqu'après la réalisation de l'opération.

[40] Au cours de ces négociations et discussions, M. Nitikman a rédigé plusieurs notes de service fiscales (y compris la note de service Abacus) et les a communiquées à Abacus et aux conseillers des défendeurs, notamment en ce qui concerne les éléments fiscaux de l'opération en vue d'obtenir une valeur accrue pour les vendeurs par le biais de structures efficaces au niveau des opérations.

[41] Les conseillers des défendeurs, plus particulièrement M. Kirby, ont commenté ces notes de service et en ont discuté longuement avec M. Nitikman. Plus particulièrement, M. Kirby a collaboré par courriel et par téléphone en ce qui concerne les éléments fiscaux de l'opération.

[42] Un exemple de l'effort commun des avocats peut être observé dans la série de courriels échangés entre eux, qui décrivent la façon dont ils ont travaillé ensemble pour trouver une solution commune à un problème qui concernait l'imposition de dividendes. Il s'agit de courriels privilégiés qui ont été communiqués par inadvertance et ont

affidavit, the advisory contents of which are not revealed in this example.

[43] In the emails, Mr. Kirby first raises a specific problem after reviewing a memo from Mr. Nitikman. It is followed by a reply email from Mr. Nitikman describing the solution in terms of the application of certain provisions of the ITA. Mr. Kirby thereafter responds by raising a further provision of the ITA, questioning whether the provision applies. After further back and forth, Mr. Nitikman acknowledges the nature of the problem raised by Mr. Kirby and provides an additional solution in relation to taxation law. This solution would affect the structure of the transaction. The email chain concludes with Mr. Kirby offering “another option” and indicating that he is “crunching some numbers”. All of this correspondence is copied to Michael Doner, the instructing Abacus employee, on behalf of Abacus. It is presumed that the respondents would similarly have been kept abreast of these discussions by Mr. Kirby.

[44] The legal advice also travelled in both directions, as Mr. Kirby’s opinions were simultaneously provided to his client and communicated to Abacus. All these communications were, to some extent, in the form of negotiations, in that the respondents had to be satisfied with the “added value” achieved through tax reduction to arrive at the deal, including the risk of going forward on that basis. Mr. Nitikman represented to the Court that there were no negotiations on the price of the shares or other significant business issues in the deal.

[45] Thus, there exists no clear example of a client request for advice and the advice being provided and thereafter being disclosed to a third party, or the third party’s lawyer. The client is Abacus, but the advice is in the negotiations of the parties which consist of back-and-forth discussions in which Mr. Kirby is also providing taxation advice that is being communicated back to Abacus. The legal advice culminates in the Abacus memo, which is primarily the work product of Abacus,

été inclus dans l’affidavit du demandeur, mais dont les conseils qu’ils contiennent ne sont pas révélés dans cet exemple.

[43] Dans ces courriels, M. Kirby soulève d’abord un problème particulier après avoir examiné une note de M. Nitikman. Il est suivi d’un courriel de réponse de M. Nitikman décrivant la solution à adopter concernant l’application de certaines dispositions de la LIR. M. Kirby a par la suite répondu en soulevant une autre disposition de la LIR, se demandant si elle s’appliquait. Après un échange de plusieurs courriels, M. Nitikman reconnaît la nature du problème soulevé par M. Kirby et offre une autre solution en matière de droit fiscal. Cette solution affecterait toutefois la structure de l’opération. La chaîne de courriels se termine par la présentation, par M. Kirby, d’une [TRADUCTION] « autre option »; il indique être en train [TRADUCTION] « d’effectuer quelques calculs ». Toute cette correspondance est envoyée en copie conforme à Michael Doner, l’employé donneur d’instruction d’Abacus, au nom d’Abacus. Il est présumé que les défendeurs auraient eux aussi été tenus au courant de ces discussions par M. Kirby.

[44] L’avis juridique a également été communiqué aux deux parties, car les avis de M. Kirby étaient simultanément transmis à son client et communiqués à Abacus. Toutes ces communications se faisaient, dans une certaine mesure, sous forme de négociations puisque les défendeurs devaient être satisfaits de la « valeur accrue » obtenue par la réduction d’impôt pour parvenir à un accord, y compris du risque d’aller de l’avant sur cette base. M. Nitikman a fait remarquer à notre Cour qu’aucune négociation n’a été tenue sur le prix des actions ou d’autres questions commerciales importantes à l’égard de l’opération.

[45] En conséquence, aucun exemple ne démontre clairement que le client a demandé un avis et que l’avis a été fourni, puis communiqué à un tiers ou à son avocat. Le client est Abacus, mais l’avis a été fourni dans le cadre des négociations des parties qui consistent en des échanges durant lesquels M. Kirby a aussi dispensé des conseils fiscaux qui ont été communiqués à Abacus. Le conseil juridique a donné lieu à la note de service Abacus, qui est principalement le produit du travail

based on its significant experience in similar transactions, but with the contribution of the respondents' lawyer, at least as depicted in the disclosed emails.

[46] The purpose of circulating such memoranda and diagrams was to ensure that Mr. Kirby (a) agreed on the steps in the transaction that would be taken to purchase the shares, (b) understood the tax and legal risks involved in such steps, and (c) had the opportunity to discuss such risks and negotiate changes to the transaction to minimize or allocate such risks.

[47] In many of Abacus' transactions, it instructs its counsel very early in the transaction to negotiate an agreement with the vendor's counsel that all communications between them and other parties involved that relate to the transaction will be on a CIP basis.

[48] Mr. Doner has sworn an affidavit and filed with the Court's Registry a sealed envelope containing a series of emails between Mr. Nitikman and Mr. Kirby, the first of which Mr. Nitikman sent to Mr. Kirby on Monday, November 26, 2007, 6:55 a.m. and the last of which Mr. Kirby sent to Mr. Nitikman on Tuesday, December 18, 2007, 8:46 a.m. confirming that Mr. Kirby and Mr. Nitikman agreed that all communications relating to the transaction were on a CIP basis. These emails were not the subject of any submissions at the hearing and have been returned in their sealed envelope along with other memoranda filed with the Court.

[49] On December 17, 2007, the Abacus memo was provided, by Mr. Nitikman on behalf of Abacus, to Mr. Kirby on behalf of the respondents.

[50] On December 20, 2007, Abacus, through a directly or indirectly wholly-owned subsidiary named UDL Acquisitions Ltd., acquired the shares of United Diamond Ltd. and Two Bit Holdings Inc. from their shareholders.

d'Abacus, reposant sur sa vaste expérience des opérations similaires, mais à laquelle l'avocat des défendeurs a collaboré, du moins comme le démontrent les courriels communiqués.

[46] Ces notes de service et ces diagrammes ont été communiqués dans le but de s'assurer que M. Kirby a) approuvait les étapes de l'opération qui seraient suivies pour acheter les actions, b) comprenait les risques fiscaux et juridiques associés à ces étapes, et c) avait la possibilité d'examiner ces risques et de négocier des modifications à l'opération afin de les atténuer ou de les répartir.

[47] Dans bon nombre des opérations d'Abacus, celle-ci donne instruction à son avocat dès le début de l'opération de négocier une entente avec l'avocat du vendeur que toutes les communications entre les parties et d'autres parties intéressées portant sur l'opération fassent l'objet d'un privilège d'intérêt commun.

[48] M. Doner a signé un affidavit et a déposé auprès du greffe de la Cour une enveloppe scellée contenant une série de courriels échangés entre M. Nitikman et M. Kirby, dont le premier a été envoyé par M. Nitikman à M. Kirby le lundi 26 novembre 2007 à 6 h 55 et le dernier a été envoyé par M. Kirby à M. Nitikman le mardi 18 décembre 2007 à 8 h 46, confirmant que M. Kirby et M. Nitikman avaient convenu que toutes les communications portant sur l'opération faisaient l'objet d'un privilège d'intérêt commun. Ces courriels n'ont fait l'objet d'aucune observation durant l'audience et ont été remis dans leur enveloppe scellée avec d'autres notes de service déposées à notre Cour.

[49] Le 17 décembre 2007, M. Nitikman, pour le compte d'Abacus, a transmis la note de service Abacus à M. Kirby, pour le compte des défendeurs.

[50] Le 20 décembre 2007, Abacus, par l'intermédiaire d'une filiale en propriété exclusive directe ou indirecte nommée UDL Acquisitions Ltd., a acquis les actions des actionnaires d'United Diamond Ltd. et de Two Bit Holdings Inc.

[51] As a result of the transactions, the Corporation and Mr. Gillis directly and beneficially received amounts not less than \$26 928 326.82.

[52] The Canada Revenue Agency (CRA) is of the view that the transactions entered into in 2007 by the respondents as corporate partners in the United Diamond Partnership may have been entered into for the purpose of maximizing shareholder benefit by avoiding payment of the tax triggered by the sale of the corporate partners' assets.

[53] By the requirements, each dated August 7, 2013, the respondents were asked to provide, among other things, a copy of a letter of intent, or similar documentation, issued by Abacus between the dates of January 1, 2007 and December 20, 2007 to the respondents.

[54] On October 10, 2013, the CRA received a package from Mr. Kirby with a letter dated October 9, 2013. In the letter, counsel representing the respondents stated that no formal letter of intent was entered into between the Corporation and Abacus but that the transactions were described in a memorandum and diagrams provided by Abacus to the Corporation through their counsel in the Abacus memo. In his letter, Mr. Kirby stated that the Abacus memo was subject to SCP.

[55] On December 17, 2013, an officer of the CRA attended at the offices of Felesky Flynn LLP to review documentation relating to the transactions. During that meeting, further documents were provided to the CRA. The CRA was not, however, provided access to the Abacus memo. The CRA was advised that the respondents were claiming privilege over the Abacus memo.

[56] During the course of the collections activity in respect of the respondents, the CRA also issued, on October 8, 2014, a requirement for information and documents pursuant to section 231.2 of the Act to Abacus (the Abacus requirement). The Abacus memo has not been provided to the CRA.

[51] À la suite des opérations, la société et M. Gillis ont reçu directement et à titre bénéficiaire des montants d'au moins 26 928 326,82 \$.

[52] L'Agence du revenu du Canada (ARC) est d'avis que les opérations conclues en 2007 par les défendeurs en tant que sociétés associées de la société de personnes United Diamond pourraient avoir été conclues dans le but de maximiser l'avantage conféré à un actionnaire en évitant de payer de l'impôt à la suite de la vente des actifs des sociétés associées.

[53] Deux demandes de renseignements, chacune datée du 7 août 2013, ont été envoyées aux défendeurs pour leur demander de fournir, entre autres, une copie d'une lettre d'intention, ou d'un document semblable, délivrée aux défendeurs par Abacus entre le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et le 20 décembre 2007.

[54] Le 10 octobre 2013, l'ARC a reçu un dossier de M. Kirby accompagné d'une lettre datée du 9 octobre 2013. Dans la lettre, l'avocat représentant les défendeurs indiquait qu'aucune lettre d'intention officielle n'avait été conclue entre la société et Abacus, mais que les opérations étaient décrites dans une note de service et des diagrammes qu'Abacus avait fournis à la société par l'entremise de son avocat dans la note de service Abacus. Dans sa lettre, M. Kirby a affirmé que la note de service Abacus était assujettie au secret professionnel de l'avocat.

[55] Le 17 décembre 2013, un agent de l'ARC s'est présenté aux bureaux de Felesky Flynn LLP pour examiner les documents relatifs aux opérations. Durant cette réunion, d'autres documents ont été fournis à l'ARC. Celle-ci n'a toutefois pas eu accès à la note de service Abacus. L'ARC a été avisée que les défendeurs revendiquaient un privilège à l'égard de la note Abacus.

[56] Durant l'activité de recouvrement visant les défendeurs, l'ARC a également délivré à Abacus, le 8 octobre 2014, une demande de renseignements et de documents conformément à l'article 231.2 de la Loi (la demande de renseignements à Abacus). La note de service Abacus n'a pas été remise à l'ARC.

[57] In accordance with a direction of the Court dated May 27, 2016, the respondents filed with the Court the Abacus memo in a sealed envelope. The respondents have not waived CIP over the Abacus memo and do not consent to its disclosure to the applicant.

### III. Legislative Framework

[58] The legislative framework consisting of sections 231.2 and 231.7 of the Act is included as an Annex.

### IV. Issues

[59] This application raises the following issues:

1. Is the Abacus memo *prima facie*, protected by SCP?
2. Was the Abacus memo protected by CIP in accordance with *Pitney Bowes* and its supporting jurisprudence?
3. Is CIP a valid constituent of SCP?

### V. Analysis

#### A. *Is the Abacus Memo Prima Facie Protected by Solicitor-client Privilege?*

##### (1) The Law of SCP

##### (a) *Onus of proof*

[60] In an application under section 231.7 of the Act, once the applicant proves proper service of the requirements in compliance with subsection 231.2(1), the onus shifts to the respondents to prove that the documents withheld are covered by privilege (*Canada (National Revenue) v. Lee*, 2015 FC 634, [2016] 1 C.T.C. 10, at

[57] Conformément à une directive de la Cour datée du 27 mai 2016, les défendeurs ont déposé la note de service Abacus auprès de la Cour dans une enveloppe scellée. Les défendeurs n'ont pas renoncé au privilège d'intérêt commun à l'égard de la note de service Abacus et refusent qu'elle soit divulguée au demandeur.

### III. Cadre législatif

[58] Le cadre législatif qui comprend les articles 231.2 et 231.7 de la Loi est joint en annexe.

### IV. Questions en litige

[59] La présente demande soulève les questions suivantes :

1. La note de service Abacus est-elle, à première vue, protégée par le secret professionnel de l'avocat?
2. La note de service Abacus était-elle protégée par le privilège d'intérêt commun conformément à la décision *Pitney Bowes* et à sa jurisprudence à l'appui?
3. Le privilège d'intérêt commun est-il un élément constitutif valide du secret professionnel de l'avocat?

### V. Analyse

#### A. *La note de service Abacus est-elle, à première vue, protégée par le secret professionnel de l'avocat?*

##### 1) Le droit du secret professionnel de l'avocat

##### a) *Fardeau de la preuve*

[60] Dans une demande présentée conformément à l'article 231.7 de la Loi, une fois que le demandeur prouve que les demandes de renseignements ont été signifiées adéquatement conformément au paragraphe 231.2(1), le fardeau se déplace sur les défendeurs, qui sont tenus de prouver que les documents retenus font

paragraph 44). If satisfied, the onus then shifts to the applicant to prove that privilege has been waived or otherwise lost (*Canada (National Revenue) v. Thornton*, 2012 FC 1313, [2013] 1 C.T.C. 165, at paragraph 26).

(b) *Privilege only applies to legal advice, broadly understood*

[61] Legal advice (as opposed to business advice) provided orally or in writing by a lawyer to his or her client is privileged (*R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paragraph 50; *Superior Plus Corp. v. The Queen*, 2015 TCC 132, [2015] 5 C.T.C. 2094, at paragraphs 38 and 46, aff'd 2015 FCA 241, [2016] 2 C.T.C. 64). In relation to the legal advice privilege (as opposed to business advice), what matters is whether the lawyers are being asked qua lawyers to provide legal advice: *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610, at paragraph 58 cited in *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.), at paragraph 21.

[62] Moreover, “legal advice is not confined to telling the client the law; it must include advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context” (*Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), at page 330, cited with approval in *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, at paragraph 26, itself cited with approval in *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 (*Slansky*), at paragraph 77).

(2) The Abacus Memo is *prima facie* protected by SCP

[63] The Minister advances two submissions that require consideration by the Court. The first is that tax planning communications are not privileged, including advice given by lawyers for accounting or tax planning purposes. On this point, the Minister cites the decision

l’objet d’un privilège (*Canada (Revenu national) c. Lee*, 2015 CF 634, au paragraphe 44). Si les défendeurs s’acquittent de leur fardeau, il revient au demandeur de prouver qu’il y a eu renonciation au privilège ou qu’il s’est autrement éteint (*Canada (Revenu national) c. Thornton*, 2012 CF 1313, au paragraphe 26).

b) *Le privilège s’applique seulement aux conseils juridiques, dans son sens large*

[61] Les conseils juridiques (par opposition aux conseils commerciaux) dispensés oralement ou par écrit par un avocat à son client sont privilégiés (*R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 50; *Superior Plus Corp. c. La Reine*, 2015 CCI 132, aux paragraphes 38 et 46, conf. par 2015 CAF 241). En ce qui concerne le privilège de la consultation juridique (par opposition aux conseils commerciaux), ce qui importe est de savoir si on demande aux avocats, en tant qu’avocats, de fournir un conseil juridique : *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610, au paragraphe 58, cité dans la décision *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.), au paragraphe 21.

[62] Par ailleurs, [TRADUCTION] « la consultation juridique ne se limite pas à expliquer le droit au client; il doit inclure la prestation de conseils sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause » (*Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), à la page 330, cité avec approbation dans l’arrêt *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, au paragraphe 26, elle-même citée avec approbation dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81 (*Slansky*), au paragraphe 77).

2) La note de service Abacus est à première vue protégée par le secret professionnel de l’avocat

[63] Le ministre avance deux observations qui doivent être examinées par notre Cour. La première est que les communications relatives à la planification fiscale ne sont pas privilégiées, notamment les conseils dispensés par des avocats à des fins de comptabilité

of Mr. Justice Mosley in the matter of *Canada (National Revenue) v. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 FC 524, [2015] 5 C.T.C. 1 (*Revcon*), at paragraph 20. Second, the applicant argues that the Abacus memo is not a legal communication because the lawyers involved were not engaged in providing legal advice or otherwise acting as lawyers, but rather negotiating a commercial deal. Thus, Mr. Nitikman was acting as a business counselor or in some non-legal capacity such that his advice was not protected by SCP: *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 (*Blood Tribe*), at paragraph 10.

[64] With respect to the *Revcon* decision, in my view the passage referred to by the applicant for the notion that the tax planning advice of lawyers is not privileged and does not represent Justice Mosley's conclusion on the matter. This is clear at paragraphs 29–32 of the decision where the learned Judge concluded that a solicitor's letter including "legal advice with regard to the income tax reporting requirements and tax consequences of the transactions for named individuals" was privileged. Moreover, in referring to tax planning, Justice Mosley was relying upon the decision of Madam Justice Heneghan in *Belgravia Investments Limited v. Canada*, 2002 FCT 649, [2002] 3 C.T.C. 482 (*Belgravia*). This decision concerned SCP for non-legal professional advisors. Also, paragraphs 45–48 in *Belgravia* referred to in *Revcon* stand for the proposition that facts contained in a privileged document are not privileged from discovery.

[65] I also cannot agree with the Minister's submission that the Abacus memo prepared by Mr. Nitikman did not contain legal advice for the parties to whom it was communicated. Because of the nature of this issue, the Court exercised its discretion to review the memo. It had been provided in a sealed envelope in accordance with the Court's direction. I concluded that it was necessary to

ou de planification fiscale. Sur ce point, le ministre cite la décision du juge Mosley dans *Canada (Revenu national) c. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 CF 524 (*Revcon*), au paragraphe 20. La deuxième est que le demandeur affirme que la note de service Abacus n'est pas une communication juridique parce que les avocats visés ne donnaient pas des conseils juridiques ni n'agissaient, d'une autre manière, en qualité d'avocats, mais négociaient plutôt une entente commerciale. Par conséquent, M. Nitikman agissait en qualité de conseiller d'entreprise ou à un autre titre que celui de spécialiste du droit, de sorte que ses conseils n'étaient pas protégés par le secret professionnel de l'avocat : *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 (*Blood Tribe*), au paragraphe 10.

[64] En ce qui concerne la décision *Revcon*, à mon avis, le passage cité par le demandeur pour expliquer la notion selon laquelle les conseils d'avocats à des fins de planification fiscale ne sont pas privilégiés ne représente pas la conclusion du juge Mosley à cet égard. Cela ressort clairement aux paragraphes 29 à 32 de la décision, où le savant juge a conclu que la lettre d'un avocat qui comporte un « avis juridique concernant les conséquences fiscales des opérations pour certaines personnes nommées, et les obligations de déclaration du revenu de ces personnes » était privilégiée. En outre, en renvoyant à la planification fiscale, le juge Mosley a invoqué la décision de la juge Heneghan dans *Belgravia Investments Limited c. Canada*, 2002 CFPI 649 (*Belgravia*). Cette décision portait sur le secret professionnel des conseillers professionnels qui ne sont pas avocats. De plus, les paragraphes 45 à 48 de la décision *Belgravia* cités dans la décision *Revcon* appuient la proposition selon laquelle les faits contenus dans un document privilégié ne sont pas protégés contre une communication préalable.

[65] Je ne puis souscrire à l'observation du ministre selon laquelle la note de service Abacus rédigée par M. Nitikman ne comportait pas d'avis juridiques à l'intention des parties à qui elle était communiquée. Étant donné la nature de cette question, notre Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour examiner la note. Elle a été communiquée dans une enveloppe scellée conformément

review the document in order to adjudicate the existence of a privilege in accordance with the principles enunciated in *Blood Tribe*, at paragraph 17.

[66] The memo described a number of discrete steps or transactions that would be necessary for the purchase and sale of IGHI shares to Abacus. Each step comprised a diagram visually explaining the transaction. Each diagram was accompanied by a detailed description of the tax consequences in reference to relevant statutory and jurisprudential principles that were said to apply. While the diagrams depicting the transactions might not be said to be privileged, I understand that this information is known to the Minister. I am satisfied that the essential nature of the memo is legal in nature. It describes the tax consequences based on an analysis of the applicable legal framework thought to apply resulting from the planned purchase and sale of the IGHI shares through each step of the transactions making up the transaction. There is no evidence that either lawyer is acting as a business counsellor or in some other non-legal capacity.

[67] Of greater concern to the Court than the obvious legal nature of the Abacus memo is the manner by which the contents of the memo were compiled to form the legal opinions that it contains.

[68] In this sense, the facts of this case are distinguishable from the other cases in this area where the solicitor-client relationship was clearly defined in the sense that the legal advice was sought by the client on a specific issue which ultimately was shared with the other parties. In this case, the lawyers of both clients were working together to jointly arrive at an optimal tax reducing structure for the transaction. As such the Court concludes that the Abacus memo was the fruit of cooperative efforts of both lawyers who were highly experienced in the legal considerations of income tax and related commercial law subjects. The Court understands that it is in this sense that the applicant argues that the circumstances are tantamount to the negotiation

à la directive de la Cour. J'ai conclu qu'il était nécessaire d'examiner le document afin de statuer sur l'existence d'un privilège conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Blood Tribe*, au paragraphe 17.

[66] La note de service décrivait un certain nombre d'étapes ou d'opérations distinctes qui seraient nécessaires pour la vente des actions d'IGHI à Abacus. Chaque étape comprenait un diagramme qui expliquait visuellement l'opération. Chaque diagramme était accompagné d'une description détaillée des conséquences fiscales se rapportant aux principes législatifs et jurisprudentiels pertinents qui devraient s'appliquer. Bien que l'on ne puisse peut-être pas dire que les diagrammes décrivant les opérations sont privilégiés, je comprends que ces renseignements sont connus du ministre. Je suis convaincu que la nature essentielle de la note de service est juridique. Elle décrit les conséquences fiscales en fonction d'une analyse du cadre législatif que l'on croit s'appliquer à la suite de l'achat prévu et de la vente des actions d'IGHI à chaque étape des transactions constituant l'opération. Aucun élément de preuve ne démontre que l'un ou l'autre des avocats agit en qualité de conseiller d'entreprise ou en une autre qualité que celle de juriste.

[67] Notre Cour est davantage préoccupée par la manière dont le contenu de la note de service a été établi pour former l'avis juridique qu'elle comporte que par la nature juridique de la note de service Abacus.

[68] En ce sens, les faits de la présente affaire sont différents de ceux des autres affaires dans ce domaine où la relation entre l'avocat et son client était clairement définie, car le client avait demandé un avis juridique à l'égard d'une question précise qui avait finalement été communiqué aux autres parties. En l'espèce, les avocats des deux clients collaboraient pour parvenir ensemble à une structure optimale qui permettrait de réduire l'impôt à payer à l'égard de l'opération. Par conséquent, notre Cour conclut que la note de service Abacus était le fruit d'efforts conjugués des deux avocats, qui possédaient une très grande expérience des considérations juridiques de l'impôt sur le revenu et des sujets connexes en droit commercial. Notre Cour comprend que c'est dans ce

of a commercial contract, disguised as an exchange of legal advice.

[69] However, this does not mean that a business plan cooperatively arrived at based upon the consequences of implementing counsels' legal advice to achieve tax savings renders the memo a business record. The content of the memo is almost exclusively advice describing the legal effects in terms of each step in the transaction.

[70] I disagree that two parties mandating their lawyers to work together on behalf of both clients to find a "business solution" to their mutual advantage, but based upon the consequences of implementing their legal advice on the specific issue of tax savings, renders the fruit of their labour a mere business record as argued by the applicant, given the almost exclusive legal content of the memo. I also do not find that the memo is a business record because the parties' lawyers worked together at each step of the transaction to work out solutions based on legal conclusions. Similarly, the memo remains essentially legal advice for their respective clients even though the parties were required to cooperate to implement the overall tax plan to reduce taxes.

[71] Whatever issues arise out of the two parties working jointly by means of bi-directional communication of legal advice is a matter for analysis under the doctrine of CIP. The respondents argue that courts place the doctrine of SCP on a pedestal, requiring an almost absolute protection, as is most convincingly described by Madam Justice Trudel speaking for the Federal Court of Appeal in *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169, at paragraphs 34–37:

sens que le demandeur fait valoir que les circonstances correspondent à la négociation d'un contrat commercial, déguisé en échange de conseils juridiques.

[69] Cependant, cela ne veut pas dire qu'un plan d'affaires établi en collaboration en fonction des conséquences de la mise en œuvre des conseils juridiques des avocats pour faire des économies fiscales fait de la note de service une pièce commerciale. La note de service constitue presque exclusivement un avis décrivant les effets juridiques de chaque étape de l'opération.

[70] Je ne souscris pas à l'idée que deux parties qui confèrent à leurs avocats le mandat de travailler ensemble pour le compte des deux clients afin de trouver une « solution commerciale » mutuellement avantageuse, mais en fonction des conséquences de l'application de leur avis juridique à la question précise de l'économie fiscale, fait en sorte que le fruit de leur travail est une simple pièce commerciale comme le soutient le demandeur, étant donné le contenu presque exclusivement juridique de la note de service. Je ne crois pas non plus que la note de service soit une pièce commerciale parce que les avocats des parties ont travaillé ensemble à chaque étape de l'opération pour trouver des solutions ou tirer des conclusions juridiques. De même, la note de service demeure essentiellement un avis juridique pour leur client respectif, même si les parties étaient tenues de coopérer pour mettre en œuvre le plan fiscal général afin de réduire les impôts.

[71] Peu importe les problèmes découlant du fait que les deux parties travaillent ensemble par voie de communication bidirectionnelle d'avis juridiques, il s'agit d'une question qui doit être analysée en fonction du principe du privilège d'intérêt commun. Les défendeurs font valoir que les tribunaux placent le principe du secret professionnel de l'avocat sur un piédestal, exigeant une protection presque absolue, comme le décrit de façon convaincante la juge Trudel au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Thompson c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 197, aux paragraphes 34 à 37 :

Solicitor-client privilege is one of the most revered doctrines under the common law, described by the Supreme Court of Canada as “one of the most ancient and powerful privileges known to our jurisprudence”. It is generally seen as a “fundamental and substantive rule of law”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 at paragraph 39, quoting *R. v. McClure*, 2001 SCC 14 (CanLII), [2001] 1 S.C.R. 445 [*McClure*] discussed by Professor Adam Dodek in “Solicitor-Client Privilege in Canada, Challenges for the 21<sup>st</sup> Century” (Discussion Paper for the Canadian Bar Association, February 2011).

In *McClure* at paragraph 35, Major J. wrote:

... 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, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis.

Court reiterated this position in *Lavallee*, adding:

Accordingly, this Court is compelled in my view to adopt stringent norms to ensure its protection (at paragraph 36).

More recently, the Supreme Court stated as follows in *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331 [*Cunningham*], at paragraph 26:

... It need hardly be said that solicitor-client privilege is a fundamental tenet of our legal system. The solicitor-client relationship is integral to the administration of justice; privilege encourages the free and full disclosure by the client required to ensure effective legal representation.

[72] I conclude, therefore, that the memo is legal advice provided by the lawyers to their clients in the strictest confidence and protected from disclosure under SCP subject to whether the privilege has been waived or is protected by CIP.

Le secret professionnel entre client et avocat compte parmi les doctrines ayant un caractère sacré en common law; selon la Cour suprême du Canada, il constitue un des privilèges « les plus anciens et les plus puissants reconnus dans la jurisprudence ». Il est généralement considéré comme « une règle de droit fondamentale et substantielle » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 39, citant l’arrêt *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 [*McClure*], que le professeur Adam Dodek a commenté dans le document intitulé « Le privilège des communications entre l’avocat et son client – Défis pour le XXI<sup>e</sup> siècle » (document de travail préparé pour l’Association du Barreau canadien, février 2011).

Dans l’arrêt *McClure*, au paragraphe 35, le juge Major s’est exprimé comme suit :

[...] le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

La Cour suprême du Canada a repris ce point de vue à l’occasion de l’affaire *Lavallee*, ajoutant :

Par conséquent, je suis d’avis que la Cour est tenue d’adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection (au paragraphe 36).

Plus récemment, la Cour suprême du Canada a fait les observations suivantes dans l’arrêt *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331 [*Cunningham*], au paragraphe 26 :

[...] Point n’est besoin d’insister sur son importance fondamentale dans notre système juridique. La relation entre l’avocat et son client fait partie intégrante de l’administration de la justice. Le secret incite à la communication libre et entière des éléments nécessaires à la bonne représentation devant la justice.

[72] Je conclus donc que la note de service est une consultation juridique donnée par les avocats à leur client dans la plus stricte confidentialité et qu’elle est protégée contre la divulgation par le secret professionnel de l’avocat, à moins qu’il y ait eu renonciation au privilège ou qu’elle soit protégée par le privilège d’intérêt commun.

B. *Is the Abacus Memo Protected by Common Interest Privilege?*

(1) The Law of CIP

[73] A good description of the common interest doctrine is found in the decision of *Shipyard Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470, at \*6 (D. New Jersey) (*Shipyard Associates*) cited by the respondents where the Court described it as follows [at page 11]:

The common-interest, or community-of-interest, doctrine allows “attorneys representing different clients with similar legal interests to share information without having to disclose it to others.” In re Teleglobe Commc’ns Corp., 493 F. 3d 345, 364 (3d Cir. 2007) (emphasis added). If applicable, the doctrine protects communications “made between attorneys when all members of the community share a ‘common legal interest’ in the shared communication.” Id. at 364 (emphasis added).

[74] An important requirement in the application of CIP to transactional circumstances is its evolution from litigation-related situations. The decision *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007) (*Teleglobe*), at pages 363 and 364 is most commonly cited to describe the expansion from litigation circumstances to include commercial transactions as follows:

**2. The Community-of-Interest (or Common-Interest) Privilege**

Recognizing that it is often preferable for co-defendants represented by different attorneys in criminal proceedings to coordinate their defense, courts developed the joint-defense privilege. In its original form, it allowed the attorneys of criminal co-defendants to share confidential information about defense strategies without waiving the privilege as against third parties. Moreover, one co-defendant could not waive the privilege that attached to the shared information without the consent of all others. Later, courts replaced the joint-defense privilege, which only applied to criminal co-defendants, with a broader one that protects all communications shared within a proper “community of interest,” whether the context be criminal or civil.... Thus, the community-of-interest privilege

B. *La note de service Abacus est-elle protégée par le privilège d’intérêt commun?*

1) Le droit du privilège d’intérêt commun

[73] La théorie de l’intérêt commun est bien expliquée dans la décision *Shipyard Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470, au paragraphe 6 (D. New Jersey) (*Shipyard Associates*), citée par les défendeurs. La Cour la décrit ainsi [à la page 11] :

[TRADUCTION] La théorie de l’intérêt commun, ou de la communauté d’intérêts, permet aux « *avocats* qui représentent différents clients ayant des intérêts juridiques similaires d’échanger des renseignements sans être tenus de les divulguer à d’autres », In re Teleglobe Commc’ns Corp., 493 F. 3d 345, 364 (3d Cir. 2007) (non souligné dans l’original). Le cas échéant, ce principe protège les communications « échangées entre les avocats lorsque tous les membres de la communauté partagent un “intérêt juridique commun” à l’égard des renseignements communiqués », Ibid., au paragraphe 364 (non souligné dans l’original).

[74] Une exigence importante à respecter pour appliquer le privilège d’intérêt commun à un contexte transactionnel est qu’il doit avoir évolué à partir d’un contexte litigieux. La décision rendue dans *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007) (*Teleglobe*), aux pages 363 et 364, est la plus fréquemment citée pour décrire l’élargissement des contextes litigieux de manière à inclure les opérations commerciales :

[TRADUCTION] **2. Le privilège de la communauté d’intérêts (ou d’intérêt commun)**

Reconnaissant qu’il est souvent préférable pour les codéfendeurs représentés par des avocats différents dans des procédures criminelles de coordonner leur défense, les tribunaux ont créé le privilège relatif à la défense commune. Dans sa forme originale, il permettait aux avocats de codéfendeurs au criminel d’échanger des renseignements confidentiels sur les stratégies de défense sans renoncer au privilège à l’encontre de tiers. De plus, un codéfendeur ne pouvait pas renoncer au privilège associé aux renseignements communiqués sans le consentement de tous les autres codéfendeurs. Plus tard, les tribunaux ont remplacé le privilège relatif à la défense commune, qui ne s’appliquait qu’aux codéfendeurs au criminel, par un privilège plus large qui protège toutes

allows attorneys representing different clients with similar legal interests to share information without having to disclose it to others. It applies in civil and criminal litigation, and even in purely transactional contexts. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(a) *Common legal interest*

[75] The common interest essential to the doctrine of CIP in a commercial transaction context is said to be that of having the transaction concluded, which also is the foundation for the economic and social values said to rationalize its recognition. This can be seen in this more extensive quote from *Pitney Bowes*, at paragraphs 16 and 17:

Other courts have addressed this issue and have concluded that *Buttes* applies when parties to a commercial transaction share legal opinions with one another. Of the cases cited to me, *Fraser Milner Casgrain LLP v. Canada (Minister of National Revenue)*, [2002] B.C.J. No. 2146, is closest to the circumstances before me. There, the respondent sought production of a number of documents relating to the creation of certain business partnerships. The documents in issue included legal advice that was prepared for one group of companies and then shared with other corporate parties to the proposed transaction. In the course of his reasons, Lowry J. summarized in the following terms the other recent cases in the area, all of which were cited to me (*Archean Energy Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)* (1997), 98 D.T.C. 6456 (Alta. Q.B.), [1997] A.J. No. 347 (QL); *Anderson Exploration Ltd. v. Pan Alberta Gas Ltd.*, [1988] 10 W.W.R. 633 (Alta. Q.B.) and *St. Joseph Corp. v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2002 FCT 274, [2002] F.C.J. No. 361 (QL) (T.D.):

In *Archean Energy*, legal opinions concerning the tax consequences of a number of share purchases were developed for one company which subsequently provided them to a second company, the purchaser in the transactions. The opinions were held, on application by the purchaser under the *Income Tax Act*, to be privileged because they had been provided to further the common interest of having the transaction concluded and not with the intent of waiving the privilege

les communications échangées dans une « communauté d'intérêts » appropriée, au criminel comme au civil [...] En conséquence, le privilège d'intérêt commun permet aux avocats qui représentent différents clients ayant des intérêts juridiques similaires d'échanger des renseignements sans devoir les divulguer aux autres. Il s'applique aux litiges civils et criminels et même aux contextes purement transactionnels. [Non souligné dans l'original; notes en bas de pages omises.]

a) *Intérêt juridique commun*

[75] L'intérêt commun essentiel au principe du privilège d'intérêt commun dans un contexte d'opérations commerciales serait de conclure l'opération, ce qui est également le fondement des valeurs économiques et sociales qui justifieraient sa reconnaissance. C'est ce qui ressort de la citation plus large suivante de la décision *Pitney Bowes*, aux paragraphes 16 et 17 :

D'autres cours se sont penchées sur cette question et ont conclu que l'arrêt *Buttes* s'applique lorsque les parties à une transaction commerciale échangent les avis juridiques. Parmi les affaires qui m'ont été soumises, *Fraser Milner Casgrain LLP c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [2002] B.C.J. n° 2146, est celle dont les faits sont les plus proches de ceux de l'espèce. Dans cette affaire, le défendeur demandait la divulgation d'un certain nombre de documents liés à la création de certains partenariats commerciaux. Les documents en litige incluait un avis juridique rédigé pour l'un des groupes de sociétés puis communiqué à d'autres parties à la transaction proposée. Dans ses motifs, le juge Lowry a résumé les autres décisions récentes en la matière, qui ont toutes été citées en l'espèce, de la façon suivante : (*Archean Energy Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)* (1997), 98 D.T.C. 6456 (C.B.R. Alb.), [1997] A.J. n° 347 (QL); *Anderson Exploration Ltd. c. Pan Alberta Gas Ltd.*, [1988] 10 W.W.R. 633 (C.B.R. Alb.) et *St. Joseph Corp. c. Canada (Travaux publics et services gouvernementaux)*, 2002 CFPI 274, [2002] F.C.J. n° 361 (QL) (T.D.) :

[TRADUCTION] Dans *Archean Energy*, les avis juridiques portant sur les conséquences fiscales d'un certain nombre d'achats d'actions ont été exposés pour une société qui, plus tard, les a fournis à une autre société, l'acheteur dans les transactions. Il a été soutenu, sur demande effectuée par l'acheteur en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que les avis étaient secrets car ils avaient été fournis pour favoriser l'intérêt commun de voir la transaction s'effectuer et non avec l'inten-

attached. In *Anderson Exploration*, two corporations exchanged confidential documents of a proprietary nature in negotiating a merger. A legal opinion obtained by one was also given to the other. Later, in unrelated litigation involving a subsidiary of one of the corporations, the plaintiff sought access to the documents arising from the merger negotiations. The court held that the disclosure of the documents to third parties did not waive the privilege that attached to all of the documentation because of the common interest associated with their disclosure. And in *St. Joseph*, legal opinions exchanged in the course of a commercial transaction were held to be privileged given that the parties had a joint interest in ensuring its completion (at para. 8).

In the result, Lowry J. held that besides the common interest litigation privilege recognized in *Buttes*, the courts should also recognize another kind of common interest privilege: one based on “the parties’ common interest in the successful completion of a transaction” at (para. 12). He found that “economic and social values inherent in fostering commercial transactions” favoured the recognition of such a privilege. It is that kind of privilege that he applied to the circumstances before him. [Emphasis added.]

[76] At this point, it is important to understand that *Pitney Bowes* was a JCP case, although not recognized as such by the Court. All the parties had decided to retain the services of the same lawyer, who however delivered two opinions, as set out at paragraph 4 of the decision, as follows:

The parties to the leasing transaction agreed that, where multiple parties needed legal advice in areas where their interests were not adverse, they would all obtain advice from one legal counsel, regardless of the general legal representation in the transaction. In particular, Clifford Chance of the UK provided two opinions on United Kingdom law, both dated December 12, 1997: one addressed solely to Pitney Bowes, and the other addressed jointly to N.S. Group and Royal Bank. It is these two opinions that are the subject of this application. [Emphasis added.]

tion de renoncer au privilège afférent. Dans *Anderson Exploration*, deux sociétés avaient échangé des documents confidentiels de nature propriétaire lors de la négociation d’une fusion. Un avis juridique obtenu par l’une d’entre elles avait également été fourni à l’autre. Plus tard, dans des poursuites distinctes ayant trait à une filiale de l’une des deux sociétés, le demandeur a demandé l’accès aux documents produits par les négociations de fusion. La Cour a conclu que la divulgation des documents à des tiers n’avait pas tenu lieu de renonciation au privilège afférent à l’ensemble de la documentation en raison de l’intérêt commun lié à leur divulgation. Dans *St. Joseph*, les avis juridiques échangés lors d’une transaction commerciale étaient réputés secrets étant donné que les parties avaient un intérêt conjoint à s’assurer de sa réalisation (au paragraphe 8).

En fin de compte, le juge Lowry a conclu qu’en plus du privilège des communications liées à une instance liée à l’intérêt commun reconnu dans l’arrêt *Buttes*, les tribunaux devraient également reconnaître une autre sorte de privilège lié à l’intérêt commun : un fondé sur [TRADUCTION] « l’intérêt commun des parties à la réalisation réussie d’une transaction » au (paragraphe 12). Il a conclu que [TRADUCTION] « les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des transactions commerciales » favorisaient la reconnaissance d’un tel privilège. C’est ce type de privilège qu’il a appliqué à l’affaire sur laquelle il devait statuer. [Non souligné dans l’original.]

[76] À ce moment-ci, il est important de comprendre que la décision *Pitney Bowes* portait sur le secret professionnel conjoint, même si cela n’a pas été reconnu par la Cour. Toutes les parties avaient décidé de retenir les services du même avocat, qui a toutefois donné deux avis juridiques, comme l’indique le paragraphe 4 de la décision :

Les parties à la transaction de location ont convenu que, lorsque plusieurs parties avaient besoin de conseils juridiques dans des domaines où leurs intérêts n’étaient pas opposés, elles les obtenaient toutes auprès d’un même avocat, sans égard à la représentation juridique générale pour la transaction. En particulier, Clifford Chance du R.-U. a fourni deux avis portant sur le droit du Royaume-Uni, tous deux ayant comme date le 12 décembre 1997 : un adressé exclusivement à Pitney Bowes et l’autre adressé conjointement à N.S. Group et à la Banque Royale. Ce sont ces deux avis juridiques qui font l’objet de la présente demande. [Non souligné dans l’original.]

[77] Although two separate opinions were delivered to different clients, the facts indicate that this was a joint retainer of one lawyer to provide opinions that it was understood would be shared amongst them. If this was not a joint retainer, Mr. Chance could not ethically have represented all the parties in providing the opinion. The Court finds this case to be one pertaining to a joint client privilege, as opposed to a SCP, with the difference not apparently recognized by the Court. Although the opinions were prepared for different clients, they were done so with the intention of being shared. As the court stated at paragraph 22, “[t]he opinions were prepared with distribution in mind.” The joint client relationship has always been considered to comply with SCP doctrine, as shall be discussed below. It should be recognized however, that prior to Professor Giesel’s article the implications of common interests in JCP being distinguished from those in CIP were not recognized in the CIP jurisprudence. This conclusion is similarly apparent from the respondents’ initial reliance on JCP cases to support CIP.

(b) *Expectation Interest as a Rationale for CIP*

[78] Another rationale advanced to support advisory CIP is that of an “expectation interest”. It too was relied upon in *Pitney Bowes*, as is evident from paragraphs 18 and 20:

As mentioned above, in these kinds of cases the real issue is whether the privilege that would originally apply to the documents in dispute has somehow been lost - through waiver, disclosure or otherwise. This is a question of fact that will turn on a number of factors, including the expectations of the parties and the nature of the disclosure....

...

[77] Bien que deux avis juridiques distincts aient été donnés à des clients différents, les faits indiquent qu’il y a eu recours aux services d’un seul avocat qui était chargé de fournir des avis pour lesquels il était entendu qu’ils seraient communiqués aux parties. S’il ne s’agissait pas d’un mandat conjoint, M. Chance n’aurait pas pu, d’un point de vue éthique, représenter toutes les parties en fournissant l’avis. La Cour estime que cette affaire porte sur le secret professionnel conjoint plutôt que sur le secret professionnel de l’avocat, mais que la différence n’a apparemment pas été reconnue par la Cour. Bien que les avis aient été rédigés pour différents clients, ils l’ont été avec l’intention de les communiquer. Comme la Cour l’a mentionné au paragraphe 22 : « Les avis ont été préparés en vue de leur distribution ». La relation de clients conjoints a toujours été considérée comme étant conforme au principe du secret professionnel de l’avocat, comme on le verra ci-après. Il y a toutefois lieu de reconnaître qu’avant l’article de la professeure Giesel, la différence entre les conséquences des intérêts communs dans le contexte du secret professionnel conjoint et celles dans le contexte du privilège d’intérêt commun n’était pas reconnue dans la jurisprudence relative au privilège d’intérêt commun. Le fait que les défendeurs se soient initialement fondés sur des affaires relatives au secret professionnel conjoint pour revendiquer un privilège d’intérêt commun semble aussi étayer cette conclusion.

b) *L’attente à titre de justification du privilège d’intérêt commun*

[78] L’« attente » est une autre justification avancée pour appuyer le privilège d’intérêt commun consultatif. Cette justification a aussi été utilisée dans la décision *Pitney Bowes*, ainsi qu’il ressort des paragraphes 18 et 20 :

Comme cela a été mentionné précédemment, dans ces genres d’affaires, la véritable question est celle de savoir si le privilège qui s’appliquerait, au départ, aux documents en litige a été perdu par renonciation, par divulgation ou autre. C’est une question de fait fondée sur un certain nombre de facteurs, y compris les attentes des parties et la nature de la divulgation [...]

[...]

Still, in many commercial transactions, the parties will want to negotiate on the footing of a shared understanding of each other's legal position. They will seek legal advice from reputable solicitors whose opinions will be respected by the other parties. Indeed, the solicitors may represent more than one party to the deal. The sharing of legal opinions will ensure that each party has an appreciation of the legal position of the others and negotiations can proceed in an informed and open way. The advice may be provided for one or more party on the understanding that others should be provided copies. The expectation, whether express or implied, will be that the opinions are in aid of the completion of the transaction and, in that sense, are for the benefit of all parties to it. Such circumstances, in my view, create a presumption that the privilege attaching to the solicitor-client communications remains intact notwithstanding that they have been disclosed to other parties. [Emphasis added.]

[79] Again, the distinguishing facts are important in supporting Justice O'Reilly's reasoning. If all the parties hired the same lawyer creating a joint solicitor-client relationship, the expectation interest is most certainly that of sharing the opinions amongst the allied lawyers. I expect it was likely required in the lawyer's retainer, or that he would have been aware of the parties' intentions to do so. This is an expectation that was likely a duty therefore, as a term of the parties' agreement to "all obtain advice from one legal counsel" [at paragraph 4].

(c) *Other Facets of Advisory CIP Doctrine*

[80] Advisory CIP does not require that there be an agreement in writing to create it (*Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333, at paragraph 68). Considering its scope of application, CIP will extend protection to all parties, including accountants and other professionals, who were within the umbrella of the confidentiality that the parties intended to create as against third parties (*Canada (Minister of National Revenue) v. Welton Parent Inc.*, 2006 FC 67, [2006] 2 C.T.C. 177, at paragraph 67). This is an important consideration when

Néanmoins, dans de nombreuses transactions commerciales, les parties voudront négocier sur la base d'une compréhension mutuelle de la position juridique de l'autre. Elles chercheront à obtenir des avis juridiques auprès d'avocats dignes de confiance dont les avis seront respectés par les autres parties. D'ailleurs, il se peut que les avocats représentent plus d'une partie à la transaction. La communication des avis juridiques garantit que chaque partie comprend la position juridique des autres et que les négociations peuvent se dérouler ouvertement et en connaissance de cause. Les conseils peuvent être fournis à une ou plusieurs parties en sachant que les autres devraient en recevoir une copie. Selon les attentes, expresses ou tacites, les avis juridiques ont pour but d'aider à la réalisation de la transaction et, en ce sens, profitent à toutes les parties à ladite transaction. De telles circonstances créent, à mon avis, une présomption selon laquelle le privilège rattaché aux communications entre client et avocat reste intact malgré la divulgation des avis aux autres parties. [Non souligné dans l'original.]

[79] Encore une fois, les faits permettant d'établir une distinction sont importants pour appuyer le raisonnement du juge O'Reilly. Si toutes les parties avaient engagé le même avocat, créant ainsi une relation conjointe avocat-client, elles s'attendaient très certainement à ce que les avis juridiques soient échangés parmi les avocats alliés. Je suppose que cela était probablement exigé dans le mandat de l'avocat, ou qu'il aurait été au courant de l'intention des parties de le faire. Il s'agit d'une attente qui était probablement une obligation et qui, par conséquent, faisait sans doute partie des conditions de l'entente entre les parties « [d'obtenir des] conseils juridiques [...] auprès d'un même avocat » [au paragraphe 4].

c) *Autres facettes du principe du privilège d'intérêt commun consultatif*

[80] La constitution du privilège d'intérêt commun consultatif n'exige pas l'existence d'une entente écrite (*Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333, au paragraphe 68). Compte tenu de son champ d'application, le privilège d'intérêt commun étendra la protection à toutes les parties, y compris aux comptables et autres professionnels, qui sont protégées par la confidentialité que les parties voulaient créer à l'égard des tiers (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Welton Parent Inc.*, 2006 CF 67, au paragraphe 67). Il s'agit

assessing the scope of the communications that advisory CIP protects.

- (2) The Abacus Memo is protected by CIP in accordance with *Pitney Bowes*

[81] The parties' actions are consistent with the basis of CIP relating to the creation of certain business partnerships as described in the reasoning in *Pitney Bowes*. Abacus and IGHI clearly agreed that no waiver of privilege would arise from their lawyers trading the legal opinions and views forming the memo. The memo reflected the work of the parties in arriving at a structure of the transaction intended to minimize tax exposure and was obviously to the mutual benefit of both parties. The respondents argue that this in fact was the basis for their business deal, as there was no negotiation on the price or number of shares etc. As well, the memo contained a statement that the CRA might seek disclosure of the memo, but that its protection by CIP was a condition of its exchange between the parties.

- (a) *The parties are not adverse in interest regarding the common interest*

[82] The Minister argued that the parties were adverse in their legal interests, each being on the other side of a purchase and sale arrangement. For that reason, a common interest of the parties in the negotiation and closing of the commercial transaction would not provide a common legal interest as a basis for sharing privileged information without being seen as waiving the privilege.

[83] I do not agree with this submission. While it is true that the parties to a purchase and sale agreement are generally adverse in interest, when they are working cooperatively to reduce taxes payable on the sale of shares, the two parties share a common interest with regard to

d'une considération importante lorsqu'on évalue la portée des communications protégées par le privilège d'intérêt commun consultatif.

- 2) La note de service Abacus est protégée par le privilège d'intérêt commun conformément à la décision *Pitney Bowes*

[81] Les actes des parties sont conformes au fondement du privilège d'intérêt commun relatif à la création de certains partenariats commerciaux, comme il est décrit dans le raisonnement de la décision *Pitney Bowes*. Abacus et IGHI ont clairement convenu que l'échange des avis juridiques et des points de vue constituant la note de service entre leurs avocats ne constituerait pas une renonciation au privilège. La note de service reflétait le travail des parties pour parvenir à une structure de l'opération qui visait à minimiser l'impôt à payer et était, de toute évidence, à l'avantage mutuel des deux parties. Les défendeurs soutiennent qu'il s'agit là en fait du fondement de leur entente commerciale, car il n'y a eu aucune négociation sur le prix ou le nombre d'actions, etc. De plus, la note de service contenait une déclaration selon laquelle l'ARC pouvait demander la communication de celle-ci, mais que sa protection par le privilège d'intérêt commun était une condition de son échange entre les parties.

- a) *Les parties n'ont pas d'intérêts opposés en ce qui concerne l'intérêt commun*

[82] Le ministre a fait valoir que les parties avaient des intérêts juridiques opposés, chacune étant d'un côté opposé de l'entente de vente et d'achat. Pour cette raison, un intérêt commun des parties dans la négociation et la réalisation de l'opération commerciale ne créerait pas un intérêt juridique commun servant de fondement pour échanger des renseignements privilégiés sans que cela soit considéré comme une renonciation au privilège.

[83] Je ne souscris pas à cette thèse. Bien qu'il soit vrai que les parties à une entente de vente et d'achat ont généralement un intérêt opposé, lorsqu'elles travaillent en collaboration pour réduire l'impôt payable sur la vente des actions, les deux parties partagent un

that legal issue. The Abacus memo related only to that issue because legal opinions drove the transaction. This is similar to the facts in *Pitney Bowes*, where at paragraph 4 it was noted that “multiple parties needed legal advice in areas where their interests were not adverse” and for the goal of “[h]aving the transaction concluded” [at paragraph 16].

(b) *The common interest is a “legal concern”*

[84] The applicant argued that the Court should adopt the American approach, by which the common interest must be a “legal concern”. The Minister submitted that Abacus and IGHI essentially share only “common commercial interest in closing the deal” and that the interest is not therefore essentially legal.

[85] Given my preceding remarks, I disagree with the factual foundation for this argument. But even so, I am satisfied that the American case law cited by the applicant supports the application of the CIP doctrine in this matter.

[86] In the decision of *Bank Brussels Lambert*, the United States District Court for the Southern District of New York concluded at pages 446 and 447 that the doctrine applied to situations where parties are represented by separate counsel but engage in a common legal enterprise. The Court [in *Bank Brussels Lambert*] used the example of a situation ““where a joint defense effort or strategy has been decided upon and undertaken by the parties and their respective counsel””, but distinguished the situation because litigation was not anticipated. Given that the applicant accepted that *Teleglobe* appears to represent the law in Canada, that applied CIP beyond litigation-related contexts, the *ratio* of the *Bank Brussels Lambert* is not applicable in Canada. This is the first Canadian decision that concludes that CIP should be limited to litigation-related matters.

intérêt commun à l’égard de cette question juridique. La note de service Abacus ne portait que sur cette question puisque des avis juridiques sous-tendaient l’opération. Les faits sont similaires à ceux dans la décision *Pitney Bowes*, où, au paragraphe 4, il a été mentionné que « plusieurs parties avaient besoin de conseils juridiques dans des domaines où leurs intérêts n’étaient pas opposés » en vue « de voir la transaction s’effectuer » [au paragraphe 16].

b) *L’intérêt commun est une « préoccupation juridique »*

[84] Le demandeur a soutenu que notre Cour devrait adopter l’approche américaine, selon laquelle l’intérêt commun doit être une « préoccupation juridique ». Le ministre a fait valoir qu’Abacus et IGHI ne partageaient essentiellement qu’un [TRADUCTION] « intérêt commercial commun à l’égard de la réalisation de l’opération » et que cet intérêt n’était donc pas essentiellement juridique.

[85] Vu mes remarques précédentes, je ne suis pas d’accord avec le fondement factuel de cet argument. Or, même si je l’étais, je suis convaincu que la jurisprudence américaine citée par le demandeur appuie l’application du principe de privilège d’intérêt commun en l’espèce.

[86] Dans la décision *Bank Brussels Lambert*, la Cour de district des États-Unis pour le district Sud de New York a conclu, aux pages 446 et 447, que le principe s’appliquait aux cas où les parties sont représentées par des avocats distincts, mais qui participent à une entreprise juridique commune. La Cour [dans la décision *Bank Brussels Lambert*] a utilisé l’exemple d’une situation [TRADUCTION] « “où une défense ou une stratégie commune avait été établie et déployée par les parties et leur avocat respectif” », en distinguant la situation parce qu’aucun procès n’était prévu. Étant donné que le demandeur a reconnu que la décision *Teleglobe* semble représenter le droit au Canada, qui applique le privilège d’intérêt commun au-delà des contextes de litige, le fondement de la décision *Bank Brussels Lambert* ne s’applique pas au Canada. Il s’agit de la première décision canadienne qui conclut que le privilège d’intérêt commun ne devrait s’appliquer que dans les cas de litige.

[87] In any event, the Court [in *Bank Brussels Lambert*] discussed what it considered the more “troublesome question”, where entities have “parallel interests but are not actively pursuing a common legal strategy”, stating at page 447 as follows:

More troublesome is the question of whether the doctrine can be stretched to apply to communications between entities that have parallel interests but are not actively pursuing a common legal strategy. In its most extreme form, this version of the common interest doctrine has been described as follows:

A community of interest exists among different persons or separate corporations where they have an identical legal interest with respect to the subject matter of a communication between an attorney and a client concerning legal advice. The third parties receiving copies of the communication and claiming a community of interest may be distinct legal entities from the client receiving the legal advice and may be a non-party [*sic*] to any anticipated or pending litigation. The key consideration is that the nature of the interest be identical, not similar, and be legal, not solely commercial. The fact that there may be an overlap of a commercial and a legal interest for a third party does not negate the effect of the legal interest in establishing a community of interest.

*Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D.S.C. 1975), 1172.

In practice, however, the *Duplan* court required more than merely concurrent legal interests. Although the court found that a communication with a non-party that was contractually obligated to be the party’s legal patent advisor fell within the common interest doctrine, it held that disclosure to the exclusive licensee of the party’s patent constituted a waiver. *Id.* at 1175.

The common interest doctrine, then, has both a theoretical and a practical component. In theory, the parties among whom privileged matter is shared must have a common legal, as opposed to commercial, interest. In practice, they must have demonstrated cooperation in formulating a common legal strategy. [Emphasis added.]

[87] Dans tous les cas, la Cour [dans la décision *Bank Brussels Lambert*] a examiné ce qu’elle considérait comme la [TRADUCTION] « question la plus problématique », où les entités ont des [TRADUCTION] « intérêts parallèles, mais ne recherchent pas activement une stratégie juridique commune », s’exprimant ainsi à la page 447 :

[TRADUCTION] Plus problématique encore est la question de savoir si le principe pourrait justifier des communications entre des entités qui ont des intérêts parallèles, mais qui ne recherchent pas activement une stratégie juridique commune. Dans sa forme la plus extrême, cette version du principe de l’intérêt commun a été décrite ainsi :

Il existe une communauté d’intérêts parmi des personnes différentes ou des sociétés distinctes lorsqu’elles ont un intérêt juridique identique à l’égard du sujet d’une communication entre un avocat et un client concernant un avis juridique. Les tierces parties qui reçoivent des copies de la communication et qui revendiquent une communauté d’intérêts peuvent être des entités juridiques distinctes du client qui reçoit l’avis juridique et peuvent ne pas être partie à un procès envisagé ou en cours. Le principal facteur à prendre en considération est que la nature de l’intérêt doit être identique et non similaire, et être juridique et pas uniquement commerciale. Le fait qu’il puisse y avoir un chevauchement entre un intérêt commercial et un intérêt juridique pour une tierce partie n’annule pas l’effet de l’intérêt juridique en établissant une communauté d’intérêts.

*Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D.S.C. 1975), 1172.

[TRADUCTION] En pratique, toutefois, la Cour exigeait dans la décision *Duplan* plus que des simples intérêts juridiques concomitants. Même si la Cour a conclu qu’une communication avec un tiers qui était contractuellement tenu d’agir comme conseiller juridique en brevets pour la partie relevait du principe de l’intérêt commun, elle a jugé que la divulgation faite au titulaire exclusif du brevet de la partie constituait une renonciation. *Ibid.*, au paragraphe 1175.

Le principe de l’intérêt commun, ainsi, a un volet théorique et un volet pratique. En théorie, les parties qui partagent des informations protégées par le secret professionnel doivent avoir un intérêt juridique commun plutôt qu’un intérêt commercial. En pratique, elles doivent avoir fait preuve de coopération lors de l’élaboration d’une stratégie juridique commune. [Non souligné dans l’original.]

[88] The Court [in *Bank Brussels Lambert*] went on to find at pages 447 and 448 that the plaintiffs could not rely upon the CIP doctrine because “the common interest doctrine does not encompass a joint business strategy which happens to include as one of its elements a concern about litigation.” It continued, “[n]or is there any suggestion that counsel from that firm coordinated its legal efforts with attorneys for any other Bank Group member.”

[89] Even in applying this reasoning that it might be arguable that engaging lawyers for the purpose of having the transaction concluded where there is no joint coordinated legal strategy, it is clear to the Court in this matter that Abacus and the respondents formulated a shared sale transaction based upon a joint legal strategy to complete the transaction and to that end carefully coordinated the legal efforts of their lawyers which ended up defining the nature of the commercial transactions that the parties concluded.

[90] The present situation also falls into the exception in *Bank Brussels Lambert* because, unlike in that decision, the legal issues motivating the share sale transaction structure were not incidental to the memo, but its *raison d’être*. In either case therefore, the memo would be entitled to protection under the CIP doctrine on the basis of the principles enunciated in *Bank Brussels Lambert*, assuming it applied to advisory CIP. I conclude that the American jurisprudence presented to the Court by the applicant is of no assistance in this matter where the parties are represented by separate counsel but “engage in a common legal enterprise” [at page 447].

[91] Besides, more recent American jurisprudence (see e.g. *Shipyards Associates; Teleglobe*) has recognized CIP in circumstances almost identical to those in this matter, which I do not need to describe, inasmuch as I

[88] La Cour [dans la décision *Bank Brussels Lambert*] a par ailleurs conclu aux pages 447 et 448 que les demandeurs ne pouvaient pas se fonder sur le principe du privilège d’intérêt commun parce que [TRADUCTION] « le principe du privilège d’intérêt commun n’englobe pas de stratégie commerciale commune qui, parmi ses éléments, inclut une crainte de litige ». Elle a poursuivi en précisant qu’il [TRADUCTION] « n’y avait pas non plus d’indication que l’avocat de ce cabinet avait coordonné ses efforts juridiques avec les avocats des autres membres du groupe Bank ».

[89] Même en appliquant ce raisonnement selon lequel il pourrait être discutable de recourir à des avocats en vue de réaliser une opération lorsqu’il n’y a pas de stratégie juridique coordonnée commune, il est clair pour notre Cour, en l’espèce, qu’Abacus et les défendeurs ont élaboré une opération de vente commune selon une stratégie juridique commune afin de réaliser l’opération et qu’à cette fin, ils ont coordonné avec soin les efforts juridiques de leurs avocats qui ont fini par définir la nature des opérations commerciales que les parties ont réalisées.

[90] La présente situation relève également de l’exception établie dans la décision *Bank Brussels Lambert*, car, contrairement à cette décision, les questions juridiques qui sous-tendent la structure de l’opération de vente commune n’étaient pas incidentes à la note de service, mais sa raison d’être. Par conséquent, dans les deux cas, la note de service pourrait être protégée par le principe du privilège d’intérêt commun conformément aux principes énoncés dans la décision *Bank Brussels Lambert*, en presumant qu’il s’appliquait au privilège d’intérêt commun consultatif. Je conclus que la jurisprudence américaine que le demandeur a présentée à notre Cour n’est d’aucune utilité en l’espèce, car les parties sont représentées par des avocats différents, mais « participent à une entreprise juridique commune » [à la page 447].

[91] En outre, la jurisprudence américaine plus récente (voir p. ex. *Shipyards Associates; Teleglobe*) a reconnu le privilège d’intérêt commun dans des circonstances presque identiques à celles en l’espèce, que

accept the respondents' argument that CIP in transactional circumstances is strongly implanted in Canadian law and indeed around the common-law world.

[92] Despite the Court's acknowledgment of the challenge it faces in terms of the recognized stature of CIP, it nevertheless is very strongly of the view that CIP is not a valid component of SCP doctrine for the reasons that follow in the next section.

*C. Is CIP a Valid Component of the Doctrine of Solicitor-client Privilege?*

(1) Introduction

[93] The well-established status of advisory CIP as a feature of SCP in common law countries has been aptly demonstrated by the copious case law provided by the respondents. Recently, however, the article by Professor Giesel and the New York Court of Appeal's decision in *Ambac* reinvigorated the debate on whether advisory CIP is a valid component of the doctrine of SCP. In the United States and Canada, the doctrine arrived under a cloud of confusion with JCP and litigation privilege and has never undergone serious consideration similar to that carried out by Professor Giesel and to some extent in *Ambac*.

[94] In considering the above issue, the Court begins its analysis with an overview of the confusion surrounding the origins of advisory CIP in America and Canada. Second, the Court undertakes an analysis to demonstrate the irreconcilability of CIP with SCP doctrine. This serves as a ground to reject the theory that CIP can be considered to be a defence to the waiver of SCP. Third, the Court considers and rejects the respondents' argument that current Canadian law favours

je n'ai pas besoin de décrire étant donné que je retiens la thèse des défendeurs selon laquelle le privilège d'intérêt commun dans un contexte transactionnel est solidement implanté dans le droit canadien ainsi que dans le monde de la common law.

[92] Même si notre Cour a reconnu le défi relatif à l'envergure du privilège d'intérêt commun, elle croit néanmoins fermement que le privilège n'est pas une composante valide du principe du secret professionnel de l'avocat pour les motifs exposés dans la prochaine partie.

*C. Le privilège d'intérêt commun est-il une composante valide du principe du secret professionnel de l'avocat?*

1) Introduction

[93] Le statut bien établi du privilège d'intérêt commun consultatif en tant qu'élément du secret professionnel de l'avocat dans les pays de common law a été bien démontré par l'abondante jurisprudence présentée par les défendeurs. Toutefois, l'article de la professeure Giesel et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de New York dans *Ambac* ont récemment relancé le débat sur la question de savoir si le privilège d'intérêt commun consultatif est une composante valide du principe du secret professionnel de l'avocat. Aux États-Unis comme au Canada, le principe est arrivé dans un climat de confusion en même temps que le secret professionnel conjoint et le privilège relatif au litige et n'a jamais fait l'objet d'un examen approfondi comme celui réalisé par la professeure Giesel et, dans une certaine mesure, celui réalisé dans l'arrêt *Ambac*.

[94] En examinant la question susmentionnée, la Cour commence son analyse par un aperçu de la confusion entourant les origines du privilège d'intérêt commun consultatif aux États-Unis et au Canada. Ensuite, elle effectue une analyse afin de démontrer l'incompatibilité du privilège d'intérêt commun avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Cette analyse constitue un motif pour rejeter la théorie selon laquelle le privilège d'intérêt commun peut être considéré comme un

a liberal construction of privilege that would include advisory CIP. Fourth, the emerging rationales for CIP are reviewed and dismissed. This includes the *ad hoc* theories of expectation interest and selective waiver. They too are irreconcilable with the SCP doctrine.

[95] Throughout its analysis, the Court considers the Giesel article and the New York Court of Appeal's decision in *Ambac*, in addition to responding to the respondents' submissions in reply to the Court's directions. Besides its novel CIP cost-benefit analysis and its four to two outcome, it is difficult to ignore the *Ambac* decision, coming as it does from the state of New York, where one can presume the highest number of commercial transactions are completed anywhere in the United States. Given that it has upheld the refusal to recognize advisory CIP along with 12 other States, despite all of the jurisprudence provided by the respondents demonstrating acceptance of the doctrine around the world, the viability of advisory CIP appears to be a very live and unresolved issue.

(2) The Establishment and Recent Expansion of Legal Advisory CIP

(a) *CIP Originated in a Litigation Context in Reliance on Joint Client Principles*

[96] The judicial history of any legal doctrine is important. If there are deficiencies in the reasoning of the evolution of a principle, they will play out in its modern application. I believe this to be the case for advisory CIP. Its principal historical deficiencies in reasoning lie with advisory CIP being thought of as sharing the same

moyen de défense à la renonciation au secret professionnel de l'avocat. Puis, elle examine et rejette la thèse des défendeurs selon laquelle le droit canadien actuel favorisait une interprétation libérale du privilège qui inclurait le privilège d'intérêt commun consultatif. Enfin, les principes émergents du privilège d'intérêt commun sont examinés et rejetés. Cela comprend les théories particulières de l'attente et de la renonciation sélective. Celles-ci sont également incompatibles avec le principe du secret professionnel de l'avocat.

[95] Tout au long de son analyse, notre Cour examine l'article Giesel et la décision de la Cour d'appel de New York dans l'arrêt *Ambac*, en plus de répondre aux observations des défendeurs relativement aux directives de la Cour. Malgré sa nouvelle analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun et sa décision rendue à quatre contre deux, il est difficile d'ignorer l'arrêt *Ambac* puisqu'il a été rendu dans l'État de New York où l'on peut présumer qu'il se réalise le plus grand nombre d'opérations commerciales que n'importe où ailleurs aux États-Unis. Étant donné que l'État a confirmé le refus de reconnaître un privilège d'intérêt commun consultatif comme c'est le cas dans 12 autres États, malgré toute la jurisprudence présentée par les défendeurs démontrant l'acceptation du principe dans le monde, la viabilité du privilège d'intérêt commun consultatif semble être une question très actuelle et non réglée.

2) L'Établissement et le récent élargissement du privilège d'intérêt commun relatif aux consultations juridiques

a) *Le privilège d'intérêt commun tire son origine du contexte des litiges et est fondé sur les principes du secret professionnel conjoint*

[96] L'historique judiciaire du principe est important. S'il existe des lacunes dans le raisonnement de l'évolution d'un principe, elles se répercuteront dans son application moderne. J'estime que c'est le cas du privilège d'intérêt commun consultatif. Les principales lacunes historiques du raisonnement proviennent du fait

purpose and foundation as that of JCP and litigation privilege, when it bears little relation to either, except both also involve a common interest.

[97] Although historically confusion with JCP added to the problem and came first, the essential error in advisory CIP's history, in the Court's view, arose when it was thought to be supported by the same rationale that underlines litigation CIP. In failing to recognize that litigation privilege and SCP are "distinct conceptual animals", advisory CIP was established by coat-tailing on litigation CIP. This allowed the doctrine to be established without a proper analysis of its compatibility with SCP doctrine. A re-evaluation of this issue demonstrates advisory CIP's incompatibility with the SCP doctrine, as well as recognition that CIP provides no benefit to the administration of justice. In fact, it undermines it.

[98] The Giesel article provides a comprehensive analysis of the history of the development of CIP in the United States. Her review, however, does not describe the evolution of advisory CIP from litigation related CIP. Professor Giesel subscribes to the theory that all forms of CIP, not including JCP, should be rejected on the basis of their incompatibility with SCP doctrine. On this point, I respectfully disagree with her, as I find that CIP principles are not irreconcilable with the litigation privilege doctrine. I therefore limit the application of her analysis to advisory CIP, which I agree is incompatible with the SCP doctrine.

que l'on considère que le privilège d'intérêt commun consultatif partage le même objectif et le même fondement que le secret professionnel conjoint et le privilège relatif au litige, alors qu'il n'a presque aucun lien avec l'un ou l'autre, à l'exception que ces derniers se caractérisent par un intérêt commun.

[97] Bien qu'historiquement la confusion avec le secret professionnel conjoint ait exacerbé le problème et soit arrivée en premier, l'erreur fondamentale dans l'histoire du privilège d'intérêt commun consultatif, selon la Cour, est survenue lorsque l'on s'est mis à penser qu'il était fondé sur les mêmes raisons d'être qui sous-tendent le privilège d'intérêt commun relatif au litige. Omettant de reconnaître que le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat sont des « concepts distincts », le privilège d'intérêt commun consultatif a été établi en profitant du succès du privilège d'intérêt commun relatif au litige. Cela a permis d'établir le principe sans effectuer d'analyse appropriée de sa compatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Une réévaluation de cette question démontre l'incompatibilité du privilège d'intérêt commun consultatif avec le principe du secret professionnel de l'avocat, et reconnaît que le privilège d'intérêt commun n'avantage en rien l'administration de la justice. En fait, il lui nuit.

[98] L'article Giesel présente une analyse exhaustive de l'histoire de la création du privilège d'intérêt commun aux États-Unis. Son examen, cependant, ne décrit pas comment le privilège d'intérêt commun relatif au litige a évolué en privilège d'intérêt commun consultatif. La professeure Giesel souscrit à la théorie voulant que toutes les formes de privilège d'intérêt commun, à l'exception du secret professionnel conjoint, doivent être rejetées en raison de leur incompatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Sur ce point, je ne puis être d'accord avec elle, car j'estime que les principes du privilège d'intérêt commun ne sont pas incompatibles avec le principe du privilège relatif au litige. Je limite donc l'application de son analyse au privilège d'intérêt commun consultatif qui, je suis d'accord, est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat.

[99] This does not mean that the Court concludes issues of JCP are irrelevant to the history or the analysis of advisory CIP. CIP makes its first entry into Canadian law in the Ontario Court of Appeal and at the Supreme Court, in *obiter* in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 (*Pritchard*), in circumstances of litigation-related joint client relationships. Moreover, as noted, the *Pitney Bowes* decision was also a JCP situation. JCP has definitely confused the discussion of advisory CIP, as evident from the many “CIP” cases that are either litigation-related or joint client situations.

[100] Having voiced my disagreement with one aspect of the Giesel article, I should point out her important contribution to the issues discussed in this decision. Her article is significant for several reasons, in addition to delineating the distinction between CIP and JCP. She also is the first jurist that I am aware of who conducts a cost-benefit analysis on CIP. I believe this may have inspired the judges in *Ambac* to follow suit, including the majority agreeing that the costs of advisory CIP outweigh the benefits. Most importantly however, she demonstrates the incompatibility of (advisory) CIP doctrine with the principles of solicitor-client privilege described by Professor Wigmore. In this respect, she awakens the legal world to the disconnect between SCP theory and advisory CIP. This highlights the absence of any congruity of the different rationales said to justify CIP with the principles of SCP or the administration of justice. These issues are the focus of the Court’s analysis below.

[99] Il ne s’ensuit pas que notre Cour conclut que les questions relatives au secret professionnel conjoint ne sont pas pertinentes dans l’histoire ou l’analyse du privilège d’intérêt commun consultatif. Le privilège d’intérêt commun est apparu la première fois dans le droit canadien à la Cour d’appel de l’Ontario et à la Cour suprême, en remarque incidente, dans l’arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 (*Pritchard*), dans le cadre d’un litige relatif aux relations de clients conjoints. En outre, comme il a été mentionné, la décision *Pitney Bowes* concernait aussi une situation faisant intervenir un secret professionnel conjoint. Le secret professionnel conjoint a définitivement apporté de la confusion dans l’examen du privilège d’intérêt commun consultatif, comme il ressort des nombreux cas de « privilège d’intérêt commun » qui portent soit sur le privilège relatif au litige soit sur le secret professionnel conjoint.

[100] Ayant exprimé mon désaccord concernant l’un des aspects de l’article Giesel, je me dois de souligner sa contribution importante aux questions examinées dans la présente décision. Son article est important pour plusieurs raisons, en plus de définir la distinction entre le privilège d’intérêt commun et le secret professionnel conjoint. Elle est également la première juriste qui, à ma connaissance, a réalisé une analyse coûts-avantages du privilège d’intérêt commun. Je crois que cela pourrait avoir inspiré les juges dans l’arrêt *Ambac* à emboîter le pas, y compris les juges majoritaires à confirmer que les coûts du privilège d’intérêt commun consultatif l’emportaient sur les avantages. Plus important encore, elle démontre l’incompatibilité du principe du privilège d’intérêt commun (consultatif) avec les principes du secret professionnel de l’avocat décrits par le professeur Wigmore. À cet égard, elle ouvre les yeux de la communauté juridique sur l’incompatibilité entre la théorie du secret professionnel de l’avocat et le privilège d’intérêt commun consultatif. Cela met en valeur l’absence de congruité des différentes raisons d’être alléguées du privilège d’intérêt commun avec les principes du secret professionnel de l’avocat ou l’administration de la justice. Ces questions sont au cœur de l’analyse ci-dessous de notre Cour.

(b) *Confusion with JCP*

[101] The first recorded occurrence of CIP was in a criminal law matter related in the 1871 Supreme Court of Virginia decision of *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871) (*Chahoon*). In that case, Mr. Chahoon met with two other defendants and their lawyers in a matter of criminal conspiracy. During the trial, Mr. Chahoon's lawyer sought to question one of the lawyers about what Mr. Chahoon had said at the meeting. The Court concluded that the lawyer was not required to answer the question as a matter of privilege. In reaching its conclusion, the Court offered the following reasons (at pages 841 and 842):

.... And can it make any difference in this case, that he was employed as counsel alone by Sanxay? The parties were jointly indicted for a conspiracy to commit a particular crime, and severally indicted for forging and uttering the same paper. They might have employed the same counsel, or they might have employed different counsel as they did. But whether they did the one thing or the other, the effect is the same, as to their right of communication to each and all of the counsel, and as to the privilege of such communication.

They had the same defence to make, the act of one in furtherance of the conspiracy, being the act of all, and the counsel of each was in effect the counsel of all, though, for purposes of convenience, he was employed and paid by his respective client. [Emphasis added.]

[102] The Court's conclusions in *Chahoon* were thereafter applied and relied upon as the foundation of the privilege. However, there can be no doubt that the Court in *Chahoon* relied upon JCP principles in a situation where clients were being represented by separate counsel, thereby applying the JCP doctrine to a CIP scenario.

[103] Professor Giesel is highly critical of the *Chahoon* decision and disagrees that allied lawyer situations

b) *Confusion avec le secret professionnel conjoint*

[101] Il a été question du privilège d'intérêt commun pour la première fois dans une affaire de droit pénal devant la Cour suprême de la Virginie en 1871, dans l'arrêt *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871) (*Chahoon*). Dans cet arrêt, M. Chahoon s'était réuni avec deux autres défendeurs et leurs avocats dans une affaire de complot criminel. Durant le procès, l'avocat de M. Chahoon a voulu questionner l'un des avocats au sujet de ce que M. Chahoon avait dit lors de la réunion. La Cour a conclu que l'avocat n'était pas tenu de répondre à la question qui relevait du privilège. Lorsqu'elle a tiré sa conclusion, la Cour a mentionné ce qui suit (aux pages 841 et 842) :

[TRADUCTION] [...] Cela fait-il une différence, en l'espèce, qu'il ait été embauché comme avocat par Sanxay seulement? Les parties étaient accusées conjointement de complot en vue de commettre un crime particulier et gravement accusées d'avoir falsifié et distribué le même document. Elles pourraient avoir eu recours au même avocat, ou elles pourraient avoir retenu les services d'avocats différents, comme c'est le cas. Mais peu importe si elles ont fait l'une ou l'autre de ces choses, l'effet est le même quant à leur droit de communiquer avec tous les avocats et quant au privilège dont fait l'objet ces communications.

Elles avaient la même défense à faire valoir, les agissements de l'une d'entre elles à l'égard du complot étant les agissements de toutes, et l'avocat de chacune des parties étant en effet l'avocat de toutes les parties, bien que, par souci de commodité, il ait été embauché et payé par son client respectif. [Non souligné dans l'original.]

[102] Les conclusions de la Cour dans l'arrêt *Chahoon* ont par la suite été appliquées et invoquées comme fondement du privilège. Cependant, il ne fait aucun doute que la Cour, dans l'arrêt *Chahoon*, s'est fondée sur les principes du secret professionnel conjoint dans une situation où les clients étaient représentés par des avocats différents, appliquant ainsi le principe du secret professionnel conjoint à une situation faisant intervenir le privilège d'intérêt commun.

[103] La professeure Giesel critique sévèrement l'arrêt *Chahoon* et n'est pas d'avis que les situations mettant

as in *Chahoon* are analogous to JCP situations under the doctrine of SCP for a number of reasons outlined below. While the Court agrees with her reasoning, its conclusions are more nuanced. Insofar as CIP was being applied in the field of litigation, I conclude that the *Chahoon* decision is correct, but based on the wrong reasons because of its mischaracterization of the facts of the case to be those of “in effect” a joint client relationship. I believe the correct rationale is that sharing legal advice on a common interest in litigation may be consistent with the strategic adversarial nature of litigation, which is discussed below. Even on this basis however, the Court in *Chahoon* relied on strategic considerations: “They had the same defence to make, the act of one in furtherance of the conspiracy, being the act of all” (at pages 841 and 842).

[104] All communications in a JCP situation are within the solicitor-client relationship and the privilege is coherent with the SCP doctrine. Conversely, the communications in an allied lawyer CIP situation are not limited to those between a lawyer and his or her client seeing as the lawyer does not have a solicitor-client relationship with the other parties who have their own separate counsel. Therefore, to apply the doctrine of SCP to communications in the allied lawyer setting is to protect communications that are not solely between an attorney and the attorney’s client and therefore not essential to the relationship. Such an application of the doctrine of SCP is contrary to its own *raison d’être*, that is encouraging full and frank disclosure of information by the client to the lawyer and by its essential nature being to the benefit of the administration of justice.

[105] Second, the duty of loyalty owed by the lawyer to all joint clients informs the ethical limits of joint

en cause des avocats alliés comme dans l’arrêt *Chahoon* sont semblables aux situations faisant intervenir le secret professionnel conjoint selon le principe du secret professionnel de l’avocat pour plusieurs raisons mentionnées ci-dessous. Bien que notre Cour souscrive à son raisonnement, ses conclusions sont plus nuancées. Dans la mesure où le privilège d’intérêt commun a été appliqué dans le domaine du litige, je conclus que l’arrêt *Chahoon* est correct, mais fondé sur des motifs erronés en raison de la mauvaise qualification des faits de l’affaire, qui ont été considérés comme étant « effectivement » une relation de clients conjoints. Je crois que la justification appropriée est que le partage d’avis juridique sur la base d’un intérêt commun à l’égard d’un litige peut être conforme à la nature contradictoire stratégique des litiges, qui est examinée ci-dessous. Toutefois, même sur cette base, la Cour s’est fondée sur des considérations stratégiques dans l’arrêt *Chahoon* : [TRADUCTION] « Elles avaient la même défense à faire valoir, les agissements de l’une d’entre elles à l’égard du complot étant les agissements de toutes » (aux pages 841 et 842).

[104] Toutes les communications partagées dans un contexte de secret professionnel conjoint se font entre l’avocat et son client, et le privilège est conforme au principe du secret professionnel de l’avocat. En revanche, les communications dans une situation de privilège d’intérêt commun où des avocats sont alliés ne se limitent pas à celles échangées entre un avocat et son client puisque l’avocat n’entretient pas de relation avocat-client avec les autres parties qui ont leur propre avocat. Par conséquent, appliquer le principe du secret professionnel de l’avocat aux communications échangées dans une situation où des avocats sont alliés revient à protéger des communications qui ne se font pas seulement entre un avocat et son client et, par conséquent, ne sont pas essentielles à la relation. Une telle application du principe du secret professionnel de l’avocat va à l’encontre de sa propre raison d’être, qui est de favoriser une communication complète et franche de renseignements entre le client et son avocat et, par sa nature essentielle, de favoriser l’administration de la justice.

[105] Ensuite, le devoir de loyauté de l’avocat envers tous les clients conjoints oriente les limites éthiques de

client representation. This ensures that the lawyer exercises independent judgment on behalf of each client to prevent any risk of adverse impact occurring to any member of the joint client class due to the lawyer's responsibilities to one of the other joint clients. The duty of loyalty requires the lawyer in a joint-client context to ensure that the joint clients consent to the sharing of all the information received by the lawyer. That same duty of loyalty further requires that the lawyer withdraw if one client decides some matter material to the lawyer's representation of the parties should be kept from the other. It is only the client's lawyer who has this duty and whose privileged advice may be relied upon by the client to assist him or her in complying with the law.

[106] Conversely, lawyers working in common interest under a CIP agreement do not owe a duty of loyalty to other lawyers' clients, and thus share no concerns of being in a conflict of interest situation. As such, there are no requirements to share information between all common interest parties. The sharing of information occurs only to the extent that it is in the best interest of the parties to work together on the legal common interest. This distinction between JCP and CIP was noted by the majority in *Ambac*, pointing out that in the joint client situation "the clients indisputably share a complete alignment of interests in order for the attorney, ethically, to represent both parties" (at page 631).

[107] Third, joint client representation adheres to the rationale of SCP, while CIP does not. JCP was recognized as early as 1854 in the decision of *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854) (*Rice*), at pages 335 and 336 to be a form of SCP. Consequently, applying SCP to the joint client representation setting "is not an expansion of the application of the attorney-client privilege from its traditional metes and bounds of the 1800s" (Giesel, at page 523).

la représentation de clients conjoints. Cela permet de veiller à ce que l'avocat exerce un jugement indépendant au nom de chaque client pour prévenir tout risque de répercussion négative à un membre du groupe de clients conjoints découlant des responsabilités de l'avocat envers l'un des autres clients conjoints. Le devoir de loyauté exige que l'avocat qui représente des clients conjoints s'assure que ceux-ci consentent à la communication de tous les renseignements reçus par l'avocat. Ce même devoir de loyauté exige également que l'avocat cesse d'occuper si l'un des clients décide qu'une question qui est essentielle à la représentation des parties par l'avocat ne devrait pas être dévoilée aux autres. Ce devoir ne s'applique qu'à l'avocat, et le client peut se fonder sur les conseils privilégiés de celui-ci pour l'aider à se conformer à la loi.

[106] En revanche, les avocats qui ont un intérêt commun dans le cadre d'une entente visée par le privilège d'intérêt commun ne sont pas tenus à un devoir de loyauté envers les clients des autres avocats et par conséquent, ne s'inquiètent pas de se retrouver en situation de conflit d'intérêts. Ainsi, il n'y a aucune obligation d'échanger des renseignements entre toutes les parties ayant un intérêt commun. L'échange de renseignements ne se fait que dans la mesure où il est dans l'intérêt des parties de travailler ensemble à l'égard d'un intérêt juridique commun. Cette distinction entre le secret professionnel conjoint et le privilège d'intérêt commun a été mentionnée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac*, qui ont fait remarquer que dans une situation de clients conjoints, [TRADUCTION] « les clients partagent incontestablement une parfaite harmonisation des intérêts pour que l'avocat puisse, du point de vue éthique, représenter les deux parties » (à la page 631).

[107] De plus, la représentation de clients conjoints est conforme à la raison d'être du secret professionnel de l'avocat, contrairement au privilège d'intérêt commun. Le secret professionnel conjoint a été reconnu dès 1854 dans la décision *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854) (*Rice*), aux pages 335 et 336, comme étant une forme de secret professionnel de l'avocat. En conséquence, appliquer le secret professionnel de l'avocat à un contexte de représentation de clients conjoints [TRADUCTION] « ne constitue pas un élargissement du champ d'application du

[108] This raises issues as to the source of the statements in *Chahoon* that “nothing can be more certain” and that “all authorities agreed” that JCP applied to the situation (*Chahoon*, at pages 839 and 840). The Court cited no case law in support of this claim. The only explanation for the statement that all the authorities agreed on the point is that the Court mistakenly relied upon the earlier joint client jurisprudence, i.e. *Rice*, to support CIP on the basis that they were “in effect” in the same situation. This is clearly an erroneous view that discarded the fundamental principles of the SCP doctrine. Regrettably, reliance on joint client situations in enabling CIP doctrine continues right up to recent times.

[109] Finally, a common interest is necessary to establish CIP, but is not to establish JCP. The privilege for joint clients is based upon meeting the requirements of SCP, which is subject to stringent rules concerning the lawyer’s duty of loyalty and avoiding being placed in a conflict of interest. The fact that the parties share a common interest is relevant to meeting the ethical requirements for a lawyer to represent joint clients, but is not a requirement of joint client representation. So extensive is the co-mingling of the two principles that Professor Giesel refers to circumstances where CIP doctrine has taken hold and now requires a demonstration of a common interest for JCP to apply, where SCP law does not require it (see Giesel, at pages 524 ff).

[110] Accordingly, this Court agrees that the historical expansion of allied lawyer privilege was “a bit stealthy” (Giesel, at page 511). Professor Giesel notes that in the

privilege du secret professionnel de l’avocat datant des années 1800 » (Giesel, à la page 523).

[108] Cela soulève des questions concernant la source des déclarations dans l’arrêt *Chahoon* selon lesquelles [TRADUCTION] « rien ne peut être plus certain » et [TRADUCTION] « toutes les autorités ont reconnu » que le secret professionnel conjoint s’appliquait à la situation (*Chahoon*, aux pages 839 et 840). La Cour n’a cité aucune jurisprudence à l’appui de cette allégation. La seule explication à la déclaration selon laquelle toutes les autorités s’entendent sur ce point est que la Cour s’est fondée à tort sur la jurisprudence antérieure relative au secret professionnel conjoint, c.-à-d. l’arrêt *Rice*, pour justifier le privilège d’intérêt commun au motif qu’il s’agissait « effectivement » de la même situation. Il s’agit clairement d’un point de vue erroné qui ne tenait pas compte des principes fondamentaux de la théorie du secret professionnel de l’avocat. Malheureusement, jusqu’à récemment, on a continué à se fonder sur des cas de clients conjoints pour justifier la théorie du privilège d’intérêt commun.

[109] Enfin, un intérêt commun est nécessaire pour établir un privilège d’intérêt commun, mais ne l’est pas pour établir un secret professionnel conjoint. Le secret professionnel conjoint est fondé sur le respect des exigences du secret professionnel de l’avocat, qui est assujéti à des règles strictes concernant le devoir de loyauté de l’avocat et l’obligation d’éviter de se trouver en conflit d’intérêts. Le fait que les parties partagent un intérêt commun est pertinent quant aux obligations éthiques d’un avocat qui représentent des clients conjoints, mais ce n’est pas une exigence de ce type de représentation. Le mélange de ces deux principes est si important que la professeure Giesel parle de circonstances où le principe du privilège d’intérêt commun s’est établi et exige maintenant une démonstration d’intérêt commun pour que le secret professionnel conjoint s’applique lorsque le droit du secret professionnel de l’avocat ne l’exige pas (voir Giesel, à la page 524 et suivantes).

[110] Par conséquent, notre Cour convient que l’élargissement historique du privilège relatif aux avocats alliés était [TRADUCTION] « un peu furti[f] » (Giesel, à la

United States, from 1871 until 1942, no further cases involving CIP were reported. Then, between 1942 and 1965, three cases applied *Chahoon*, being *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); and *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965). These cases were all litigation-related, and none recognized that the Court in *Chahoon* had relied on JCP principles as the basis for its decision nor considered whether applying privilege in the allied lawyer situation furthered the goals of, or was in compliance with, the rationale of SCP.

(c) *Litigation CIP is extended to advisory CIP*

[111] Although it is not clear exactly when CIP was applied outside of litigation to advisory legal circumstances, the following description appears to be its most likely evolution. In an article written by Daniel J. Capra (“The Attorney-Client Privilege in Common Representations: Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility” (1989), 33 *Trial Lawyer’s Guide* 20 (Capra)), the author annotates the decision of *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987) (*Zolin*) as follows: “clients need not be threatened with litigation for common interest rule to apply; statements protected where clients had a common interest in sorting out the affairs of the Church of Scientology” (at page 21).

[112] In considering the reasons in *Zolin*, it would appear that its actual precursor is in the form of an *obiter* statement from the 1974 decision of the District Court of Maryland in the matter of *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26 (Maryland Dist. Ct. 1974) (*Burlington Industries*), which it cited. The decision in *Burlington Industries* is *obiter* because it was a litigation-related matter. The Court in that case appears to have raised the expanded

page 511). La Professeure Giesel indique qu’aux États-Unis, de 1871 à 1942, aucun autre cas mettant en jeu le privilège d’intérêt commun n’a été signalé. Ensuite, entre 1942 et 1965, trois affaires ont appliqué l’arrêt *Chahoon*, soit *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.) (Cour supérieure du Minnesota); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); et *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965). Ces affaires portaient toutes sur des litiges. Aucune n’a reconnu que la Cour s’était fondée, dans l’arrêt *Chahoon*, sur les principes du secret professionnel conjoint pour rendre sa décision, et aucune ne s’est demandé si le fait d’appliquer le privilège dans une situation où des avocats sont alliés faisait avancer les objectifs du secret professionnel de l’avocat ou y était conforme.

(c) *Le privilège d’intérêt commun relatif au litige s’étend au privilège d’intérêt commun consultatif*

[111] Bien que l’on ne sache pas très exactement quand le privilège d’intérêt commun a été appliqué à l’extérieur d’un contexte de litige à des situations de consultation juridiques, la description suivante semble décrire l’évolution la plus probable. Dans un article rédigé par Daniel J. Capra (« The Attorney-Client Privilege in Common Representations : Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility » (1989), 33 *Trial Lawyer’s Guide* 20 (Capra)), l’auteur annoté la décision rendue dans *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987) (*Zolin*), ainsi : [TRADUCTION] « les clients n’ont pas à être menacés de litige pour que la règle de l’intérêt commun s’applique; les déclarations sont protégées lorsque les clients ont un intérêt commun à régler les affaires de l’Église de scientologie » (à la page 21).

[112] Si l’on tient compte des motifs énoncés dans la décision *Zolin*, il semblerait que son origine véritable soit sous la forme d’une remarque incidente dans la décision de 1974 de la Cour de district du Maryland dans la décision *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26 (Maryland Dist. Ct. 1974) (Cour de district du Maryland 1974) (*Burlington Industries*), que l’article a citée. La décision rendue dans *Burlington Industries* est incidente parce qu’il s’agissait

scope of advisory CIP because the defendants' submissions relied on the recently Proposed *Federal Rules of Evidence* (U.S.), Rule 503(b). The Rule included an extension of privilege to CIP non-litigation circumstances. I cite the brief relevant portions of the reasons in *Burlington Industries*, at paragraph 46, with my emphasis, as follows:

*IX. Confidential Communications Between Party's Counsel and Nonparty Third Person with whom Party had a Community of Interest*

In plaintiff's categories V, XIII, XVI, and XVII, plaintiff asserts a privilege for confidential communications exchanged between plaintiff's counsel and the representatives of a corporation not a party to the present action. Plaintiff contends that the privilege exists because at the time of the communications plaintiff had a community of interest with respect to the patent in issue. Plaintiff alleges that at the time of the communications in question, plaintiff and Standard Oil Company (Indiana) were joint licensors of patents. The patent in controversy in this action was included in the joint licensing program. Consequently, the joint licensors had a mutual interest in the success of the patent.

Rule 503(b) of the Proposed Federal Rules of Evidence is in accord with the plaintiff's position. It states in part:

“A client has a privilege to refuse to disclose and to prevent any other person from disclosing confidential communications made for the purpose of facilitating the rendition of professional legal services to the client, [(1) between himself or his representative and his lawyer or his lawyer's representative, or (2) between his lawyer and the lawyer's representative, or] (3) by him or his lawyer to a lawyer representing another in a matter of common interest, ... [the remainder of the rule is as follows: “or (4) between representatives of the client or between the client and a representative of the client, or (5) between lawyers representing the client.” (Proposed Federal Rules of Evidence, Rule 503(b), 56 F.R.D. 236 (1973)). [Emphasis added.]

d'une affaire liée à un litige. Dans cette affaire, la Cour semble avoir abordé la portée élargie du privilège d'intérêt commun consultatif parce que les observations des défendeurs étaient fondées sur le paragraphe 503(b) des règles fédérales de preuve récentes (Proposed *Federal Rules of Evidence* (É.-U.)). Cet article prévoyait un élargissement du privilège aux situations non litigieuses faisant intervenir le privilège d'intérêt commun. Je cite ci-après de brèves sections pertinentes des motifs énoncés dans la décision *Burlington Industries*, au paragraphe 46, qui n'étaient pas soulignées dans l'original :

[TRADUCTION] *IX. Communications confidentielles entre l'avocat d'une partie et un tiers non-partie avec qui la partie partageait une communauté d'intérêts*

Dans les catégories V, XIII, XVI et XVII de la plaignante, celle-ci allègue un privilège à l'égard des communications confidentielles échangées entre son avocat et les représentants d'une société non-partie à la présente action. La plaignante prétend que le privilège existe parce qu'au moment des communications, elle partageait une communauté d'intérêts à l'égard du brevet en cause. La plaignante soutient qu'au moment des communications en question, elle et Standard Oil Company (Indiana) étaient des concédantes conjointes de brevets. Le brevet en litige dans la présente action faisait partie du programme conjoint de concession de licences. En conséquence, les concédantes conjointes avaient en commun l'intérêt d'assurer le succès du brevet.

Le paragraphe 503(b) des *Proposed Federal Rules of Evidence* concorde avec la thèse de la plaignante. Il dispose entre autres ceci :

« Un client a le droit de refuser de divulguer et d'empêcher toute autre personne de divulguer des communications confidentielles échangées dans le but de faciliter la prestation de services juridiques professionnels, [(1) entre lui-même ou son représentant et son avocat ou le représentant de son avocat, ou (2) entre son avocat et le représentant de l'avocat, ou] (3) entre lui-même ou son avocat et l'avocat représentant une autre partie dans une affaire d'intérêt commun,... [l'article des règles se poursuit ainsi : ou (4) entre les représentants du client ou entre le client et un représentant du client, ou (5) entre les avocats représentant le client. » (*Proposed Federal Rules of Evidence*, paragraphe 503(b), 56 F.R.D. 236 (1973)). [Non souligné dans l'original.]

[113] The District Court then refers to four cases (including the decisions of *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); and *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969)) where CIP was allowed in situations of anticipated litigation, and comments as follows:

Unlike the nonparty in *Transmirra*, there is no evidence here that Standard Oil (Indiana) has ever been sued in a prior action as a result of the patent now in question. Nor is there any evidence to show that Standard Oil has been threatened with litigation comparable to the threat received by the potential codefendant in *Vilastor*, or the threat of litigation received by the third-party witness in *Stix*. Nevertheless, joint licensors do share a mutual interest in the success of their joint licensing program. Such mutual interest may well necessitate continued communication between the attorneys of the joint licensors. Upon a proper showing of the existence of such joint licensing program, documents prepared by attorneys in anticipation of litigation involving their clients, and exchanged in confidence between attorneys representing the joint licensors, will not lose the protection of the work product doctrine. Unless a proper showing of the need-hardship exception is made, exchange of work product between attorneys for plaintiff and Standard Oil (Indiana) will remain immune from discovery. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[*Burlington Industries*, at paragraphs 47 and 48.]

[114] Thus, while the Court in *Burlington Industries* generally approved of extending CIP to non-litigation circumstances, the facts relate to work product of documents prepared in anticipation of litigation. Thus, only did litigation CIP come into existence by being confused with JCP, it then passed from the litigation field as *obiter* in anticipated litigation circumstances, based on an unsupported evidentiary rule proposed by a bar association, which was partially and unnecessarily relied upon.

[113] La Cour de district mentionne ensuite quatre affaires (y compris les décisions rendues dans *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); et *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969)) où le privilège d'intérêt commun a été autorisé dans des contextes de litige anticipé. Elle a formulé les commentaires suivants :

[TRADUCTION] Contrairement à la non-partie dans la décision *Transmirra*, rien ne prouve en l'espèce que Standard Oil (Indiana) a déjà fait l'objet de poursuites dans une action antérieure du fait du brevet à présent en litige. Rien ne prouve non plus que Standard Oil a été menacée de litige, menace comparable à celle reçue par le codéfendeur potentiel dans *Vilastor*, ou la menace de litige reçue par le témoin tiers dans *Stix*. Néanmoins, les concedantes conjointes partagent un intérêt commun dans la réussite de leur programme conjoint de concession de licences. Un tel intérêt commun peut très bien nécessiter des communications continues entre les avocats des concedantes conjointes. Si l'existence d'un tel programme conjoint de concession de licences est démontrée adéquatement, les documents préparés par les avocats en prévision d'un litige mettant en cause leurs clients et échangés sous le couvert de la confidentialité entre les avocats représentant les concedantes conjointes continueront d'être protégés par le principe relatif au produit du travail de l'avocat. À moins qu'il puisse être démontré que l'exception relative aux difficultés soit nécessaire, le produit du travail échangé entre les avocats pour le compte de la plaignante et de Standard Oil (Indiana) ne peut pas être divulgué. [Non souligné dans l'original; notes en bas de pages omises.]

[*Burlington Industries*, aux paragraphes 47 et 48.]

[114] Ainsi, alors que la Cour dans la décision *Burlington Industries* a généralement approuvé l'extension du privilège d'intérêt commun aux situations non litigieuses, les faits portent sur le produit du travail de l'avocat, soit des documents préparés en prévision d'un litige. Le privilège d'intérêt commun relatif au litige n'est donc apparu que parce qu'il a été confondu avec le secret professionnel conjoint, puis il est passé du contexte des litiges de façon incidente dans des situations de litige anticipé, sur le fondement d'une règle de

[115] The rationale claimed by Capra (at page 20) to support an all-inclusive CIP comprising litigation circumstances was in order to be consistent with Wigmorean SCP doctrine:

The rationale of the common interest rule is consistent with that of the attorney-client privilege. Since the privilege exists to promote full disclosure of the truth between client and attorney, the same principle applies in a common interest situation, which merely multiplies the number of truth-tellers and confidence-receivers. [Emphasis added.]

[116] The Court does not agree with this reasoning, both for its explanation of CIP doctrine applying to litigation-related circumstances, as well as to advisory CIP existing to promote truth between the client and the attorney, when the allegedly beneficial communications are those of a third party, as shall be more particularly described in the Court's analysis below.

(d) *The Recent Explosion of CIP Cases*

[117] Professor Giesel has also raised alarm at what she describes as “the recent explosion” of CIP cases. She complains that the expansion has occurred without any court critically considering the *Chahoon* decision in the intervening years. She claims that courts in the last 40 years, likewise, have accepted the general notion that SCP protects communications arising in an allied lawyer situation. These courts have simply not looked back to critically analyze the *Chahoon* precedent. The import of the error is magnified by the fact that courts are now bombarded by many more such claims. In retrospect, the time for critical consideration of a significant expansion of privilege law was when litigation CIP was adopted as a basis for advisory CIP—when first established as constituent of SCP.

preuve non étayée proposée par une association juridique qui a été utilisée partiellement et inutilement.

[115] La justification invoquée par Capra (à la page 20) pour appuyer un privilège d'intérêt commun global comprenant les situations de litige visait à se conformer au principe de Wigmore relatif au secret professionnel de l'avocat :

[TRADUCTION] La raison d'être de la règle de l'intérêt commun est conforme à celle du privilège du secret professionnel de l'avocat. Comme le privilège a pour but de favoriser une communication intégrale de la vérité entre le client et son avocat, le même principe s'applique dans une situation d'intérêt commun, qui ne fait que multiplier le nombre de personnes qui révèlent la vérité et de personnes qui reçoivent les confidences. [Non souligné dans l'original.]

[116] Notre Cour n'est pas d'accord avec ce raisonnement, tant en ce qui concerne l'explication selon laquelle le principe du privilège d'intérêt commun s'applique aux situations de litige qu'en ce qui concerne l'explication selon laquelle le privilège d'intérêt commun consultatif vise à favoriser la vérité entre le client et son avocat lorsque les communications que l'on prétend utiles sont celles d'un tiers, comme notre Cour le décrira plus précisément dans son analyse ci-dessous.

d) *L'explosion récente du nombre d'affaires portant sur le privilège d'intérêt commun*

[117] La professeure Giesel a également sonné l'alarme quant à ce qu'elle décrit comme une [TRADUCTION] « explosion récente » du nombre d'affaires portant sur le privilège d'intérêt commun. Elle soutient que cette augmentation a eu lieu sans qu'aucun tribunal n'examine attentivement la décision *Chahoon* durant les années intermédiaires. Elle affirme qu'au cours des 40 dernières années, les tribunaux ont également accepté l'idée générale selon laquelle le secret professionnel de l'avocat protège les communications échangées dans les situations où des avocats s'allient. Ces tribunaux ont simplement omis de se tourner vers le passé pour analyser attentivement le précédent de la décision *Chahoon*. L'importation de cette erreur est amplifiée par le fait que les tribunaux sont maintenant bombardés de nombreuses

[118] In support of her description of CIP’s expansion as a “recent explosion of cases” in American law, she notes that in the decade spanning 1970 to 1979, only 5 published cases involved claims of privilege in an allied lawyer setting. In the decade from 2000 to 2009, 168 published cases had claims of allied lawyer client privilege.

[119] As was noted by the majority in *Ambac* (at page 632), “one treatise has observed that the common interest exception in these jurisdictions ‘is spreading like crabgrass to areas the drafters of the Rejected Rule could have hardly imagined’ (Wright & Graham § 5493 [2015 Supp.]).”

[120] Given that transactional CIP is rationalized by encouraging the “free flow of information” between the allied clients and lawyers, the expansion that this represents to the costs to the administration of justice in obstructing the introduction of large amounts of relevant evidence is obviously significant. The Court suspects that the reported cases raising issues of advisory CIP are only a tiny fraction of those where the privilege is being used in conjunction with the everyday advice provided by commercial lawyers negotiating a commercial transaction where there exists a common interest of having the transaction concluded.

affaires de ce genre. En rétrospective, le moment où il aurait fallu procéder à un examen essentiel de l’élargissement considérable du droit du privilège était lorsque le privilège d’intérêt commun relatif au litige a été adopté comme fondement du privilège d’intérêt commun consultatif, soit lorsqu’il a été considéré pour la première fois comme un élément du secret professionnel de l’avocat.

[118] À l’appui de sa description de l’élargissement du privilège d’intérêt commun sous forme [TRADUCTION] d’« explosion récente du nombre d’affaires » dans le droit américain, elle indique que durant la décennie de 1970 à 1979, seulement 5 décisions publiées visaient une prétention au privilège dans un contexte ou des avocats s’étaient alliés. Entre 2000 et 2009, 168 décisions publiées portaient sur une prétention au privilège relatif à des avocats alliés.

[119] Comme l’ont mentionné les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* (à la page 632), [TRADUCTION] « l’un des traités a observé que l’exception de l’intérêt commun dans ces administrations “se répand comme de la mauvaise herbe jusqu’à des zones que les rédacteurs de la règle rejetée n’auraient même pas pu imaginer” (Wright & Graham, au paragraphe 5493 [2015 Supp.]) ».

[120] Étant donné que le privilège d’intérêt commun transactionnel se justifie par l’incitation au « libre échange de renseignements » entre des clients et des avocats alliés, l’augmentation que cela représente en ce qui concerne les coûts pour l’administration de la justice parce qu’il empêche l’introduction de grandes quantités d’éléments de preuve pertinents est, de toute évidence, considérable. La Cour soupçonne que les cas signalés qui portent sur le privilège d’intérêt commun consultatif ne représentent qu’une petite fraction des cas où le privilège est utilisé conjointement avec l’avis quotidien fourni par les avocats d’affaires qui négocient une opération commerciale lorsqu’il existe un intérêt commun à l’égard de la réalisation de l’opération.

(e) *Canada Has Adopted American Jurisprudence on CIP Similarly in a Litigation and JCP Context*

[121] The respondents rely upon the Supreme Court of Canada's decision in *Pritchard* for the proposition that merely sharing a common goal is sufficient to create CIP. I set out the short passage from *Pritchard*, at paragraphs 22 to 25 in reference to a CIP:

B. *The Common Interest Exception*

The appellant submitted that solicitor-client privilege does not attach to communications between a solicitor and client as against persons having a "joint interest" with the client in the subject-matter of the communication. This "common interest", or "joint interest" exception does not apply to the Commission because it does not share an interest with the parties before it. The Commission is a disinterested gatekeeper for human rights complaints and, by definition, does not have a stake in the outcome of any claim.

The common interest exception to solicitor-client privilege arose in the context of two parties jointly consulting one solicitor. See *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., at p. 245:

The authorities are clear that where two or more persons, each having an interest in some matter, jointly consult a solicitor, their confidential communications with the solicitor, although known to each other, are privileged against the outside world. However, as between themselves, each party is expected to share in and be privy to all communications passing between each of them and their solicitor. Consequently, should any controversy or dispute arise between them, the privilege is inapplicable, and either party may demand disclosure of the communication...

The common interest exception originated in the context of parties sharing a common goal or seeking a common outcome, a "selfsame interest" as Lord

e) *Le Canada a adopté la jurisprudence américaine sur le privilège d'intérêt commun semblablement dans un contexte de privilège relatif au litige et de secret professionnel conjoint*

[121] Les défendeurs invoquent la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pritchard* pour faire valoir que le simple fait de partager un but commun est suffisant pour créer un privilège d'intérêt commun. Je reprends un court passage de l'arrêt *Pritchard*, aux paragraphes 22 à 25, concernant le privilège d'intérêt commun :

B. *L'exception fondée sur un intérêt commun*

L'appelante prétend que le privilège avocat-client ne peut empêcher la divulgation d'une communication à une personne ayant, avec le client en question, un « intérêt commun » quant à l'objet de la communication. L'exception fondée sur l'« intérêt commun » ne s'applique pas à la Commission puisque ses intérêts ne coïncident pas avec ceux des personnes qui se présentent devant elle. Le rôle de la Commission, à l'égard des plaintes relatives aux droits de la personne, demeure celui d'un gardien impartial, et par définition, elle n'a pas d'intérêt dans le dénouement d'une affaire.

L'exception fondée sur l'intérêt commun a été invoquée à l'encontre du privilège avocat-client dans une affaire où les deux parties avaient consulté ensemble un avocat. Voir *R. c. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (C.A. Ont.), le juge Martin, p. 245 :

[TRADUCTION] Il ressort de la jurisprudence que lorsqu'une question présente un intérêt pour deux personnes ou plus qui consultent de concert un avocat, leurs communications confidentielles avec l'avocat, même si elles leur sont connues, bénéficient d'un privilège vis-à-vis des tiers. Toutefois, en ce qui concerne les rapports entre les parties, toutes deux sont censées prendre part à toutes les communications intervenant entre elles et leur avocat et en être informées. Par conséquent, si une controverse ou un différend vient à les opposer, le privilège ne s'applique pas, et l'une ou l'autre peut exiger la divulgation de la communication...

L'exception fondée sur l'intérêt commun est apparue dans un contexte où des parties visant un même objectif ou cherchant à obtenir un même résultat possédaient

Denning, M.R., described it in *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), at p. 483. It has since been narrowly expanded to cover those situations in which a fiduciary or like duty has been found to exist between the parties so as to create common interest. These include trustee-beneficiary relations, fiduciary aspects of Crown-aboriginal relations and certain types of contractual or agency relations, none of which are at issue here. [Emphasis added.]

[122] Thus, *Pritchard* describes the origin of CIP as arising in an Ontario criminal decision involving joint client representation by relying on *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (Ont. C.A.) (*Dunbar*). It further states that the common interest exception “has since been narrowly expanded” into areas that would also appear to relate to joint clients of a lawyer (*Pritchard*, at paragraph 24).

[123] The only underlying basis that could be argued to extend *Pritchard* to an allied lawyer context could arise from the fact that the decision of *United States v. McPartlin*, 595 F. 2d 1321 (7th Cir. 1979) (*McPartlin*), which *Dunbar* relied upon, was one of allied lawyers working together in a criminal law defence situation. The Court in that matter applied the same reasoning as was used in *Chahoon*: “a project in which Ingram and McPartlin and their attorneys were jointly engaged for the benefit of both defendants” (emphasis added) (*McPartlin*, at page 1336). The lawyers were, of course, not jointly engaged by the clients. One has to assume, therefore, that the court meant that they were “in effect” jointly engaged as the Court found in *Chahoon*.

[124] The respondents argue that the Court in *Pritchard* also recognized an allied lawyer form of privilege by its reference to a passage from Lord Denning’s reasons in *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), at pages 483 and 484:

[TRADUCTION] un « même intérêt », pour reprendre l’expression employée par le maître des rôles lord Denning dans *Buttes Gas & Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), p. 483. La portée de cette exception a été quelque peu élargie. En effet, elle s’applique désormais lorsqu’une obligation fiduciaire ou apparentée existant entre les parties a fait naître un intérêt commun. Cela comprend les relations fiduciaire-bénéficiaire, celles entre l’État et les autochtones et certains types de rapports contractuels ou de rapports mandant-mandataire. [Non souligné dans l’original.]

[122] Ainsi, l’arrêt *Pritchard* décrit l’origine du privilège d’intérêt commun comme provenant d’une décision de l’Ontario en matière criminelle où les clients avaient eu recours aux services d’un même avocat en invoquant l’arrêt *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (C.A. Ont.) (*Dunbar*). Cette décision précise par ailleurs que l’exception relative à l’intérêt commun « a été quelque peu élargie » afin de s’appliquer à des situations où des clients consultent de concert un avocat (*Pritchard*, au paragraphe 24).

[123] Le seul fondement sous-jacent que l’on pourrait faire valoir pour élargir l’application de l’arrêt *Pritchard* aux situations où des avocats s’allient pourrait provenir de la décision *United States v. McPartlin*, 595 F. 2d 1321 (7th Cir. 1979) (*McPartlin*), sur laquelle s’appuie l’arrêt *Dunbar*, qui portait sur une situation où des avocats s’étaient alliés et travaillaient ensemble à une défense en droit pénal. Dans cette affaire, la Cour a appliqué le même raisonnement que dans l’arrêt *Chahoon* : [TRADUCTION] « un projet dans lequel Ingram et McPartlin et leurs avocats étaient engagés ensemble, au bénéfice des deux défendeurs » (non souligné dans l’original) (*McPartlin*, au paragraphe 1336). Évidemment, les avocats n’étaient pas engagés par le même client. Il y a donc lieu d’assumer que la Cour voulait dire qu’ils étaient « effectivement » engagés ensemble comme la Cour l’a conclu dans l’arrêt *Chahoon*.

[124] Les défendeurs soutiennent que, dans l’arrêt *Pritchard*, la Cour a également reconnu une forme de privilège relatif aux avocats alliés en faisant mention d’un passage des motifs de lord Denning dans l’arrêt *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), aux pages 483 et 484 :

There is a privilege which may be called a “common interest” privilege. That is a privilege in aid of anticipated litigation in which several persons have a common interest. It often happens in litigation that a plaintiff or defendant has other persons standing alongside him who have the selfsame interest as he and who have consulted lawyers on the selfsame points as he but who have not been made parties to the action....

In all such cases I think the courts should, for the purpose of discovery, treat all the persons interested as if they were partners in a single firm or departments in a single company. Each can avail himself of the privilege in aid of litigation. Each can collect information for the use of his or the other’s legal adviser. [Emphasis added.]

[125] As I understand the respondents’ argument, they contend that Lord Denning stated that common interest privilege may apply to multiple clients and multiple lawyer scenarios. I find however, that Lord Denning’s comments resemble those in *Chahoon* “in effect” treating all persons as if partners in a single firm. Moreover, the comments were made in a situation where the privilege was “in aid of anticipated litigation”.

[126] In conclusion, the admittedly numerous cases cited by the respondents simply confirm that the allied lawyer component of CIP has entered Canada under the guise of its similarity to JCP in litigation situations. Before this Court, the leading case was also a JCP fact situation, while neither the Federal Court of Appeal, nor the Supreme Court of Canada, or indeed any court including the *Ambac* court, has yet to fully consider the substantive issues that advisory CIP raises. This will be the first case that attempts to fulfill that very long overdue task.

[TRADUCTION] Il existe un privilège que l’on peut appeler privilège « d’intérêt commun ». Il s’agit d’un privilège qui vise à faciliter un litige anticipé à l’égard duquel plusieurs personnes partagent un intérêt commun. Il arrive souvent dans un litige qu’un demandeur ou un défendeur ait à ses côtés d’autres personnes, qui partagent le même intérêt que lui et qui ont consulté des avocats sur les mêmes points que lui, mais que ces autres personnes n’aient pas été nommées parties à l’action [...]

Dans tous ces cas, je crois que les tribunaux devraient, à des fins de communication préalable, traiter toutes les personnes intéressées comme si elles étaient des partenaires dans un seul cabinet ou des services d’une seule compagnie. Chacune peut se prévaloir du privilège en vue du litige. Chacune peut recueillir des renseignements que son conseiller juridique ou celui d’une autre partie peut utiliser. [Non souligné dans l’original.]

[125] D’après ce que je comprends de l’argument des défendeurs, ils soutiennent que lord Denning a déclaré que le privilège d’intérêt commun pouvait s’appliquer à des scénarios mettant en cause plusieurs clients et plusieurs avocats. Cependant, je suis d’avis que les commentaires formulés par lord Denning ressemblent à ceux énoncés dans l’arrêt *Chahoon*, traitant « effectivement » toutes les personnes comme si elles étaient des partenaires dans un seul cabinet. En outre, les commentaires ont été formulés dans une situation où le privilège visait à « faciliter un litige anticipé ».

[126] En conclusion, il est vrai que le grand nombre de causes citées par les défendeurs confirme simplement que le volet applicable aux avocats alliés du privilège d’intérêt commun est arrivé au Canada sous le couvert de sa similarité avec le secret professionnel conjoint dans un contexte de litige. La décision de principe rendue par notre Cour visait aussi une situation factuelle mettant en cause le secret professionnel conjoint, tandis que ni la Cour d’appel fédérale, ni la Cour suprême du Canada, ni aucune autre cour, y compris la cour qui a tranché l’arrêt *Ambac*, n’a encore examiné pleinement les questions de fond que soulève le privilège d’intérêt commun consultatif. La présente affaire sera donc la première qui tente d’accomplir une tâche qui aurait dû être réalisée il y a bien longtemps.

(f) *Chahoon Continues to be erroneously relied upon in Advisory CIP Cases*

[127] *Chahoon* continues to be recognized and applied as the foundation for the exception to waiver acting to terminate SCP where clients share a common interest. For, example, the respondents have noted from the recent decision of *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005) (*Neuberger*) that CIP originated in the *Chahoon* criminal law case when charges were laid against co-accused. I find that its argument confirms the confused adoption of advisory CIP, via both criminal law and JCP references. I cite the respondents' submission to the Court's first Direction, at paragraph 2.4:

2.4 CIP originated in cases where criminal charges were laid against two or more accused persons, each of whom retained a lawyer, who then collaborated with each other in defending their individual clients. See *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, [(2005), 230 F.R.D. 398 (US Dt. Ct.)] where the Court said

The joint defense or common interest doctrine has its origins in the criminal law, where multiple defendants, each having separate counsel, share information to effect a united defense. [Obviously referring to *Chahoon*] The doctrine has, however, been extended to civil matters. *Id.* at 248-249; *Duplan Corp. v. Deering Milliken* (“The ‘common interest’ arrangement permits the disclosure of a privileged communication without waiving the privilege, provided the parties have ‘an identical legal interest with respect to the subject matter of the communication.’”) [Emphasis added.]

[128] At paragraph 2.5 of their submissions, based on the decision in *Neuberger*, the respondents argue that “[i]t is highly unlikely that either Wigmore or the Court

f) *L'arrêt Chahoon continue d'être invoqué à tort dans des affaires de privilège d'intérêt commun consultatif*

[127] L'arrêt *Chahoon* continue d'être reconnu et appliqué comme fondement de l'exception à la renonciation servant à mettre fin au secret professionnel de l'avocat lorsque les clients partagent un intérêt commun. Par exemple, les défendeurs ont fait remarquer que dans la décision récente *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005) (*Neuberger*), le privilège d'intérêt commun tirait son origine de la cause de droit pénal de l'arrêt *Chahoon* où des accusations ont été portées contre des coaccusés. Je conclus que cet argument confirme l'adoption confuse du privilège d'intérêt commun consultatif, par l'entremise de références à des causes de droit pénal et portant sur le secret professionnel conjoint. Je cite l'observation présentée par les défendeurs en réponse à la première directive de la Cour, au paragraphe 2.4 :

[TRADUCTION] 2.4 Le privilège d'intérêt commun tire son origine des affaires où des accusations criminelles ont été portées contre au moins deux personnes, chacune ayant retenu les services d'un avocat et ces avocats ayant collaboré pour défendre leur client respectif. Voir *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, [(2005), 230 F.R.D. 398 (US Dt. Ct.)] où la Cour s'est exprimée ainsi :

Le principe de la défense conjointe ou de l'intérêt commun provient du droit pénal où de nombreux défendeurs, chacun ayant retenu les services d'un avocat distinct, s'échangent de l'information pour mettre en place une défense commune. [Faisant de toute évidence référence à l'arrêt *Chahoon*] Le principe a cependant été élargi aux affaires civiles. *Ibid* aux paragraphes 248 et 249; *Duplan Corp. v. Deering Milliken* ([TRADUCTION] « L'entente d'“intérêt commun” permet la divulgation d'une communication privilégiée sans avoir à renoncer au privilège, à condition que les parties aient un “intérêt juridique identique à l'égard de l'objet de la communication” ».) [Non souligné dans l'original.]

[128] Au paragraphe 2.5 de leurs observations, se fondant sur la décision *Neuberger*, les défendeurs soutiennent qu'[TRADUCTION] « il est très improbable que

in *Duplan* meant to overturn or discard CIP’s historical foundation”. However, the respondents first undercut their own argument, when at paragraph 2.7 of these submissions, they acknowledge that *Duplan* was a case “involving multiple legal entities in the same corporate group or community retaining the same law firm”, i.e. therefore, applying *Chahoon*, a criminal CIP case, to a JCP situation. This is a good example of the confusion reigning referred to by Professor Giesel involving CIP and JCP, but this time operating in the opposite direction—where the respondents rely on a (litigation) CIP case to confirm a transactional JCP decision, although the latter is a long-recognized constituent of American SCP law since 1854 in *Rice*.

[129] More importantly, it appears from research conducted after the responses to the Court’s specific direction requesting submissions on the point, that Wigmore did indeed consider the *Chahoon* decision and rejected it as apparently “unsound” (John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Vol. IV (Boston: Little, Brown, and company, 1923), at § 2328, footnote 2. See also John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Vol. V (Boston: Little, Brown and company, 1923), at § 2328, footnote 3):

1871, *Chahoon v. Com.*, 21 Gratt. Va. 822,835 (C.J.S. and R.S., being jointly indicted for conspiracy, met for consultation with counsel; each had a counsel, but C.’s was absent; L. was counsel for R.S.; at the trial, R.S. having testified to a statement of C. at the meeting, C. called L. to testify to C.’s statement; but L. claimed the privilege; held, that L. could not testify without a waiver by

Wigmore, ou la Cour dans la décision *Duplan*, ait eu l’intention d’infirmier ou de rejeter le fondement historique du privilège d’intérêt commun ». Cependant, les défendeurs ont d’abord miné leur propre argument en reconnaissant au paragraphe 2.7 de leurs observations que l’arrêt *Duplan* était une affaire [TRADUCTION] « touchant plusieurs personnes morales du même groupe de sociétés ou de la même communauté d’affaires retenant les services du même cabinet d’avocats » et qui appliquait donc la décision *Chahoon*, une affaire de privilège d’intérêt commun en matière pénale, à un contexte de secret professionnel conjoint. Il s’agit d’un bon exemple de la confusion qui règne entre le privilège d’intérêt commun et le secret professionnel conjoint dont la professeure Giesel a fait mention, mais cette fois-ci, dans le sens opposé. Les défendeurs se fondent sur une affaire relative au privilège d’intérêt commun (relatif au litige) pour confirmer une décision en matière de secret professionnel conjoint dans un contexte transactionnel, même si ce dernier est reconnu depuis longtemps comme un élément du droit américain du secret professionnel de l’avocat depuis l’affaire *Rice* en 1854.

[129] Plus important encore, il semble, d’après les recherches effectuées à la suite des réponses à la directive précise de la Cour qui demandait des observations sur ce point, que Wigmore a effectivement examiné la décision *Chahoon* et l’a rejetée, car elle était apparemment [TRADUCTION] « illogique » (John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2<sup>e</sup> éd. vol. IV (Boston : Little, Brown, and company, 1923), au paragraphe 2328, note en bas de page 2. Voir aussi John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2<sup>e</sup> éd. vol. V (Boston : Little, Brown, and company, 1923), au paragraphe 2328, note en bas de page 3) :

[TRADUCTION] 1871, *Chahoon v. Com.*, 21 Gratt. Va. 822,835 (C.J.S. et R.S., étant conjointement accusés de complot, se sont réunis afin de consulter un avocat. Chacun avait son propre avocat, mais celui de C. était absent. L. était l’avocat de R.S. Au procès, comme R.S. avait fait état d’une déclaration de C. lors de cette réunion, C. a appelé L. à témoigner quant à cette déclaration,

all three, J.S. having in fact made no waiver; this seems unsound”). [Emphasis added.]

[130] Wigmore recognized that *Chahoon* was not consistent with JCP/SCP principles. The jurisprudence that relies on *Chahoon* and that has accepted advisory CIP has not considered Wigmorean principles. The *Ambac* decision is the exception. Having had the benefit of Professor Giesel’s treatise on CIP, the Majority in *Ambac* was aware that CIP was not—to use its terminology—“co-extensive”, i.e. compatible, with Wigmorean SCP. However, as explained below, the majority in *Ambac* was caught in its own jurisprudential conundrum: it wanted to maintain a distinction between litigation and advisory CIP, while Professor Giesel’s arguments attempt to delegitimize both. As a result, nearly all of Professor Giesel’s conclusions are consigned to the trash bin. Ultimately the majority adopts the *ad hoc* rationale that CIP is a reasonable exemption to waive in the litigation field, but not in non-litigation circumstances.

[131] The Court respectfully concludes that this is the correct result, but on the wrong underlying principle, which should have been that advisory CIP is incompatible with SCP doctrine. The fundamental underlying problem the Court has with *Ambac* is the Court’s failure to distinguish between litigation privilege and SCP. If this distinction had been recognized, advisory CIP should have been rejected because it was irreconcilable with SCP doctrine, thereby leaving litigation CIP unaffected by the decision.

mais L. a invoqué le privilège. Il a été jugé que L. ne pouvait pas témoigner sans que les trois parties renoncent au privilège. J.S. n’ayant pas renoncé au privilège, cela semble illogique ».) [Non souligné dans l’original.]

[130] Wigmore a reconnu que la décision *Chahoon* n’était pas conforme aux principes du secret professionnel conjoint et du privilège d’intérêt commun. La jurisprudence qui se fonde sur la décision *Chahoon* et qui a accepté le privilège d’intérêt commun consultatif ne tenait pas compte des principes de Wigmore. La seule exception est l’arrêt *Ambac*. Ayant bénéficié du traité de la professeure Giesel sur le privilège d’intérêt commun, les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* savaient que le privilège n’avait pas, pour reprendre leur terminologie, la « même étendue », c’est-à-dire qu’il n’était pas compatible avec les principes du secret professionnel de l’avocat de Wigmore. Cependant, comme je l’ai expliqué ci-dessous, les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* étaient pris dans leur propre énigme jurisprudentielle : ils voulaient maintenir une distinction entre le privilège d’intérêt commun consultatif et celui relatif au litige, tandis que les arguments de la professeure Giesel tentaient de discréditer les deux. Par conséquent, presque toutes les conclusions de la professeure Giesel sont mises à la poubelle. En fin de compte, les juges majoritaires adoptent le raisonnement particulier selon lequel le privilège d’intérêt commun est une exception raisonnable à la renonciation en matière de litige, mais ne l’est pas en matière non litigieuse.

[131] La Cour conclut en toute déférence qu’ils ont raison, mais qu’ils se fondent sur le mauvais principe sous-jacent, qui aurait dû être que le privilège d’intérêt commun consultatif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat. D’après notre Cour, le problème sous-jacent fondamental de l’arrêt *Ambac* est que la Cour n’a pas établi de distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat. Si cette distinction avait été reconnue, le privilège d’intérêt commun consultatif aurait dû être rejeté parce qu’il était incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat, et la décision n’aurait pas d’incidence sur le privilège d’intérêt commun relatif au litige.

[132] Returning to Professor Wigmore's conclusion that *Chahoon* was "unsound", one must not lose sight of the fact that when Wigmore published his treatise, *Chahoon* was the only reported case of a claim of allied lawyers disclosing privileged information and not waiving their privileges. He could not foresee that the case would foster a new widely applied privilege, nor the confusion that has reigned in doing so. There would be no thought of distinguishing between litigation and SCP privilege, nor any of the arguments that follow below to demonstrate that he was correct in finding that advisory CIP is an unsound privilege doctrine. Nevertheless, Wigmore concluded at the time that, what is now recognized as advisory CIP, was incompatible with SCP, with which conclusion this Court is in entire agreement.

(g) *Jurisprudence Supporting Advisory CIP is Not Determinative of its Legitimacy*

[133] The respondents have argued that because of the very extensive authority supporting advisory CIP, the Court is required to apply these precedents that are so firmly and undeniably established to now be beyond question. I agree that there appears to be an overwhelming acceptance of advisory CIP in the common law world, except in 13 states of the United States of America. It would appear that the privilege has become a common-place element of SCP today, with the debate focused on delimiting and applying its parameters, as was argued by the applicant in this case.

[134] The Court nevertheless concludes that the jurisprudence supporting advisory CIP was established under a cloak of confusion with common interests in JCP and litigation privilege and with very little analysis of the factors and considerations relating to the legitimacy of advisory CIP.

[132] Si l'on revient à la conclusion du professeur Wigmore selon laquelle la décision *Chahoon* était [TRADUCTION] « illogique », il ne faut pas perdre de vue le fait que lorsque Wigmore a publié son traité, la décision *Chahoon* était le seul cas signalé où des avocats alliés avaient divulgué des renseignements privilégiés sans avoir renoncé à leurs privilèges. Il ne pouvait pas prévoir que cette affaire favoriserait un nouveau privilège qui s'appliquerait largement, ni que cela entraînerait de la confusion. Personne n'avait pensé à établir une distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat et aucun des arguments qui suivent n'avait été soulevé pour démontrer qu'il avait raison de juger que le privilège d'intérêt commun consultatif constituait un principe mal fondé en matière de privilège. Néanmoins, Wigmore a conclu à ce moment-là que ce que l'on reconnaît aujourd'hui comme le privilège d'intérêt commun consultatif était incompatible avec le secret professionnel de l'avocat, et notre Cour est entièrement en accord avec cette conclusion.

g) *La jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas décisive quant à sa légitimité*

[133] Les défendeurs ont soutenu qu'en raison de la jurisprudence très abondante à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif, la Cour est tenue d'appliquer ces précédents qui sont maintenant si indéniablement établis qu'ils ne font plus aucun doute. Je conviens qu'il semble y avoir une acceptation générale du privilège d'intérêt commun consultatif dans la common law, sauf dans 13 États des États-Unis. Il semblerait que le privilège soit devenu un élément commun du secret professionnel de l'avocat aujourd'hui et que le débat vise principalement à délimiter et à appliquer les paramètres, comme l'a soutenu le demandeur en l'espèce.

[134] La Cour conclut néanmoins que la jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif a été établie sous un voile de confusion avec les intérêts communs du secret professionnel conjoint et du privilège relatif au litige, et que très peu d'analyses ont été effectuées des facteurs et considérations concernant la légitimité du privilège d'intérêt commun consultatif.

[135] To a certain extent the Court also recognizes that the widespread adoption of a rule like advisory CIP may be assisted by an innate tendency of other decision makers not to confront apparent troublesome issues once the doctrine enters mainstream jurisprudence, in this case back in the 1970-80 period. This is best explained by the reasoning of Nobel Peace Prize recipient, Daniel Kahneman, in his book *Thinking Fast and Slow* (Toronto: Anchor Canada, 2013). He described a situation he faced in overturning a postulate of “utility theory” that had “stood the test of time” for over 300 years. His comments at pages 276 and 277 are relevant to the Court’s point of view:

The mystery is how a conception of the utility of outcomes that is vulnerable to such obvious counter examples survived for so long. I can explain it only by a weakness of the scholarly mind that I have often observed in myself. I call it theory-induced blindness: once you have accepted a theory and used it as a tool in your thinking, it is extraordinarily difficult to notice its flaws. If you come upon an observation that does not seem to fit the model, you assume that there must be a perfectly good explanation that you are somehow missing. You give the theory the benefit of the doubt, trusting the community of experts who have accepted it. [Thereafter the author refers to questionable points in utility theory that would stand out] .... As the psychologist Daniel Gilbert observed, disbelieving is hard work, and System 2 [a deliberate and effortful form of thinking, p13], is easily tired.

[136] In this case, the Court learned of Professor Giesel’s “controversial” article. From her analysis, it was learned that she was the first jurist to undertake the “deliberate and effortful” thinking, revealing that CIP was incompatible with SCP doctrine, and that its costs significantly outweigh its benefits. It provided the impetus for this decision.

[135] Dans une certaine mesure, la Cour reconnaît également que l’adoption répandue d’une règle comme le privilège d’intérêt commun consultatif puisse être accompagnée d’une tendance innée des autres décideurs à ne pas se pencher sur des questions qui semblent problématiques une fois que le principe est intégré à la jurisprudence générale, qui en l’espèce, remonte aux années 1970-1980. Le lauréat du prix Nobel de la paix, Daniel Kahneman, l’explique très bien dans son ouvrage intitulé *Thinking Fast and Slow* (Toronto : Anchor Canada, 2013). Il y décrit une situation où il a dû infirmer une [TRADUCTION] « théorie de l’utilité » qui [TRADUCTION] « a résisté à l’épreuve du temps » pendant plus de 300 ans. Ses commentaires aux pages 276 et 277 sont pertinents en ce qui concerne le point de vue de la Cour :

[TRADUCTION] Le mystère réside dans la façon dont une conception de l’utilité des résultats qui est vulnérable à des contre-exemples si évidents a pu survivre aussi longtemps. Je ne peux l’expliquer que par une faiblesse des intellectuels que j’ai souvent observée moi-même. C’est ce que j’appelle l’aveuglement entraîné par la théorie : une fois que l’on a accepté une théorie et qu’on l’a utilisée comme outil de réflexion, il est extrêmement difficile d’en voir les failles. Si l’on tombe sur une observation qui ne semble pas correspondre au modèle, on présume qu’il doit y avoir une explication parfaitement logique que l’on ne voit simplement pas. On accorde le bénéfice du doute à la théorie et on fait confiance à la communauté d’experts qui l’a acceptée. [L’auteur parle ensuite d’éléments douteux de la théorie de l’utilité qui ressortiraient du lot] [...] Comme le psychologue Daniel Gilbert l’a observé, il est difficile de cesser de croire, et le Système 2 [une forme de réflexion délibérée et volontaire, p. 13] se fatigue vite.

[136] En l’espèce, la Cour a appris de l’article « controversé » de la professeure Giesel. Son analyse a révélé qu’elle était la première juriste à entreprendre une réflexion « délibérée et volontaire » qui a montré que le privilège d’intérêt commun était incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat et que ses coûts l’emportaient considérablement sur ses avantages. Cette analyse a servi de fondement à la présente décision.

- (3) Advisory CIP as an Exception to Waiver is Irreconcilable with and Eviscerates SCP Doctrine of any Meaning

[137] Having come to recognize that CIP does not appear to be compatible with the rationale of SCP, it appears that the American jurisprudence has adopted a second line of reasoning to rationalize it. I refer here to the concept of CIP being an exception or defence to waiver of SCP and therefore, not having to be reconcilable with SCP doctrine. To fully consider the respondents' argument however, two concepts must be well understood: the doctrine of SCP and the doctrine of waiver of SCP.

[138] The doctrine underlying SCP is not controversial. SCP is a class privilege, not a case-by-case privilege, which means that any communications between a client and his or her lawyer relating to the provision of legal services that are made in confidence are *prima facie* protected. Conversely, confidential relationships not protected by a class privilege may nevertheless be protected on a case-by-case basis. Privilege will apply on a case-by-case basis where Wigmore's following four criteria test is satisfied:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than*

- 3) Le privilège d'intérêt commun consultatif en tant qu'exception à la renonciation est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat et l'en dépouille de toute signification

[137] Ayant reconnu que le privilège d'intérêt commun ne semble pas être compatible avec la raison d'être du secret professionnel de l'avocat, il semble que la jurisprudence américaine ait adopté une deuxième ligne de pensée pour le justifier. Je parle ici du concept du privilège d'intérêt commun en tant qu'exception ou moyen de défense à la renonciation au secret professionnel de l'avocat et donc, selon lequel le principe n'a pas besoin d'être compatible avec la théorie. Pour pouvoir examiner l'argument des défendeurs dans son ensemble, il faut toutefois bien comprendre deux concepts : le principe du secret professionnel de l'avocat et celui de la renonciation au secret professionnel de l'avocat.

[138] Le principe qui sous-tend le secret professionnel de l'avocat n'est pas controversé. Le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique et non un privilège reconnu au cas par cas, ce qui veut dire que toute communication entre un client et son avocat concernant la prestation de services juridiques sous le couvert de la confidentialité est, à première vue, protégée. En revanche, les relations confidentielles qui ne sont pas protégées par un privilège générique peuvent quand même être protégées au cas par cas. Un privilège s'appliquera au cas par cas lorsque les quatre critères suivants de Wigmore sont remplis :

[TRADUCTION]

1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

2) Le caractère *confidentiel doit être un élément essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus *assidûment*.

4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être plus

*the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(Wigmore, John Henry, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little Brown & Co., 1961 § 2285 (Wigmore)).

[139] While the above factors do not need to be proven to establish that a solicitor-client communication is privileged, Professor Wigmore rightly points out that they are nevertheless the foundation of established class privileges (Wigmore, § 2285):

Only if these four conditions are present should a privilege be recognized. That they are present in most of the recognized privileges is plain enough; and the absence of one or more of them serves to explain why certain privileges have failed to obtain the recognition sometimes demanded for them. In the privilege for communications between attorney and client, for example, all four are present.... [Emphasis added.]

[140] The first Wigmore criterion explains the reason why confidentiality alone is insufficient to attract SCP. It is the intention to maintain confidentiality of the communication that is important. As stated in Wigmore, “the communication must originate in a *confidence* that they will not be disclosed” [emphasis in original].

[141] The second Wigmore criterion that the “element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties” (emphasis added) is an important pillar of the SCP doctrine. The Supreme Court of Canada in *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 (*McClure*), at paragraph 33 explains the necessity of privilege for the solicitor-client relationship as follows:

.... Free and candid communication between the lawyer and client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client’s position. The existence of a fundamental right to

*considérable que l’avantage* à retirer d’une juste décision. [Italiques dans l’original; notes de bas de pages omises.]

(Wigmore, John Henry, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little Brown & Co., 1961, au paragraphe 2285 (Wigmore)).

[139] Bien qu’il ne soit pas nécessaire de prouver les facteurs susmentionnés pour démontrer qu’une communication entre un client et son avocat est privilégiée, le professeur Wigmore souligne à juste titre qu’ils représentent néanmoins le fondement des privilèges génériques établis (Wigmore, au paragraphe 2285) :

[TRADUCTION] Ce n’est que si ces quatre conditions sont présentes qu’un privilège sera reconnu. Leur présence dans la plupart des privilèges reconnus est assez évidente; et l’absence de l’une ou plusieurs d’entre elles sert à expliquer pourquoi certains privilèges n’ont pas obtenu la reconnaissance parfois exigée pour elles. Dans le privilège applicable aux communications entre un avocat et son client, par exemple, les quatre conditions sont présentes [...] [Non souligné dans l’original.]

[140] Le premier critère de Wigmore explique la raison pour laquelle la confidentialité à elle seule n’est pas suffisante pour entraîner le secret professionnel de l’avocat. C’est l’intention de protéger la confidentialité de la communication qui est importante. Comme on l’affirme dans Wigmore, [TRADUCTION] « les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées » [italique dans l’original].

[141] Le deuxième critère de Wigmore selon lequel [TRADUCTION] « le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties » (non souligné dans l’original) est un pilier important du principe du secret professionnel de l’avocat. Dans l’arrêt *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 (*McClure*), au paragraphe 33, la Cour suprême du Canada explique ainsi la nécessité du privilège pour préserver la relation avocat-client :

[...] La communication libre et franche entre l’avocat et son client protège les droits que la common law reconnaît au citoyen. Il est essentiel qu’un avocat soit au courant de tous les faits qui ont trait à la situation de

privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication between the lawyer and client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack.

[142] In the context of SCP, the third Wigmore criterion is also satisfied. As was reiterated in *McClure*, at paragraph 31:

The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication (see: *Geffen v. Goodman Estate*, *supra*, and *Solosky v. The Queen*, *supra*). [Emphasis added.]

[143] The fourth Wigmore criterion illustrates the tension that exists between the speculative benefit of SCP encouraging fuller disclosure of information between a lawyer and his or her client weighed against the obvious costs to the administration of justice. As Wigmore succinctly states, “the privilege remains an exception to the general duty to disclose. Its benefits are all indirect and speculative; its obstruction is plain and concrete. ... It is worth preserving for the sake of a general policy, but it is nonetheless an obstacle to the investigation of the truth” (at § 2291).

[144] Wigmore’s fourth criterion supports the rationale that SCP must be interpreted restrictively so as to limit the privilege because the benefit of encouraging disclosure is of such a speculative nature. Incidentally, the respondents contend that this rule no longer applies in Canada based on recent constitutional law cases, something I consider and reject in the following section.

[145] The underlying Wigmore rationale for SCP and the principle that it should be interpreted restrictively

son client. L’existence d’un droit fondamental au secret professionnel de l’avocat encourage la divulgation dans les limites des rapports que l’avocat a avec son client. L’affaiblissement du secret professionnel de l’avocat peut contribuer à restreindre la communication entre un avocat et son client. L’immunité de ce privilège contre toute attaque s’explique par la nécessité de le préserver.

[142] Dans le contexte du secret professionnel de l’avocat, le troisième critère de Wigmore est aussi rempli. Comme il a été réitéré dans l’arrêt *McClure*, au paragraphe 31 :

La protection à première vue des communications entre l’avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l’avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée (voir : *Geffen c. Succession Goodman* et *Solosky c. La Reine*, précités). [Non souligné dans l’original.]

[143] Le quatrième critère de Wigmore illustre la tension qui existe entre l’avantage spéculatif du secret professionnel de l’avocat qui favorise une divulgation plus complète de renseignements entre un avocat et son client et les coûts évidents pour l’administration de la justice. Comme Wigmore l’indique : [TRADUCTION] « le privilège demeure une exception à l’obligation générale de divulgation. Ses avantages sont tous indirects et spéculatifs; son obstruction est évidente et concrète [...] Il vaut la peine de le préserver pour le bien d’une politique générale, mais il représente néanmoins un obstacle à la recherche de la vérité » (au paragraphe 2291).

[144] Le quatrième critère de Wigmore appuie la justification selon laquelle le secret professionnel de l’avocat doit être interprété de façon restrictive afin de limiter le privilège, car l’avantage de favoriser la divulgation revêt une nature très spéculative. Incidemment, les défendeurs prétendent que cette règle ne s’applique plus au Canada selon les affaires récentes de droit constitutionnel, un argument que j’ai examiné et que je rejette dans la section suivante.

[145] La justification sous-jacente de Wigmore pour le secret professionnel de l’avocat et le principe voulant

are also logically related to, and further define, the purpose of confidentiality within the SCP doctrine. Its purpose is to limit the scope of the privilege, as described by Professor Giesel, at pages 499 and 500 of her article:

.... The rationale of the confidentiality requirement is that if a client does not care about the confidential nature of a communication, the client will readily disclose all necessary information to the lawyer without the encouragement of the privilege. So, the confidentiality requirement ensures that the privilege applies only where it is needed as an encouragement. [Footnote omitted.]

[146] The above passage refers to what is known as waiving SCP. As SCP belongs only to the client, it can only be waived by the client. Waiver of privilege is ordinarily established where it is shown that the client: (1) knew of the existence of the privilege; and (2) voluntarily evinced an intention to waive that privilege (*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (B.C.S.C.), at paragraph 6). For example, there will be a waiver of SCP where a client explicitly or implicitly discloses a confidential solicitor-client communication to a party outside of the solicitor-client relationship. The doctrine of waiver of SCP is inextricably linked to all the Wigmore factors, but most commonly rationalized by the first two. For when a client discloses confidential solicitor-clients communications, these communications are no longer confidential. *Ergo*, the disclosure of a communication protected by SCP indicates that its confidentiality is no longer essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

[147] When a client receives or discloses a privileged communication to or from a third party or that third party's lawyer, that disclosure is not a communication between a client and that client's lawyer. This type of disclosure does nothing to enhance the relationship between the clients and their respective lawyers and

qu'il doive être interprété de façon restrictive sont très logiquement liés à l'objectif de la confidentialité dans le principe du secret professionnel de l'avocat et le définissent. L'objectif est de limiter la portée du privilège, comme le décrit la professeure Giesel aux pages 499 et 500 de son article :

[TRADUCTION] [...] La raison d'être de l'obligation de confidentialité est que si un client ne se soucie pas de la nature confidentielle d'une communication, il divulguera facilement tous les renseignements dont l'avocat a besoin sans y être encouragé par le privilège. Par conséquent, l'obligation de confidentialité s'assure que le privilège s'applique seulement lorsqu'il est nécessaire en tant qu'encouragement. [Notes en bas de pages omises.]

[146] Le passage qui précède porte sur ce que l'on appelle la renonciation au secret professionnel de l'avocat. Comme le privilège du secret professionnel de l'avocat n'appartient qu'au client, seul le client peut y renoncer. La renonciation au secret est normalement établie lorsqu'on a prouvé que le client : 1) connaissait l'existence du privilège; 2) a indiqué délibérément son intention d'y renoncer (*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (C. supr. C.-B.), au paragraphe 6). Par exemple, il y aura renonciation au secret professionnel de l'avocat lorsqu'un client divulgue explicitement ou implicitement une communication confidentielle entre lui et son avocat à une partie en dehors de la relation avocat-client. Le principe de la renonciation au secret professionnel de l'avocat est intrinsèquement lié à tous les facteurs de Wigmore, mais est plus souvent justifié par les deux premiers, car, lorsqu'un client divulgue des communications confidentielles entre lui et son avocat, ces communications ne sont plus confidentielles. Par conséquent, la divulgation d'une communication protégée par le secret professionnel de l'avocat indique que sa confidentialité n'est plus essentielle au maintien complet et satisfaisant de la relation entre les parties.

[147] Lorsqu'un client reçoit une communication privilégiée d'un tiers ou la divulgue à un tiers ou à l'avocat de ce tiers, cette divulgation ne constitue pas une communication entre un client et son avocat. Ce type de divulgation ne favorise en rien la relation entre les clients et leur avocat respectif et n'est pas essentielle

is not essential to the relationship. Wigmore’s second criterion that the “element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties” [emphasis in original] has no application when the benefit arises from the external disclosure of other parties, and the legal advice is that of other lawyers.

[148] The respondents suggest that even though there is disclosure of confidential information protected by SCP, CIP somehow acts as a defence or as an exception to the application of the doctrine of waiver. Although the respondents submit that the CIP exception to waiver is “grounded in SCP”, they provide no rationale supported by jurisprudence to demonstrate any relationship between advisory CIP and SCP. When one thinks about it, CIP as a defence to waiver has to be a standalone invention, because it operates outside and contrary to the rationale of SCP. That explains why the respondents eventually contended that “it not need be and is not supported by the same rationale as SCP”.

[149] The Court acknowledges that the respondents’ argument is supported by both Canadian and American jurisprudence. Reference has already been made to the *Ambac* decision where CIP was considered an “exception” to waiver. Similarly, CIP was stated to be a “defence” to an allegation of waiver of privilege in *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332 (*Trillium*), at paragraph 14: “Common interest [privilege] is not a separate class of privilege. Rather it operates to protect privilege from waiver.”

[150] However, it is the Court’s view that the consequences of modifying the rules on waiver have not been fully thought through. The Court finds that advisory

à la relation. Le deuxième critère de Wigmore selon lequel [TRADUCTION] « le caractère *confidentiel doit être un élément essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties » [italiques dans l’original] ne s’applique pas lorsque l’avantage provient d’une divulgation externe d’autres parties et que l’avis juridique est celui d’autres avocats.

[148] Les défendeurs font valoir que même s’il y a divulgation de renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l’avocat, le privilège d’intérêt commun agit en quelque sorte comme une exception ou un moyen de défense contre l’application du principe de la renonciation. Même si les défendeurs soutiennent que l’exception du privilège d’intérêt commun [TRADUCTION] « tire son origine du secret professionnel de l’avocat », ils n’ont fourni aucun motif étayé par la jurisprudence permettant de démontrer une relation entre le privilège d’intérêt commun consultatif et le secret professionnel de l’avocat. Lorsqu’on y pense, le privilège d’intérêt commun à titre de moyen de défense contre la renonciation doit être une invention distincte, car il s’applique à l’extérieur et à l’encontre du fondement du secret professionnel de l’avocat. Cela explique pourquoi les défendeurs ont en fin de compte prétendu qu’il [TRADUCTION] « n’est pas nécessaire et n’est pas justifié par la même raison d’être que le secret professionnel de l’avocat ».

[149] Notre Cour reconnaît que la thèse des défendeurs est appuyée par la jurisprudence canadienne et américaine. Il a déjà été fait mention de l’arrêt *Ambac*, où le privilège d’intérêt commun a été considéré comme une « exception » à la renonciation. De même, il a été déclaré que le privilège d’intérêt commun constituait un « moyen de défense » à une allégation de renonciation au privilège dans la décision *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332 (*Trillium*), au paragraphe 14 : [TRADUCTION] « le [privilège] d’intérêt commun n’est pas un privilège générique distinct. Il sert plutôt à protéger le privilège contre une renonciation ».

[150] Cependant, la Cour est d’avis que les conséquences de la modification des règles relatives à la renonciation n’ont pas été suffisamment examinées. La

CIP as an exception or defence to waiver of SCP is irreconcilable with and eviscerates the SCP doctrine of any meaning.

[151] Considering the Wigmore requirements together logically establishes that SCP is founded on an interlocking package of prerequisites. Every piece of the doctrine fits with the rest. It is like a doctrinal house of cards, none of which are individually controversial, while each leans on the other for support.

[152] The first card is the relationship between the client and his or her lawyer. Confidentiality of the communication between them is the foundation of the relationship and the benefit to the administration of justice that the privilege creates. The second card is the benefit arising from encouraging the client to disclose confidential information to his or her lawyer which is considered essential to the relationship and thereby, to the administration of justice. This benefit, however, is speculative and tenuous compared to the obvious and direct obstruction it causes to the administration of justice. The third card is that the privilege must therefore, be interpreted restrictively within the scope of its principles. Confidentiality as the fourth card thereby, plays the role of limiting the scope of the privilege, and thus, determines the purpose of waiver. As the last card, its function is to terminate the privilege when the confidential communication is disclosed to a third party.

[153] Pull out the waiver card and allow disclosure of confidential information based on a claim that the client has a common interest with another client represented by another lawyer, and down comes the house of SCP cards. When the information disclosed is to or from someone other than the client, the confidentiality of the information is not essential to maintaining the relationship. There is no added benefit to encouraging full and frank disclosure from the client to his or her lawyer and, therefore, to the administration of justice. The restrictive interpretation rule applying to SCP is

Cour estime que le privilège d'intérêt commun consultatif à titre d'exception ou de moyen de défense contre la renonciation au secret professionnel de l'avocat est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat et l'en dépouille de toute signification.

[151] Si l'on tient compte des conditions de Wigmore dans leur ensemble, elles établissent logiquement que le secret professionnel de l'avocat est fondé sur un ensemble de conditions préalables interdépendantes. Chaque élément du principe est compatible avec les autres. On peut comparer le principe à un château de cartes où aucune n'est controversée individuellement, et où chacune s'appuie sur l'autre.

[152] La première carte est la relation entre le client et son avocat. La confidentialité des communications entre eux est la base de la relation et le privilège emporte des effets bénéfiques pour l'administration de la justice. La deuxième carte est l'avantage qui découle de l'incitation au client à divulguer des renseignements confidentiels à son avocat, ce qui est considéré comme essentiel à la relation et, par voie de conséquence, à l'administration de la justice. Cet avantage, toutefois, est spéculatif et ténu comparativement à l'obstruction évidente et directe qu'il cause à l'administration de la justice. La troisième carte concerne le privilège qui doit par conséquent être interprété de façon restrictive, conformément à la portée de ses principes. La confidentialité, qui constitue la quatrième carte, a pour rôle de limiter la portée du privilège et donc, de déterminer le but de la renonciation. La dernière carte a pour fonction de mettre fin au privilège lorsque la communication confidentielle est divulguée à un tiers.

[153] Si l'on retire la carte de la renonciation et que l'on permet la divulgation de renseignements confidentiels au motif que le client partage un intérêt commun avec un autre client représenté par un autre avocat, le château de cartes du secret professionnel de l'avocat s'écroule. Lorsque les renseignements sont divulgués à quelqu'un qui n'est pas le client ou par quelqu'un qui n'est pas le client, la confidentialité de ces renseignements n'est pas essentielle au maintien de la relation. Il n'y a aucun avantage ajouté à inciter le client ou son avocat à divulguer les renseignements en toute transparence et dans

obviously overridden because the scope of the privilege has been greatly increased beyond the original communication that was protected. The role of confidentiality in limiting the scope of the privilege no longer applies and the cost to the administration of justice by the obstruction of relevant evidence created “by the free flow” of additional information between all the allied parties is increased in a future truth-seeking legal process. This results in unrequited unfairness to the opposing party who is denied additional relevant evidence that may affect the outcome of the legal process.

[154] In conclusion, advisory CIP as a defence to waiver fails to address the fact that its application guts SCP of any purpose or meaning in relation to the exchanged confidential communications. This result occurs because the components and the logic of SCP are interconnected and interdependent. Striking down the waiver principle empties the privilege of all of its function and doctrinal rationale. To think otherwise is similar to removing some essential body part without expecting the person to suffer dire consequences as a result.

[155] Additionally, although SCP doctrine has been eviscerated by CIP, courts advocating its acceptance have not attempted to provide any sustainable rationale to support CIP or even to consider its costs. Apart from the majority in *Ambac*, the consideration in the case law of the negative impact of advisory CIP has been like the refrain in the song *Home on the Range*, “where seldom is heard a discouraging word”.

[156] From the Court’s perspective, it would appear that in recognizing advisory CIP, an existing speculative

leur intégralité et, par conséquent, aucun avantage pour l’administration de la justice. On ne tient évidemment pas compte de la règle de l’interprétation restrictive qui s’applique au secret professionnel de l’avocat, car la portée du privilège a été considérablement élargie au-delà de la communication originale qui était protégée. Le rôle de la confidentialité dans la limitation de la portée du privilège ne s’applique plus et le coût pour l’administration de la justice qu’entraîne l’obstruction des éléments de preuve pertinents créée par le « libre échange » de renseignements additionnels entre toutes les parties alliées est accru dans un processus judiciaire futur de recherche de la vérité. Cela entraîne une injustice non voulue pour la partie opposée qui se voit refuser des éléments de preuve additionnels qui auraient pu avoir une incidence sur l’issue du processus judiciaire.

[154] En conclusion, le privilège d’intérêt commun consultatif comme moyen de défense à la renonciation n’aborde pas le fait que son application dépouille le secret professionnel de l’avocat de tout objet ou de toute signification à l’égard des communications confidentielles échangées. Il en est ainsi parce que les composantes et la logique du secret professionnel de l’avocat sont interdépendantes et liées les unes aux autres. L’annulation du principe de renonciation dépouille le privilège de toutes ses fonctions et de son fondement doctrinal. Penser autrement reviendrait à retirer certaines parties du corps essentielles et s’attendre à ce que la personne n’en subisse aucune conséquence grave.

[155] Par ailleurs, même si le principe du secret professionnel de l’avocat a été dépouillé de son sens par le privilège d’intérêt commun, les tribunaux en faveur de son acceptation n’ont pas tenté de fournir une justification valable pour appuyer le privilège et n’en ont même pas examiné les coûts. À l’exception des juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac*, l’examen de l’incidence négative du privilège d’intérêt commun consultatif dans la jurisprudence ressemble au refrain de la chanson *Home on the Range* : [TRADUCTION] « on entend rarement un mot de découragement ».

[156] Du point de vue de la Cour, il semblerait qu’en reconnaissant le privilège d’intérêt commun consultatif,

benefit to the administration of justice has been leveraged and turned into an expanded benefit for two or more parties in future litigation, at a cost to the opposing party, contrary to the requirements that underpin the rationale for SCP. This is so, particularly with regard to the requirement that SCP be restrictively limited to its principles to prevent undue obstruction to justice and unfairness to opposing parties in future litigation.

#### (4) SCP Must Be Construed Narrowly

[157] In this doctrinal analysis, there is one further point that the Court feels compelled to answer from the respondents' submissions. It is that SCP should be construed narrowly. In particular, the respondents argue that "privilege" should no longer be construed narrowly. Instead, they submit that "Privilege is not to be construed narrowly" as "[i]n 2016, Canadian law is 180 degrees the opposite".

[158] The respondents rely on numerous cases and statements of commentators in an attempt to support their submission: Adam M. Dodek, *Solicitor-Client Privilege* (Toronto: LexisNexis, 2014), at page 253, note 379 and accompanying text ("privilege as substantive right of quasi-constitutional status"); *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee*), at paragraph 24 cited in *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paragraph 38 ("all information protected by the solicitor-client privilege is out of reach for the state") [emphasis in original]; and *McClure*, at paragraph 35 cited in *Lavallee*, at paragraph 36 ("solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance"). In particular the respondents quote the Ontario Superior Court's constitutional law decision in *Kaymar*

un avantage spéculatif existant pour l'administration de la justice a été soulevé et transformé en avantage élargi pour au moins deux parties dans un litige ultérieur, à un coût pour la partie opposée, contrairement aux exigences qui sous-tendent la raison d'être du secret professionnel de l'avocat. Il en est ainsi particulièrement en ce qui concerne l'exigence voulant que le secret professionnel de l'avocat soit rigoureusement limité à ses principes afin d'éviter une entrave indue à la justice et une iniquité pour les parties opposées dans un litige ultérieur.

#### 4) Le secret professionnel de l'avocat doit être interprété de manière stricte

[157] Dans la présente analyse du principe, notre Cour se voit dans l'obligation de répondre à un autre point soulevé dans les observations des défendeurs. Il s'agit de l'argument selon lequel le secret professionnel de l'avocat devrait recevoir une interprétation stricte. Plus précisément, les défendeurs soutiennent que le « privilège » ne devrait plus être interprété de façon étroite. Ils font plutôt valoir que [TRADUCTION] « le privilège ne doit pas recevoir une interprétation stricte », car « en 2016, le droit canadien a fait volte-face ».

[158] Les défendeurs se fondent sur de nombreuses affaires et déclarations de commentateurs dans le but d'étayer leur prétention : Adam M. Dodek, *Solicitor-Client Privilege* (Toronto : LexisNexis, 2014), à la page 253, note en bas de page 379 et le texte qui l'accompagne ([TRADUCTION] « le privilège à titre de droit substantif de nature quasi constitutionnelle »); *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 (*Lavallee*), au paragraphe 24, cité dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, au paragraphe 38 (« l'État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ») [souligné dans l'original]; et *McClure*, au paragraphe 35, cité dans l'arrêt *Lavallee*, au paragraphe 36 (« le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public

*Rehabilitation v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII), at paragraph 45:

The law of privilege in Canada has undergone a radical transformation over the past 30 years or so. For one thing solicitor client privilege has evolved from a rule of evidence to become a substantive legal right with quasi constitutional status. As privileges go, it is a class privilege which is virtually sacrosanct and will not yield lightly. As long as the communication is given in confidence and is information necessary to obtain legal advice it will be protected subject to very narrow exceptions. It is the very essence of the privilege that it protects potentially prejudicial information. Thus, if the privilege is properly claimed and it has not been implicitly waived by the party claiming the privilege it will be a rare case in the context of a civil action where it will not be upheld. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[159] The Court does not accept the respondents' submission that the rule of construction, that SCP be interpreted restrictively within its limits, has been affected by these decisions. The cases cited express the principle that, in Canada, SCP "if properly claimed" is not to be undermined by laws enacted by legislatures. A privilege that is properly claimed is one that is within its proper limits, meaning that the privilege claimed must comply with the doctrinal principles underlying SCP. Nowhere do the cases suggest that SCP is not to be interpreted restrictively.

[160] Despite how others may have described the issue, in this case I find the issue to be whether SCP extends to CIP. If the respondents can bring CIP in relation to commercial transactions within the tenets of SCP, including by their argument that it is a defence to waiver of SCP, they will succeed on the case without any reliance on claims that CIP is founded on the quasi-

et demeurer pertinent »). Plus précisément, les défendeurs citent la décision en matière constitutionnelle rendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans *Kaymar Rehabilitation v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII), au paragraphe 45 :

[TRADUCTION] Au Canada, le droit du privilège a subi une transformation radicale depuis les quelque 30 dernières années. D'un côté, le privilège du secret professionnel de l'avocat a évolué et est passé d'une règle de preuve à un droit substantiel de nature quasi constitutionnelle. Parmi les privilèges qui existent, il s'agit d'un privilège générique presque sacro-saint qui ne cédera pas facilement. Tant que la communication se fait sous le couvert de la confidentialité et que l'information est nécessaire pour obtenir un avis juridique, elle sera protégée, sous réserve de quelques exceptions très strictes. L'essence même du privilège est de protéger les renseignements qui pourraient être préjudiciables. Par conséquent, si le privilège est adéquatement invoqué et qu'il n'y a pas eu de renonciation implicite de la part de la partie qui le revendique, il est très rare dans le contexte d'une action civile qu'il ne soit pas maintenu. [Non souligné dans l'original; notes en bas de pages omises.]

[159] Notre Cour ne retient pas la prétention des défendeurs selon laquelle ces décisions ont eu une incidence sur la règle d'interprétation, soit que le secret professionnel de l'avocat doit être interprété restrictivement à l'intérieur de ses limites. Les décisions citées expriment le principe voulant qu'au Canada, « si le secret professionnel de l'avocat est revendiqué adéquatement », il ne puisse être ébranlé par des lois adoptées par le législateur. Un privilège adéquatement revendiqué est celui qui respecte ses propres limites, ce qui veut dire que le privilège revendiqué doit être conforme aux principes doctrinaux sur lesquels se fonde le secret professionnel de l'avocat. Nulle part ces décisions ne laissent entendre que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être interprété restrictivement.

[160] Malgré la façon dont d'autres peuvent avoir décrit la question, en l'espèce, je conclus que la question est celle de savoir si le secret professionnel de l'avocat s'étend au privilège d'intérêt commun. Si les défendeurs peuvent établir un lien entre le privilège d'intérêt commun et les opérations commerciales en respectant les limites du secret professionnel de l'avocat, notamment

constitutional status of SCP. However, I disagree that the case law cited would support a liberal construction of SCP to expand its scope beyond what can properly be claimed.

[161] The respondents' submission flies in the face of the rationale of SCP supporting its restrictive construction: if the benefit of the privilege is speculative, while its obstruction to justice is clear and direct, it could not be otherwise than that the privilege must be restrictively construed consistently with the logic of its principles. The correctness of these principles that represent the balancing of factors related to the administration of justice does not change due to any constitutional imperative.

[162] The Court would be very surprised if the Canadian position on the restrictive construction of SCP were to differ from that in the United States as described by Professor Giesel, at pages 501 and 502 and footnote 106 of her article:

The courts' acceptance of the absolute protection of the privilege along with codification by some jurisdictions indicates a collective conclusion that the privilege not only creates benefits but the benefits also exceed any cost of its application. Yet, in applying the privilege in individual cases, courts continue to concern themselves with the damage to the truth-finding mission of the judicial system. Courts often repeat a refrain that the privilege must be "strictly confined within the narrowest possible limits consistent with the logic of its principle".<sup>106</sup> Any desire to apply the privilege narrowly always must be considered in light of the counterweight of the general acceptance of the privilege. The United States District Court for the District of New Jersey recently addressed this tension in *Louisiana Municipal Police Employees Retirement System v. Sealed Air Corp.*:

en avançant qu'il s'agit d'un moyen de défense à la renonciation, ils auront gain de cause sans avoir à prétendre que le privilège d'intérêt commun est fondé sur la nature quasi constitutionnelle du secret professionnel de l'avocat. Cependant, je ne suis pas d'avis que la jurisprudence citée appuierait une interprétation libérale du secret professionnel de l'avocat de manière à étendre sa portée au-delà de ce que l'on peut adéquatement revendiquer.

[161] La prétention des défendeurs va à l'encontre de la raison d'être du secret professionnel de l'avocat qui appuie son interprétation restrictive : si l'avantage du privilège est spéculatif, bien que son entrave à la justice soit claire et directe, on ne peut faire autrement que d'interpréter le privilège de manière restrictive conformément à la logique de ses principes. La justesse de ces principes qui représentent l'équilibre des facteurs liés à l'administration de la justice ne change pas en raison d'un impératif constitutionnel.

[162] La Cour serait très surprise si la position canadienne concernant l'interprétation restrictive du secret professionnel de l'avocat différait de celle des États-Unis, comme le décrit la professeure Giesel aux pages 501 et 502 et à la note en bas de page 106 de son article :

[TRADUCTION] L'acceptation par les tribunaux de la protection absolue du privilège ainsi que de sa codification par quelques administrations indique une conclusion collective selon laquelle le privilège n'entraîne pas seulement des avantages, mais les avantages dépassent aussi les coûts de son application. Et pourtant, lorsqu'ils appliquent le privilège dans des cas individuels, les tribunaux continuent de se préoccuper du préjudice pour la mission de recherche de vérité du système judiciaire. Les tribunaux répètent souvent un refrain selon lequel le privilège doit être confiné de manière « stricte à l'intérieur des limites les plus étroites possible, en conformité avec la logique de son principe ».<sup>106</sup> Toute volonté d'appliquer le privilège étroitement doit toujours être examinée à la lumière du contrepois de l'acceptation générale du privilège. La Cour de district du New Jersey aux États-Unis a récemment abordé cette tension dans la décision *Louisiana Municipal Police Employees Retirement System v. Sealed Air Corp.* :

While it is true that the attorney–client privilege is narrowly construed because it “obstructs the truth-finding process,” the privilege is not “disfavored.” Courts should be cautious in their application of the privilege mindful that “it protects only those disclosures necessary to obtain informed legal advice which might not have been made absent the privilege.”....

...

[Footnote 106:] *In re Grand Jury Proceedings*, 604 F.2d 798, 802–03 (3d Cir. 1979); *see also Clarke v. Am. Commerce Nat’l Bank*, 974 F.2d 127, 129 (9th Cir. 1992) (“Because the attorney–client privilege has the effect of withholding relevant information from the factfinder, it is applied only when necessary to achieve its limited purpose of encouraging full and frank disclosure by the client to his or her attorney.”); *Harrisburg Auth. v. CIT Capital USA, Inc.*, 716 F. Supp. 2d 380, 387 (M.D. Pa. 2010) (“It is well established that evidentiary privileges ... are generally disfavored and should be narrowly construed.’ The attorney client privilege is one such evidentiary privilege.” (quoting *Pa. Dep’t of Transp. v. Taylor*, 841 A.2d 108, 118 (Pa. 2004) (Nigro, J., dissenting))); *Sieger v. Zak*, 874 N.Y.S.2d 535, 537 (App. Div. 2009) (holding that the privilege “constitutes an obstacle to the truth-finding process,” and it therefore “must be narrowly construed, and its application must be consistent with the purposes underlying the immunity” (citations and internal quotation marks omitted)). [Emphasis added; footnotes omitted.]

[163] Obviously, when speaking to “those disclosures necessary to obtain informed legal advice” (*Louisiana Municipal Police Employee Retirement System v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008), at page 305), the District of New Jersey was referring to legal advice of the client’s lawyer. These remarks would not extend to an allied lawyer with whom the client has no legally recognized relationship, nor information from the other client that is incorporated into the other lawyer’s legal advice. That is because communications from an external source are not essential to maintain the relationship.

Bien qu’il soit vrai que le privilège du secret professionnel de l’avocat est interprété de manière étroite parce qu’il « obstrue le processus de recherche de vérité », le privilège n’est pas « mal vu ». Les tribunaux devraient être prudents lorsqu’ils appliquent le privilège et garder en tête qu’« il protège seulement les communications nécessaires pour obtenir un avis juridique éclairé qui n’aurait peut-être pas été donné en l’absence du privilège » [...]

[...]

[Note en bas de page 106 :] Dans la décision *Re Grand Jury Proceedings*, 604 F.2d 798, 802–03 (3d Cir. 1979); voir aussi *Clarke v. Am. Commerce Nat’l Bank*, 974 F.2d 127, 129 (9th Cir. 1992) (« Comme le privilège du secret professionnel de l’avocat a pour effet de cacher des renseignements pertinents à l’enquêteur, il est appliqué seulement lorsque cela est nécessaire pour inciter le client à dévoiler en toute transparence des renseignements à son avocat »); *Harrisburg Auth. v. CIT Capital USA, Inc.*, 716 F. Supp. 2d 380, 387 (M.D. Pa. 2010) (« “Il est bien établi que les privilèges relatifs à la preuve [...] sont généralement mal vus et devraient être interprétés de manière étroite.” Le privilège du secret professionnel de l’avocat est l’un de ceux-là. » (citant *Pa. Dep’t of Transp. v. Taylor*, 841 A.2d 108, 118 (Pa. 2004) (le juge Nigro, dissident))); *Sieger v. Zak*, 874 N.Y.S.2d 535, 537 (App. Div. 2009) (concluant que le privilège constitue un « obstacle au processus de recherche de la vérité » et qu’il doit donc être « interprété de manière étroite, son application devant être conforme aux objectifs qui sous-tendent l’immunité » (citations et guillemets internes omis)). [Non souligné dans l’original, notes en bas de pages omises.]

[163] Évidemment, lorsqu’elle parle des [TRADUCTION] « divulgations nécessaires pour obtenir un avis juridique éclairé » (*Louisiana Municipal Police v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008), à la page 305), la Cour de district du New Jersey faisait référence à l’avis juridique de l’avocat du client. Ces remarques ne s’étendraient pas à l’avocat allié avec qui le client n’a pas de relation légalement reconnue ni à l’information provenant de l’autre client qui est intégrée dans l’avis juridique de l’autre avocat, car les communications provenant d’une source externe ne sont pas essentielles au maintien de la relation.

## (5) Emerging Rationales for CIP Have No Basis

(a) *Expectation Interest*

[164] The respondents rely upon two other rationales to support CIP. They cite jurisprudence in support of the proposition that CIP applies “where parties share a legal opinion that is in aid of the completion of a transaction; where there is an expectation that that opinion will be kept in confidence; and where completion of a transaction is of benefit to all parties”. I have already noted that the *Pitney Bowes* decision made reference to expectations as a ground to support CIP where “[t]he parties would expect that the opinions would remain confidential as against outsiders” (at paragraph 18). Being a joint client relationship however, confidentiality would be expected by SCP doctrine, not that of advisory CIP.

[165] There is no mention in the cases that purport to rely upon an expectation interest to support CIP of how such a principle would mesh with the underlying rationale of SCP. Having considered that issue, the Court can find no basis to introduce what appears to be an administrative law, or form of contract estoppel principle into the discussion of CIP or SCP.

[166] It is not realistic even to posit a mistaken expectation from the parties that the information will remain confidential. The legal conclusion must be in any event that there cannot be an expectation that the privilege will remain upon disclosure to third parties, when privilege law does not permit it. Expectations must operate within the law; they cannot override it.

[167] But even the mistaken expectation is difficult to accept. The competent lawyer would have started by advising the client not to share their communications

## 5) Les justifications émergentes du privilège d'intérêt commun n'ont aucun fondement

a) *Attentes*

[164] Les défendeurs se fondent sur deux autres justifications pour appuyer le privilège d'intérêt commun. Ils citent la jurisprudence à l'appui de la proposition voulant que le privilège d'intérêt commun s'applique [TRADUCTION] « là où les parties partagent un avis juridique qui vise à favoriser la réalisation d'une opération; lorsqu'il existe une attente que cet avis sera tenu confidentiel; et lorsque la réalisation d'une opération bénéficie à l'ensemble des parties ». J'ai déjà noté que la décision *Pitney Bowes* faisait mention d'attentes à titre de motif pour appuyer le privilège d'intérêt commun lorsque « [l]es parties s'attendraient à ce que les avis juridiques ne seront pas connus des gens de l'extérieur » (au paragraphe 18). Par contre, comme il s'agit d'une relation de clients conjoints, l'attente de confidentialité viendrait du principe du secret professionnel de l'avocat et non du privilège d'intérêt commun consultatif.

[165] Les décisions qui prétendent s'appuyer sur une attente pour étayer le privilège d'intérêt commun ne précisent pas la façon dont un tel principe s'accorderait avec la raison d'être sous-jacente du secret professionnel de l'avocat. Ayant examiné cette question, notre Cour ne voit aucune raison d'intégrer ce qui semble être du droit administratif ou une forme de principe de préclusion contractuelle dans l'examen du privilège d'intérêt commun ou du secret professionnel de l'avocat.

[166] Il est irréaliste de même poser l'hypothèse voulant que les parties aient une attente erronée selon laquelle l'information restera confidentielle. La conclusion juridique doit être, dans tous les cas, que l'on ne peut s'attendre à ce que le privilège continue d'exister en cas de divulgation à des tiers alors que le droit du privilège ne le permet pas. Les attentes doivent respecter les limites du droit; elles ne peuvent pas l'emporter sur ce dernier.

[167] Même l'attente erronée est difficile à accepter. Un avocat compétent aurait commencé par informer son client de ne pas divulguer leurs communications à

with non-family or other related entities or else the privilege would be lost. When the opening instruction is not to share their confidences with third parties, why would the client think it could be shared with other clients or lawyers without the same result? The only basis the client could have to think the privilege remained after being told not to share their communication with third parties would be on the advice of the lawyer. If this is the case then this obviously begs the question as to the source of the expectation.

[168] In addition, one would assume that the expectation interest would have to be “reasonable”, as judged by the objective, disinterested, but informed reasonable person. The foundation of knowledge needed to understand how privilege law works would have to come from the lawyer. It is no answer to argue that a legal issue as to the extent of the privilege in terms of disclosure is to be answered on a layperson’s wrong understanding of the law.

[169] It is difficult to imagine that a reasonable person who is informed of the applicable principles of privilege law could possess such an expectation interest arising in the CIP context. A reasonable, well-informed observer would have the understanding that the privilege operates based on maintaining the relationship to support the administration of justice and that the advantage the client obtains is to some other party’s disadvantage, if ever sued on matters relevant to the advice provided.

[170] The bottom line is that a so-called legitimate expectation in the circumstances of advisory CIP cannot override the law and is neither “expected” when told that disclosure terminates the privilege, nor “legitimate” because even if expected, to hold such a view would be unreasonable. Accordingly, the Court sees no basis for the recognition of a legitimate expectation interest supporting advisory CIP in either theory or practice and rejects the submission.

des personnes ne faisant pas partie de sa famille ou à d’autres entités connexes, car cela mettrait fin au privilège. Lorsque la première instruction est de ne pas divulguer de renseignements confidentiels à des tiers, pourquoi le client penserait-il qu’il pourrait les divulguer à d’autres clients ou d’autres avocats avec des résultats différents? La seule raison pour laquelle le client aurait pu penser que le privilège existerait toujours après qu’on lui ait dit de ne pas divulguer les communications à des tiers serait que cela lui a été conseillé par son avocat. Le cas échéant, cela nous amène évidemment à poser la question de la source de l’attente.

[168] En outre, on pourrait supposer que l’attente devrait être « raisonnable », selon une personne raisonnable objective et désintéressée, mais éclairée. Le fondement des connaissances nécessaires pour comprendre comment le droit du privilège fonctionne devrait provenir de l’avocat. Ce n’est pas raisonnable de soutenir qu’il faut répondre à une question juridique relative à la portée du privilège concernant la divulgation d’après la compréhension erronée du droit d’un non-juriste.

[169] Il est difficile d’imaginer qu’une personne raisonnable qui est informée des principes applicables du droit du privilège pourrait avoir une telle attente dans le contexte du privilège d’intérêt commun. Un observateur raisonnable et bien informé comprendrait que le privilège existe en fonction du maintien de la relation pour soutenir l’administration de la justice et que l’avantage qu’en retire le client est en quelque sorte un désavantage pour l’autre partie si jamais une poursuite est intentée relativement à des questions visées dans l’avis juridique fourni.

[170] L’essentiel est que ladite attente légitime dans les circonstances du privilège d’intérêt commun consultatif ne peut pas l’emporter sur le droit, et qu’il ne peut y avoir d’« attente » lorsque l’on est informé qu’une divulgation met fin au privilège et qu’elle ne peut être « légitime » parce qu’il serait déraisonnable de penser ainsi même s’il y avait une attente. Par conséquent, la Cour ne voit aucune raison de reconnaître une attente légitime pour appuyer le privilège d’intérêt commun

(b) *Selective Waiver*

[171] As an additional argument supporting advisory CIP, the respondents raise the doctrine of “selective waiver” to protect their memo. Their submission is concisely restated at paragraph 2.37 of their response to the Court’s second direction, as follows:

2.37 As noted in our prior submissions, various textbook writers (and the Court in *Pinder v. Sproule* (2003), 333 A.R. 132 (Alta. Q.B.)) now believe that the doctrine of CIP is outdated and what a court should really focus on is the doctrine of “selective waiver”, that is, that a party may choose to waive SCP in favour of one party without being held to have waived it against the world.

[172] The same thing has happened with respect to the new theory of selective waiver as occurred with the proposed rationales that “CIP is a defence to waiver” or is supported by an “expectation interest”. When not required to adhere in any fashion to the doctrinal foundation of SCP, new theories will continue to spring up to expand the scope of reasons intended to deny the court access to relevant evidence, particularly when these theories appear to completely ignore the obstruction to the administration of justice they cause. Selective waiver can no more be reconciled with the rationale of SCP than CIP, and makes even less sense as it strays completely from any connection with the principle of confidentiality at the heart of SCP. It too violates its fundamental precepts and is equally unfair to someone harmed by the results of the protected communications, but does so without any reference to any aspect of the rationale underlying SCP.

consultatif, en théorie comme en pratique, et rejette donc cette thèse.

b) *Renonciation sélective*

[171] À titre d’argument supplémentaire à l’appui du privilège d’intérêt commun consultatif, les défendeurs soulèvent le principe de la « renonciation sélective » pour protéger leur note de service. Leur prétention est résumée au paragraphe 2.37 de leur réponse à la deuxième directive de la Cour :

[TRADUCTION] 2.37 Comme nous l’avons mentionné dans nos observations précédentes, divers auteurs d’ouvrages (ainsi que la Cour dans l’arrêt *Pinder v. Sproule* (2003), 333 A.R. 132 (cour d’appel de l’Alberta)) sont maintenant d’avis que le principe du privilège d’intérêt commun est dépassé et que les tribunaux devraient plutôt se concentrer sur le principe de la « renonciation sélective », en d’autres termes, qu’une partie peut choisir de renoncer au secret professionnel de l’avocat en faveur d’une partie sans avoir à y renoncer en faveur du reste du monde.

[172] Il est arrivé la même chose à la nouvelle théorie de la renonciation sélective qu’aux justifications proposées selon lesquelles « le privilège d’intérêt commun est un moyen de défense à la renonciation » ou est fondé sur une « attente ». Si elles ne sont aucunement tenues de respecter le fondement doctrinal du secret professionnel de l’avocat, les nouvelles théories continueront d’élargir la portée des motifs visant à refuser aux tribunaux l’accès à des éléments de preuve pertinents, particulièrement lorsque ces théories semblent ignorer complètement l’obstruction qu’elles causent à l’administration de la justice. La renonciation sélective ne peut pas plus être réconciliée avec la raison d’être du secret professionnel de l’avocat qu’avec le privilège d’intérêt commun et est encore moins logique parce qu’elle s’éloigne complètement de tout lien avec le principe de la confidentialité qui est au cœur du secret professionnel de l’avocat. Elle va également à l’encontre de ses préceptes fondamentaux et est également injuste pour la personne qui subit un préjudice en raison de la divulgation des communications protégées, mais ne fait aucune mention des aspects de la raison d’être qui sous-tend le secret professionnel de l’avocat.

[173] In the Court’s view, to resort to such legal theorems to justify transactional CIP being a “defence to waiver”, being supported by an “expectation interest”, or the unbounded concept of “selective waiver” demonstrates the degree of *ad-hoc* reasoning that has been employed to expand the scope of the obstruction to justice and unfairness to prejudiced litigants once courts abandon the doctrine and principles of SCP.

*D. Maintaining Litigation CIP while Rejecting Advisory CIP*

(1) Introduction

[174] In this section, the Court explains why it respectfully disagree with Professor Giesel’s conclusion rejecting litigation CIP, while also disagreeing with the majority in *Ambac* as to its reasons why advisory CIP should be upheld. In both cases, the Court’s disagreement is based on what it concludes to be a failure to recognize that litigation CIP relies on litigation privilege, which provides a different rationale than that of advisory SCP. The distinction between the two underlying doctrinal rationales permits CIP to be an acceptable doctrine in litigation-related matters, but not in legal advisory circumstances, such as for commercial transactions.

[175] On the same premise, the Court also respectfully disagrees with the dissent in *Ambac* that opines that because SCP doctrine makes no distinction between litigation and other areas of law in its application, advisory CIP should be similarly accepted as is litigation CIP. The dissent similarly fails to recognize the fundamental difference between litigation and advisory privilege. Once the distinction is recognized, it follows that the application of CIP in litigation matters has no bearing on its application in an advisory situation.

[173] Selon la Cour, le fait de recourir à de telles conceptions juridiques pour justifier l’utilisation du privilège d’intérêt commun transactionnel à titre de « moyen de défense à la renonciation » en s’appuyant sur une « attente », ou de recourir au concept illimité de la « renonciation sélective » démontre le degré de raisonnement *ad hoc* qui a été employé pour élargir la portée de l’entrave à la justice et l’iniquité pour les plaideurs ayant subi un préjudice lorsque les tribunaux abandonnent la théorie et les principes du secret professionnel de l’avocat.

*D. Conserver le privilège d’intérêt commun relatif au litige tout en rejetant le privilège d’intérêt commun consultatif*

1) Introduction

[174] Dans cette section, la Cour explique les motifs pour lesquels elle ne peut, en toute déférence, souscrire à la conclusion de la professeure Giesel de rejeter le privilège d’intérêt commun relatif au litige ni aux motifs prononcés par les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* justifiant le maintien du privilège d’intérêt commun consultatif. Dans les deux cas, le désaccord de la Cour repose sur ce qu’elle qualifie de défaut de reconnaître que le privilège d’intérêt commun relatif au litige repose sur le privilège relatif au litige, qui a une raison d’être différente de celle du secret professionnel de l’avocat relatif aux consultations. La distinction entre les deux fondements théoriques sous-jacents permet au privilège d’intérêt commun d’être un principe acceptable dans le cadre de litiges, mais pas dans les cas de consultation juridique, notamment pour les opérations commerciales.

[175] Se fondant sur la même prémisse, la Cour ne peut également être d’accord avec les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* qui sont d’avis que puisque le principe du secret professionnel de l’avocat n’établit pas de distinction entre les litiges et les autres domaines du droit dans son application, le privilège d’intérêt commun consultatif devrait être accepté au même titre que le privilège d’intérêt commun relatif au litige. Les juges dissidents ne reconnaissent pas non plus la différence fondamentale entre le privilège relatif au litige et le privilège relatif

[176] The outcome of the distinction between the two forms of privilege is that litigation CIP is reasonably “coextensive”, or “consistent” in layman’s language, with litigation privilege. Conversely, advisory CIP is not reconcilable with SCP doctrine. Therefore, advisory CIP should logically and reasonably be rejected on this basis. Moreover, this conclusion is sufficient to reject advisory CIP, without the requirement to demonstrate that the costs of the privilege outweigh its alleged benefits. This conclusion flows from the rationale of SCP doctrine.

- (2) Should the Court consider whether CIP be confined to the litigation context?

[177] In response to the second direction from the Court providing the parties with the Giesel article and the *Ambac* decision that confined CIP to the litigation context, the respondents argue that because the parties were in agreement that there was no valid basis for the Court to consider the issue of confining CIP to the litigation context, the Court must limit its decision to “the issues as framed in the proceedings” (*Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3 (*Lipson*), at paragraphs 43 and 44):

My colleague Rothstein J. agrees that the impugned transactions fall afoul of the *Income Tax Act* but would nevertheless refer the reassessment back to the Minister on the ground that the Minister ought to have relied on the specific anti-avoidance rule in s. 74.5(11) *ITA* instead of the GAAR. In my respectful view, this approach is not open to the Court in this case. Both parties have contended from the outset and reasserted in this Court that s. 74.5(11) *ITA*, on which Rothstein J. rests his conclusion, does not apply on the facts of this case.

aux consultations. Une fois cette distinction reconnue, il s’ensuit que l’application du privilège d’intérêt commun dans des litiges n’a aucune incidence sur son application dans les situations de consultation.

[176] Cette distinction entre les deux formes de privilège fait en sorte que le privilège d’intérêt commun relatif au litige « correspond » raisonnablement au privilège relatif au litige ou y est « conforme », pour utiliser la terminologie d’un non-juriste. En revanche, le privilège d’intérêt commun consultatif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat. Par conséquent, le privilège d’intérêt commun consultatif devrait logiquement et raisonnablement être rejeté pour ces raisons. De plus, cette conclusion suffit à rejeter le privilège d’intérêt commun consultatif sans qu’il soit nécessaire de démontrer que les coûts du privilège dépassent les avantages allégués. Elle découle de la raison d’être du principe du secret professionnel de l’avocat.

- 2) La Cour devrait-elle évaluer si le privilège d’intérêt commun devrait être limité aux litiges?

[177] En réponse à la deuxième directive de la Cour dans le cadre de laquelle les parties ont reçu l’article de la professeure Giesel et l’arrêt *Ambac* qui confinaient le privilège d’intérêt commun aux litiges, les défendeurs soutiennent qu’étant donné que les parties s’entendaient sur le fait qu’il n’y avait aucun fondement valide justifiant que la Cour examine la question de la limitation du privilège d’intérêt commun aux litiges, celle-ci doit restreindre sa décision aux « questions en litige selon leur formulation dans les actes de procédure » (*Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3 (*Lipson*), aux paragraphes 43 et 44) :

Mon collègue le juge Rothstein reconnaît que les opérations litigieuses vont à l’encontre de la *LIR*. Il est néanmoins d’avis de renvoyer la nouvelle cotisation au ministre au motif que ce dernier aurait dû s’appuyer sur la règle anti-évitement particulière prévue au par. 74.5(11) de la *LIR* au lieu de la RGAÉ. À mon humble avis, une telle avenue ne s’offre pas à notre Cour en l’espèce. Les deux parties soutiennent depuis le début que le par. 74.5(11) de la *LIR*, sur lequel le juge Rothstein fonde sa conclusion, ne s’applique pas eu égard aux faits, et elles l’ont confirmé devant notre Cour.

Although I agree with Rothstein J. that this Court is not bound to adopt, on a question of law, an interpretation on which the parties agree, it is quite another matter to settle their dispute on a basis of a construction and an application of the statute expressly disavowed by all parties throughout the proceedings. Our decision must turn on the issues as framed in the proceedings and litigated in the courts below and on appeal to this Court. The issue in these appeals was whether the GAAR applies to the impugned transactions. [Emphasis added.]

[178] I disagree with the respondents' submission, as the circumstances herein are highly distinguishable from those in *Lipson*. First, this is not a situation where the issue was "disavowed by all parties throughout the proceedings" [at paragraph 44] and only raised before the Supreme Court. The proceedings were not even terminated before the Court brought the *Ambac* decision to the parties' attention. This was done because the *ratio* and the discussions in *Ambac* are highly relevant and useful for this Court, and any court that might hear this matter should it be appealed.

[179] In terms of procedural fairness, the parties have been provided with the decision for the purpose of seeking their comments. It has no impact on the factual foundation of this case, relating only to the legal issues arising therefrom. The Court is master of its legal domain and to a certain extent has a duty to explore all the relevant legal issues of a case in order to provide a fulsome decision to the parties and a proper foundation for consideration on appeal, as long as it does so fairly. Accordingly, the Court rejects the respondents' submission that a court may not consider, and apply if necessary, all issues of legal interest arising out of the *Ambac* decision.

[180] It is difficult to sort out many of the principles relating to SCP where advisory CIP has been accepted without considering its application in the litigation

Je conviens avec le juge Rothstein que lorsqu'elle est saisie d'une question de droit, notre Cour n'est pas tenue d'acquiescer à une interprétation sur laquelle s'entendent les parties, mais c'est tout autre chose que de statuer sur le différend qui les oppose en s'appuyant sur une interprétation et une application législatives qu'elles ont toutes deux expressément rejetées au fil des différentes instances. Nous devons trancher les questions en litige selon leur formulation dans les actes de procédure et lors des débats devant les tribunaux inférieurs et en appel devant notre Cour. La question en litige dans le cadre des présents pourvois est celle de savoir si la RGAÉ s'applique aux opérations en cause. [Non souligné dans l'original.]

[178] Je ne suis pas en accord avec la prétention des défendeurs, car les circonstances en l'espèce sont très différentes de celles dans l'arrêt *Lipson*. Premièrement, il ne s'agit pas d'une situation où la question a été rejetée par toutes les parties « au fil des différentes instances » [au paragraphe 44] et où elle a été soulevée uniquement devant la Cour suprême. Les instances n'étaient même pas terminées avant que notre Cour porte l'arrêt *Ambac* à l'attention des parties. L'arrêt *Ambac* a été soulevé parce que le *ratio decidendi* et les discussions qu'elle contient sont très pertinents et utiles pour notre Cour et pour tout tribunal susceptible d'instruire cette affaire si elle est portée en appel.

[179] En ce qui concerne l'équité procédurale, la décision a été communiquée aux parties en vue de recueillir leurs commentaires. Cela n'a aucune incidence sur le fondement factuel de la présente affaire, portant uniquement sur les questions juridiques qui en découlent. La Cour est maître de son terrain du droit et, dans une certaine mesure, a l'obligation d'explorer toutes les questions juridiques pertinentes d'une affaire afin de rendre une décision complète aux parties et d'offrir un fondement approprié dont il pourra être tenu compte en appel, tant qu'elle le fait de façon juste. En conséquence, la Cour rejette la thèse des défendeurs selon laquelle un tribunal ne peut pas examiner, ni appliquer au besoin, toutes les questions d'intérêt juridique découlant de l'arrêt *Ambac*.

[180] Il est difficile de démêler bon nombre des principes liés au secret professionnel de l'avocat lorsque le privilège d'intérêt commun consultatif a été accepté

context as opposed to an advisory context. To a certain extent the Court is required to consider the dissent's contention in *Ambac* that SCP makes no distinction between litigation and non-litigation related matters, and therefore, that CIP is a defence to waiver, which tends to support the respondents' position.

[181] It is evident from the Supreme Court decision of *Blank* and how litigation confidentiality operates in the adversarial context, that litigation privilege law is strikingly different from that of SCP to the point that it is irrelevant to any issue relating to the legitimacy of advisory CIP. SCP doctrine appears to have been developed entirely with advisory circumstances in mind and thus, with little regard to the confidentiality requirements in the litigation context. Consideration of the comparative situation of the two practice areas of SCP is therefore useful to understand why advisory CIP stands alone as a doctrine, related only to SCP law, and that rejecting it does not entail rejecting litigation CIP.

(3) The Rationale and Purposes of Litigation Privilege and Advisory SCP are Fundamentally Different

[182] As explained by the Supreme Court of Canada in *Blank*, at paragraph 7, litigation privilege and SCP are “distinct conceptual animals and not ... two branches of the same tree”. While the *ratio* of *Blank* relates to whether litigation privilege is permanent or expires at the conclusion of litigation, its averments on the distinctions between litigation privilege and SCP inform the conclusions this Court reaches concerning the legitimacy of litigation CIP versus that of advisory SCP. Paragraphs 6–8 of *Blank* are first cited in this regard:

sans que soit examinée son application dans le contexte des litiges plutôt que dans un contexte de consultation. Dans une certaine mesure, la Cour est tenue d'examiner le point de vue des juges dissidents dans l'arrêt *Ambac* selon lequel le secret professionnel de l'avocat n'établit pas de distinction entre les affaires contentieuses et celles qui ne le sont pas et par conséquent, que le privilège d'intérêt commun est un moyen de défense à la renonciation, ce qui tend à soutenir la thèse des défendeurs.

[181] Il ressort clairement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Blank* et de la façon dont la confidentialité des litiges s'applique dans le contexte accusatoire que le droit du privilège relatif au litige est remarquablement différent de celui du secret professionnel de l'avocat, au point qu'il est inutile dans le cadre de toute question relative à la légitimité du privilège d'intérêt commun consultatif. Le principe du secret professionnel de l'avocat semble avoir été développé entièrement sur le fondement de circonstances consultatives et par conséquent, peu d'attention a été accordée aux exigences en matière de confidentialité dans les litiges. Un examen de la situation comparative des deux secteurs de pratique du secret professionnel de l'avocat est donc utile afin de comprendre pourquoi le privilège d'intérêt commun consultatif constitue un principe indépendant, lié seulement au droit du secret professionnel de l'avocat, et comprendre que son rejet n'entraîne pas le rejet du privilège d'intérêt commun relatif au litige.

3) La raison d'être et les objectifs du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat relatif aux consultations sont fondamentalement différents

[182] Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blank*, au paragraphe 7, le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat sont des « concepts distincts, et non [...] deux composantes d'un même concept ». Bien que le *ratio decidendi* de l'arrêt *Blank* porte sur la question de savoir si le privilège relatif au litige est permanent ou expire à la fin du litige, ses allégations sur les distinctions entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat orientent les conclusions que notre Cour tire concernant la légitimité

du privilège d'intérêt commun relatif au litige par rapport au secret professionnel de l'avocat relatif aux consultations. Les paragraphes 6 à 8 de l'arrêt *Blank* sont les premiers cités à cet égard :

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

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

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

[183] The Supreme Court describes, at paragraphs 24–28, the policy rationale for each privilege in respect of the legal consequences flowing from the two forms of privilege:

Thus, the Court explained in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, and has since then reiterated, that the solicitor-client privilege has over the years evolved from a rule of evidence to a rule of substantive law. And the Court has consistently emphasized the breadth and primacy of the solicitor-client privilege: see, for example, *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada*

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

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

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

[183] La Cour suprême décrit, aux paragraphes 24 à 28, les considérations de principe de chaque privilège à l'égard des conséquences juridiques découlant des deux formes de privilège :

Ainsi, la Cour a expliqué dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et a réitéré depuis, que le secret professionnel de l'avocat a d'abord été une règle de preuve qui s'est transformée au fil des ans en une règle de fond. En outre, la Cour n'a pas cessé d'insister sur l'étendue et la primauté du secret professionnel de l'avocat. Voir par exemple : *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14;

(Attorney General), [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; and *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31. In an oft-quoted passage, Major J., speaking for the Court, stated in *McClure* that “solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (para. 35).

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

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

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

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

It is crucially important to distinguish litigation privilege from solicitor-client privilege. There are, I suggest, at least three important differences between the two. First, solicitor-client privilege applies only to

*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; et *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31. Dans un extrait souvent cité de l’arrêt *McClure*, le juge Major, s’exprimant au nom de la Cour, a dit que « le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 35).

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

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

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

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

[TRADUCTION] Il est crucial de faire la distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat. Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux.

confidential communications between the client and his solicitor. Litigation privilege, on the other hand, applies to communications of a non-confidential nature between the solicitor and third parties and even includes material of a non-communicative nature. Secondly, solicitor-client privilege exists any time a client seeks legal advice from his solicitor whether or not litigation is involved. Litigation privilege, on the other hand, applies only in the context of litigation itself. Thirdly, and most important, the rationale for solicitor-client privilege is very different from that which underlies litigation privilege. This difference merits close attention. The interest which underlies the protection accorded communications between a client and a solicitor from disclosure is the interest of all citizens to have full and ready access to legal advice. If an individual cannot confide in a solicitor knowing that what is said will not be revealed, it will be difficult, if not impossible, for that individual to obtain proper candid legal advice.

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

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

[184] The principal conclusion this Court draws from *Blank* is that although the case law regarding CIP does not make a distinction between litigation privilege and SCP, there are nonetheless fundamental differences in the rationales underlying the two forms of privilege. One is to protect the adversarial process, the other to protect the solicitor-client relationship. SCP is all

Premièrement, le secret professionnel de l’avocat ne s’applique qu’aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif au litige, en revanche, s’applique aux communications à caractère non confidentiel entre l’avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d’une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l’avocat existe chaque fois qu’un client consulte son avocat, que ce soit à propos d’un litige ou non. Le privilège relatif au litige, en revanche, ne s’applique que dans le contexte du litige lui-même. Troisièmement, et c’est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l’avocat est très différent de celui du privilège relatif au litige. Cette différence mérite qu’on s’y arrête. L’intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l’intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un avocat. Si une personne ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu’elle lui confie ne sera pas révélé, il lui sera difficile, voire impossible, d’obtenir en toute franchise des conseils juridiques judiciaires.

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

(« Claiming Privilege in the Discovery Process », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, p. 164-165) [Non souligné dans l’original.]

[184] La conclusion principale que tire la Cour de l’arrêt *Blank* est que même si la jurisprudence relative au privilège d’intérêt commun n’établit pas de distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat, il existe néanmoins des différences fondamentales dans le fondement de ces deux formes de privilège. L’un a pour but de protéger le processus accusatoire,

about the relationship. These differences legitimize the grounds for accepting litigation CIP to expand the scope of the privilege as a strategic adversarial consideration in the litigation context by providing an exception to waiver, a rationale that does not apply to advisory CIP.

[185] This distinction between what is described here as litigation and advisory CIP has also been recognized in Hubbard et al., *The Law of Privilege in Canada*, Vol. 2 (Toronto: Thomson Reuters, 2006) (loose-leaf revision 36: November 2016), at §12.240 (Hubbard et al.), when commenting on the decision in *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34 (*Canmore Mountain Villas*). They explain that litigation CIP and the CIP exception to waiver of SCP are often confused, but are two different concepts:

The decision of the court in *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, underscored the potential confusion that can arise between common interest privilege and the common interest exception to privilege. The context of the case was the commencement of proceedings against a number of parties, arising from an alleged deal concluded among the plaintiff, the Province and the Town of Canmore. The Province claimed common interest privilege over documents relating to communication between the Town and the Province about the proposed deal to transfer land from the Province to the Town. Both representatives of the Town and Province had sought legal advice on this issue and referenced the work product of counsel. The court held:

The common interest privilege is not dependent on an interest shared by the parties in ongoing or anticipated litigation. Common interest privilege has broader application than that. It is not dependent upon the parties being engaged in an adversarial system and sharing a common interest. This notion was rejected by Lowry, J. in *Fraser Milner Casgrain, LLP and Minister of National Revenue*, [2002] 11 W.W.R. 682

l'autre de protéger la relation avocat-client. Le secret professionnel de l'avocat ne vise que cette relation. Ces différences rendent légitimes les motifs justifiant l'acceptation du fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige étend la portée du privilège à titre de considération accusatoire stratégique dans le contexte du litige, en offrant une exception à la renonciation, à un fondement qui ne s'applique pas au privilège d'intérêt commun consultatif.

[185] La distinction entre ce qui est décrit en l'espèce comme le privilège d'intérêt commun consultatif et celui relatif au litige a aussi été reconnue dans l'ouvrage Hubbard et al., *The Law of Privilege in Canada*, vol. 2 (Toronto : Thomson Reuters, 2006) (feuille mobile 36 : novembre 2016), au paragraphe 12.240 (Hubbard et autres), où les auteurs ont commenté la décision rendue dans *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34 (*Canmore Mountain Villas*). Ils y expliquent que le privilège d'intérêt commun relatif au litige et le privilège d'intérêt commun qui constitue une exception à la renonciation au secret professionnel de l'avocat sont souvent confondus, mais sont deux concepts différents :

[TRADUCTION] La décision de la Cour dans *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)* soulignait la confusion possible pouvant survenir entre le privilège d'intérêt commun et l'exception d'intérêt commun au privilège. Le contexte de l'affaire était une poursuite intentée contre un certain nombre de parties à la suite d'un marché allégué conclu entre la plaignante, la province et la ville de Canmore. La province revendiquait un privilège d'intérêt commun à l'égard de documents se rapportant à des communications entre la ville et la province concernant le marché proposé de céder des terrains de la province à la ville. Les deux représentants de la ville et de la province avaient demandé un avis juridique sur cette question et avaient fait référence au produit du travail de l'avocat. La Cour a conclu :

Le privilège d'intérêt commun ne dépend pas d'un intérêt que partagent les deux parties à l'égard d'un litige en cours ou anticipé. Le privilège d'intérêt commun a une application plus générale. Il n'exige pas que les parties soient engagées dans un système accusatoire et partagent un intérêt commun. Cette notion a été rejetée par le juge Lowry dans l'arrêt *Fraser Milner Casgrain, LLP and Minister of National Revenue*,

(B.C. Supreme Court). At para. 13 and 14, the following is found:

“The respondent maintains that common interest privilege can only arise where there is a common interest in actual or anticipated litigation. The promotion of the adversary system is, it says, the only justifiable rationale.” “I cannot accept that to be so. To my mind, the economic and social values inherent in fostering commercial transactions merit the recognition of a privilege that is not waived when documents prepared by professional advisers, for the purpose of giving legal advice, are exchanged in the course of negotiations. Those engaged in commercial transactions must be free to exchange privileged information without fear of jeopardizing the confidence that is critical to obtaining legal advice.”

The court found that common interest privilege applied because communications were clearly directed to completing the transaction between the Town and the Province and the representatives confidentially discussed the transfer and took positions based on legal advice sought and given that would protect their respective interests.

This description by the court sounds closer to the common interest exception to solicitor-client privilege, even though the protection was claimed in the context of litigation and was called common interest privilege. This demonstrates the confusion between the two concepts that can sometimes result. [Footnotes omitted.]

[186] In addition, the Court is of the view that in *Canmore Mountain Villas*, the Minister properly pleaded the distinction between litigation CIP and adversary CIP based on the different underlying rationales. Having been rejected, it is assumed that the Minister chose not to advance the same argument in this Court, no doubt because *Pitney Bowes* relied on the same rationale to reject the submission—i.e. that the economic and social values inherent in fostering commercial transactions supports advisory CIP. The Court disagrees that this rationale can support advisory CIP.

[2002] 11 W.W.R. 682 (Cour suprême de la C.-B.), s’exprimant ainsi aux paragraphes 13 et 14 :

« L’intimé soutient que le privilège d’intérêt commun ne peut survenir que lorsqu’il existe un intérêt commun à l’égard d’un litige existant ou anticipé. La promotion du système accusatoire est, nous dit-on, le seul fondement justifiable. » « Je ne peux pas accepter qu’il en soit ainsi. J’estime que les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des opérations commerciales justifient la reconnaissance d’un privilège auquel on n’a pas renoncé lorsque des documents préparés par des conseillers professionnels, dans le but de fournir un avis juridique, sont échangés dans le cadre de négociations. Les parties qui effectuent les opérations commerciales doivent être libres d’échanger des renseignements privilégiés sans craindre de mettre en péril la confiance qui est essentielle à l’obtention d’un avis juridique. »

La Cour a conclu que le privilège d’intérêt commun s’appliquait parce que les communications visaient clairement à réaliser l’opération entre la ville et la province, et que les représentants avaient discuté de la cession en toute confidentialité et avaient pris position en fonction de l’avis juridique demandé et fourni qui protégerait leurs intérêts respectifs.

Cette description donnée par la Cour semble plus près de l’exception d’intérêt commun au privilège du secret professionnel de l’avocat, même si la protection a été revendiquée dans le contexte d’un litige et qu’on lui a donné le nom de privilège d’intérêt commun. Cela démontre la confusion que cela peut parfois entraîner entre les deux concepts. [Notes en bas de pages omises.]

[186] Par ailleurs, la Cour est d’avis que dans la décision *Canmore Mountain Villas*, le ministre a adéquatement fait valoir la distinction entre le privilège d’intérêt commun lié aux litiges et le privilège d’intérêt commun lié aux consultations en se basant sur des fondements différents. Cet argument ayant été rejeté, on suppose que le ministre a choisi de ne pas le présenter de nouveau devant la Cour, sans doute parce que dans la décision *Pitney Bowes*, le juge s’était appuyé sur le même fondement pour rejeter la prétention, c.-à-d. que les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des opérations commerciales justifient la reconnaissance du privilège d’intérêt commun consultatif. Notre Cour n’est pas d’accord que ce raisonnement peut appuyer le privilège d’intérêt commun consultatif.

[187] The primary purpose of the confidentiality provided by litigation privilege, which is only temporary, is to protect litigation strategies in the adversarial process. Due to the strategic nature of the adversarial legal process, litigation cannot be conducted without maintaining the confidentiality of solicitor-client and other communications necessary to the adversarial process of litigation. It is very important, therefore, to stress that confidentiality is intrinsic and essential to litigation strategy which is a fundamental component of the adversarial system. Were it otherwise, it would be tantamount to showing your cards in a poker game.

[188] It is also notable that with regard to litigation privilege, in contradistinction to the rationale of SCP, the lawyer does not always want “full and frank” disclosure from the client—often just the opposite. Too fulsome disclosure could result in limiting the lawyer’s ability to represent the client. For example, criminal lawyers in particular, will normally discourage unknown admissions against interest by the client. If the admissions are revealed, this could hinder the lawyer’s ability to introduce evidence or make submissions contradicting the statements without being concerned about participating in a fraud on the court. I think it may be generally stated that litigation lawyers are satisfied with knowing everything they can obtain from their clients that can be ethically employed to assist them succeed in the legal proceeding.

[189] On the other hand, in terms of encouraging disclosure from the client and the self-interest in the desire to succeed in the litigation, it would only be in the rarest of situations that the client needed confidentiality to provide the litigation lawyer with every bit of helpful information that could be thought of. The confidentiality of the communications would likely have little effect in encouraging information that otherwise would not be forthcoming, if of assistance in the litigation.

[187] L’objectif principal de la confidentialité qu’offre le privilège relatif au litige, qui n’est que temporaire, est de protéger les stratégies de litige dans le cadre du processus accusatoire. Étant donné la nature stratégique du processus juridique accusatoire, le litige ne peut être conduit sans préserver la confidentialité des communications entre l’avocat et son client et les autres communications qui sont nécessaires au processus accusatoire des litiges. Il est donc très important de souligner que la confidentialité est intrinsèque et essentielle à la stratégie du litige, qui est une composante fondamentale du système accusatoire. S’il en était autrement, cela reviendrait à montrer vos cartes au poker.

[188] Il y a également lieu de mentionner qu’en ce qui concerne le privilège relatif au litige, contrairement au fondement du secret professionnel de l’avocat, l’avocat ne veut pas toujours une divulgation « complète et franche » de la part de son client; il veut parfois le contraire. Une divulgation trop complète pourrait limiter la capacité de l’avocat à représenter le client. Par exemple, les avocats au criminel notamment n’encourageront pas en général leur client à faire des aveux contre leur intérêt. Si ces aveux sont révélés, cela pourrait nuire à la capacité de l’avocat de présenter des éléments de preuve ou des prétentions qui contredisent les déclarations sans craindre de participer à une fraude contre la Cour. Je crois que l’on peut dire en général que les avocats plaidants se contentent d’obtenir auprès de leurs clients tous les renseignements qui peuvent être utilisés de manière éthique pour les aider à avoir gain de cause.

[189] Par ailleurs, en ce qui concerne le fait d’inciter le client à divulguer des renseignements et son intérêt à vouloir obtenir gain de cause, ce ne serait que dans les cas les plus rares que le client aurait besoin de protéger la confidentialité de ses aveux pour fournir à l’avocat plaidant tout renseignement utile auquel il pourrait penser. La confidentialité des communications favoriserait probablement peu la divulgation de renseignements qui autrement n’auraient pas été divulgués s’ils peuvent être utiles au litige.

(4) Communications in Anticipation of Litigation Are Distinct from Those that Anticipate Creating Litigation

[190] Many of the cases where the litigation and advisory CIP distinction arises concern discussions around “anticipated litigation”. There is no difference between litigation-related circumstances when litigation has started and when seen to be reasonably anticipated or pending. The foundation is the same: it is all about protecting the strategic nature of the communications in accordance with the adversarial rules that govern the legal process. Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate.

[191] Despite the fact that anticipated litigation is not a circumstance that officially supports advisory CIP, it nevertheless appears to be the only situation where it can be said to enable transactions. This follows from the fact that the privilege only serves any purpose when applied once litigation commences from the transaction that was the subject matter of the privilege. Indeed, it is the Court’s view that the principal *raison d’être* of legal advisory CIP is in the anticipation of creating litigation because of the nature of the transaction that the privilege really protects, i.e. transactions of questionable legality. This issue will be taken up in detail below when considering the necessity of advisory CIP in enabling transactions.

[192] This conclusion is confirmed by remarks of respondents’ counsel from the frank discussions at the hearing when he stated as follows:

When Abacus said we would buy your shares for such and such a price, that assumes certain tax consequences will follow and that’s [what] they can base their price on. If you don’t get the tax consequence the prices are the wrong price. The value that they’re offering is assuming a certain tax result, so you have to have tax lawyers go

4) Les communications en prévision d’un litige sont distinctes de celles dont on prévoit qu’elles susciteront un litige

[190] Bon nombre des cas où la distinction entre le privilège d’intérêt commun consultatif et celui relatif aux consultations est soulevée concernent des discussions entourant un « litige anticipé ». Il n’y a aucune différence entre les circonstances liées au litige lorsque le litige a été engagé et lorsqu’il semble être raisonnablement anticipé ou en cours. Le fondement est le même : le but est de protéger la nature stratégique des communications conformément au principe de la contradiction qui régit le processus judiciaire. Le privilège relatif au litige est basé sur le besoin d’une zone protégée destinée à faciliter, pour l’avocat, l’enquête et la préparation du dossier en vue de l’instruction contradictoire.

[191] Malgré le fait que le litige anticipé ne soit pas une circonstance qui justifie officiellement le privilège d’intérêt commun consultatif, il semble néanmoins être la seule situation où l’on peut dire qu’il facilite les opérations. Cela découle du fait que le privilège n’atteint son but que lorsqu’il est appliqué suite à l’introduction d’un litige à l’égard de l’opération qui faisait l’objet du privilège. En effet, notre Cour est d’avis que la principale raison d’être du privilège d’intérêt commun consultatif se trouve dans la perspective de susciter un litige en raison de la nature de l’opération que le privilège protège réellement; c.-à-d. les opérations dont la légalité est douteuse. Cette question sera abordée en détail ci-après lorsqu’il sera question de la nécessité du privilège d’intérêt commun consultatif pour réaliser des opérations.

[192] Cette conclusion est confirmée par les remarques que l’avocat des défendeurs a faites dans le cadre des discussions franches tenues à l’audience, où il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsqu’Abacus a dit que nous achèterions nos actions à tel ou tel prix, cela tenait compte de certaines conséquences fiscales sur lesquelles ils pouvaient établir leur prix. Sans les conséquences fiscales, les prix ne sont pas les bons. La valeur qu’ils offrent tient compte d’un certain résultat fiscal. Des avocats

through the transaction to make sure you're getting that result. That's what the memo does.

The Memo, if I could put it this way, is essentially a roadmap saying we did step one, and here are the tax consequences. We are going to do step one in three days and here's what we think the tax consequences will be. We're going to do step two, here are the tax consequences. It's a roadmap to the CRA to go in and to look at it and say are we going to challenge this tax analysis or not – do we agree with this analysis or not. It's a roadmap to the CRA to come in and to tell them every way to challenge the tax result of the transaction. [Emphasis added.]

[193] The principal points of difference where litigation is contemplated in the two forms of CIP are those of timing and purpose. Litigation privilege initially arises only after the occurrence of facts that give rise to an anticipation of litigation. The lawyers' communications and other work are to serve a strategic purpose of better outcomes in the litigation in accordance with the dictates of the adversarial regime and in the interests of the client. Common interest communications with fellow lawyers representing other clients are for the same strategic purpose of succeeding in the litigation. CIP and litigation privilege therefore, share the same rationales and purposes.

[194] In contradistinction to litigation privileges, advisory CIP occurs before the facts that will give rise to the litigation have occurred. Its supposed purpose is to promote transactions by confidentiality, but the real advantage of CIP occurs when it is applied at trial. In other words, the real purpose of advisory CIP in enabling transactions occurs when the parties anticipate litigation occurring as a result of the transaction that they are negotiating, such as described by respondents' counsel above. This purpose is purely strategic, to keep the evidence of their privileged communications out of the anticipated trial so as to improve their chance of success.

fiscalistes doivent donc examiner l'opération afin de s'assurer que l'on obtient ce résultat. C'est à ça que sert la note de service.

La note de service, si je puis dire, est essentiellement une feuille de route indiquant que nous avons franchi la première étape et en voici les conséquences fiscales. Nous réaliserons la première étape en trois jours et voici ce que nous prévoyons comme conséquences fiscales. À la deuxième étape, voici les conséquences fiscales. Il s'agit d'une feuille de route qui permet à l'ARC de vérifier si elle a l'intention de contester cette analyse fiscale ou non ou de se demander si elle est d'accord avec cette analyse ou non. Cette feuille de route pour l'ARC lui permet d'intervenir et de l'informer de toutes les façons de contester les conséquences fiscales de l'opération. [Non souligné dans l'original.]

[193] Les principaux points de différence des deux formes de privilège d'intérêt commun lorsqu'un litige est envisagé visent le choix du moment et l'objectif. Le privilège relatif au litige ne prend naissance qu'après les faits qui donnent lieu à un litige prévu. Les communications des avocats et les autres documents ont pour objectif stratégique d'obtenir de meilleurs résultats durant le litige, conformément aux impératifs du régime contradictoire et aux intérêts du client. Les communications d'intérêt commun avec d'autres avocats qui représentent d'autres clients ont le même objectif stratégique d'obtenir gain de cause. Par conséquent, le privilège d'intérêt commun et le privilège relatif au litige partagent la même motivation et le même objectif.

[194] Contrairement au privilège relatif au litige, le privilège d'intérêt commun consultatif naît avant les faits qui donneront lieu au litige. Son objectif présumé est de favoriser des opérations en assurant leur confidentialité, mais l'avantage réel est obtenu lorsque le privilège est appliqué lors d'un procès. Autrement dit, l'objectif réel du privilège d'intérêt commun consultatif en permettant des opérations se réalise lorsque les parties anticipent un litige à la suite de l'opération qu'elles sont en train de négocier, comme l'a décrit l'avocat des défendeurs précédemment. Cet objectif est purement stratégique, soit d'exclure la preuve de leurs communications privilégiées du procès prévu afin d'améliorer leurs chances de succès.

[195] This purpose is incompatible with SCP doctrine. It is to encourage disclosure to encourage compliance, which includes preventing litigation. It is not to encourage transactions that anticipate creating litigation, and thereafter afford a strategic advantage to the allied parties by keeping relevant evidence about how the transactions was negotiated out of the trial.

[196] Having made this point, I respectfully disagree with the dissent in *Ambac* when it claims that “[n]o rational basis exists to recognize the expectations for maintaining confidences in the former [litigation CIP] but not the latter [advisory CIP]”. The comment, in its context, is as follows (*Ambac*, at page 637):

.... However, the majority fails to identify any distinction between coparties or persons who reasonably anticipate litigation, and parties committed to the completion of a merger. Both are incentivized to cooperate in order to secure a mutually beneficial outcome — one a successful litigation outcome, the other a successful commercial outcome. No rational basis exists to recognize the expectations for maintaining confidences in the former but not the latter. [Emphasis added.]

[197] The rationale of litigation privilege, which extends to the anticipation of litigation, serves the purpose of upholding the strategic adversarial trial process, while the rationale of litigation CIP serves that same purpose. If one wishes to see them both as outcome-based given the nature of litigation, that is fine. SCP however, serves the purpose of maintaining the solicitor-client relationship, while the dissent in *Ambac* argues that advisory CIP upholds the successful outcome of negotiating contracts. There is no rational basis in SCP doctrine that pertains to any outcome from the lawyer-client relationship that it upholds. SCP doctrine is about maintaining the solicitor-client relationship. There is no similarity

[195] Cet objectif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat. Il vise à promouvoir la divulgation pour favoriser la conformité, et notamment prévenir un litige. Il ne vise pas à promouvoir des opérations pour lesquelles on prévoit qu’elles susciteront un litige, et ainsi accorder un avantage stratégique aux parties alliées en empêchant la divulgation d’éléments de preuve pertinents sur la façon dont les opérations ont été négociées lors du procès.

[196] Ayant expliqué ce point, je ne puis être d’accord avec les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* lorsqu’ils prétendent [TRADUCTION] « qu’il n’existe aucun fondement rationnel pour reconnaître les attentes en ce qui trait à la préservation des renseignements confidentiels dans la première situation (privilège d’intérêt commun relatif au litige), mais pas dans la deuxième (privilège d’intérêt commun consultatif) ». Leur commentaire se lit ainsi, dans ce contexte (*Ambac*, à la page 637) :

[TRADUCTION] [...] Cependant, les juges majoritaires n’établissent pas de distinction entre les coparties ou les personnes qui prévoient raisonnablement un litige et les parties qui s’engagent à réaliser une fusion. Elles sont toutes encouragées à coopérer afin d’obtenir un résultat mutuellement avantageux : pour les premières, un gain de cause devant les tribunaux, pour les autres, une issue commerciale satisfaisante. Il n’y a aucun fondement rationnel pour reconnaître les attentes en ce qui a trait à la préservation des renseignements confidentiels dans la première situation, mais pas dans la deuxième. [Non souligné dans l’original.]

[197] Le fondement du privilège relatif au litige, qui s’étend au litige prévu, vise à confirmer le processus judiciaire contradictoire stratégique, et le fondement du privilège d’intérêt commun relatif au litige poursuit le même objectif. Si l’on souhaite les voir comme des privilèges fondés sur des résultats en raison de la nature des litiges, qu’il en soit ainsi. Toutefois, le secret professionnel de l’avocat a pour objectif de maintenir la relation avocat-client, alors que les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* soutiennent que le privilège d’intérêt commun consultatif confirme l’issue satisfaisante de la négociation de contrats. Aucun fondement rationnel dans le principe du secret professionnel de l’avocat ne

whatsoever in the rational basis of SCP and that of advisory CIP based on outcomes. At best, an outcome of successful transactions would be a case-by-case argument that bears no relation to the rational basis of SCP.

(5) The Different Rationales of Litigation Privilege and SCP Result in Different Rationales for Whether to Recognize a CIP

[198] Unlike advisory communications, the benefits of litigation privilege to the administration of justice are neither indirect nor speculative. They are certain and direct, thereby reinforcing the adversarial process upon which our legal system is founded. This places the benefits of litigation privilege on the same scale, i.e. direct and necessary (as opposed to indirect and speculative for the disclosure benefit of SCP), as the privilege's cost by the obstruction to the production of evidence that may be relevant to the matter. In such circumstances, it is possible to assess in real time whether the benefits approximate or surpass the costs to the obstruction to justice caused by the privilege. For litigation CIP, the strategic benefits surpass the strategic loss of evidence to the other party. In part, this is because the benefits and costs are reciprocal to each party, as they may be said to be set off against each other as they apply equally to all the parties in litigation. Both sides require confidentiality in order to be able to strategize and participate effectively in the adversarial regime.

[199] The rationale and doctrine of litigation privilege ultimately favours shared confidential communications

vis l'issue de la relation avocat-client qu'il confirme. Le principe du secret professionnel de l'avocat porte sur le maintien de la relation avocat-client. Il n'y a absolument aucune similitude entre le fondement rationnel du secret professionnel de l'avocat et celui du privilège d'intérêt commun consultatif en fonction des résultats. Au mieux, un résultat d'opérations réussies serait un argument au cas par cas qui n'a aucun lien avec le fondement rationnel du secret professionnel de l'avocat.

5) Les différents fondements du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat entraînent des fondements différents pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître un privilège d'intérêt commun

[198] Contrairement aux communications faites dans le cadre de consultations, les avantages du privilège relatif au litige pour l'administration de la justice ne sont ni indirects ni spéculatifs. Ils sont plutôt certains et directs, et renforcent le processus accusatoire sur lequel notre système juridique est fondé. Cela place les avantages du privilège relatif au litige au même niveau, c.-à-d. directs et nécessaires (plutôt qu'indirects et spéculatifs comme l'est l'avantage relatif à la divulgation dans le cas du secret professionnel de l'avocat), que le coût du privilège découlant de l'obstruction à la production d'éléments de preuve qui pourraient être pertinents. Dans de telles circonstances, il est possible d'évaluer en temps réel si les avantages sont équivalents aux coûts de l'entrave à la justice provoquée par le privilège ou s'ils les dépassent. Pour ce qui est du privilège d'intérêt commun relatif au litige, les avantages stratégiques dépassent la perte stratégique d'éléments de preuve pour l'autre partie. Cela s'explique en partie parce que les avantages et les coûts sont réciproques pour chaque partie, car on peut dire qu'ils peuvent se compenser puisqu'ils s'appliquent également à toutes les parties au litige. Les deux côtés ont besoin de confidentialité pour pouvoir établir une stratégie et participer efficacement au régime contradictoire.

[199] Le fondement et le principe du privilège relatif au litige favorisent en fin de compte le partage de

with parties of a common strategic interest because it is seen as enhancing the strategic adversarial process as a whole.

[200] I believe this to be the implicit reasoning in *Ambac* and truly underlies the exemption it allowed for the disclosure of litigation confidences where a common legal interest exists, without terminating the privilege. For example, what the majority reasons describe as the basis for “the exception” to waiver in litigation CIP is the necessary strategical role it plays in promoting the adversarial regime (at page 628):

As an exception to the general rule that communications made in the presence of or to a third party are not protected by the attorney-client privilege, our current formulation of the common interest doctrine is limited to situations where the benefit and the necessity of shared communications are at their highest, and the potential for misuse is minimal. Disclosure is privileged between codefendants, coplaintiffs or persons who reasonably anticipate that they will become colitigants, because such disclosures are deemed necessary to mount a common claim or defense, at a time when parties are most likely to expect discovery requests and their legal interests are sufficiently aligned that “the counsel of each [i]s in effect the counsel of all” (*Chahoon*, 62 Va at 841-842). When two or more parties are engaged in or reasonably anticipate litigation in which they share a common legal interest, the threat of mandatory disclosure may chill the parties’ exchange of privileged information and therefore thwart any desire to coordinate legal strategy. In that situation, the common interest doctrine promotes candor that may otherwise have been inhibited. [Emphasis added.]

(6) Revisiting *Ambac* and Professor Giesel’s Article

[201] I reiterate my conclusion that the dissent’s reasons in *Ambac* are not sustainable when disagreeing

communications confidentielles avec des parties ayant un intérêt stratégique commun parce que cela renforce le processus accusatoire stratégique dans son ensemble.

[200] Je crois qu’il s’agit là du raisonnement implicite dans l’arrêt *Ambac* et qui sous-tend réellement l’exception qui a été accordée concernant la divulgation de renseignements confidentiels se rapportant au litige lorsqu’il existe un intérêt juridique commun, sans mettre fin au privilège. Par exemple, ce que les motifs des juges majoritaires décrivent comme le fondement de l’« exception » à la renonciation dans le cadre du privilège d’intérêt commun relatif au litige est le rôle stratégique nécessaire qu’il joue dans la promotion du régime contradictoire (à la page 628) :

[TRADUCTION] À titre d’exception à la règle générale selon laquelle les communications échangées en présence d’un tiers ou faites à un tiers ne sont pas protégées par le privilège du secret professionnel de l’avocat, notre formulation actuelle du principe de l’intérêt commun se limite aux situations où l’avantage et la nécessité des communications partagées sont au plus haut niveau, et la possibilité de mauvais usage est minime. Une communication est privilégiée entre les codéfendeurs, les codemandeurs ou les personnes qui prévoient raisonnablement devenir des coparties à un litige parce qu’une telle communication est jugée nécessaire à la création d’une réclamation ou d’une défense commune à un moment où les parties sont le plus susceptibles de s’attendre à des demandes de communication préalable et à ce que leurs intérêts juridiques soient suffisamment harmonisés pour que « l’avocat de l’un soit en fait l’avocat de tous » (*Chahoon*, 62 Va, aux paragraphes 841 et 842). Lorsqu’au moins deux parties participent à un litige ou prévoient raisonnablement un litige dans lequel elles partagent un intérêt commun, la menace de communication obligatoire peut refroidir l’échange de renseignements privilégiés entre elles et ainsi entraver toute volonté de coordonner une stratégie juridique. Dans cette situation, le principe de l’intérêt commun favorise la candeur qui aurait autrement pu être inhibée. [Non souligné dans l’original.]

6) Réexamen de l’arrêt *Ambac* et de l’article de la professeure Giesel

[201] Je réitère ma conclusion selon laquelle les motifs des juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* ne sont pas

with the majority reasons upholding litigation CIP because “[s]uch requirement does not derive from the common law roots of the attorney-client privilege, which lacks any litigation requirement” (*Ambac*, at page 636). As the Supreme Court has found in *Blank*, at paragraph 7, litigation and solicitor-client privileges are “distinct conceptual animals and not ... two branches of the same tree”. The distinction between the acceptance of litigation CIP and rejection of advisory CIP should comply with the underlying distinctions in their privilege rationales as was argued in *Canmore Mountain Villas*. In my view, it is upon this basis that the majority should have upheld litigation CIP and rejected advisory CIP.

[202] Another area of divergence that this Court has with both the majority and the dissent’s reasons in *Ambac* concerns the statement that SCP is “deemed essential to effective representation” (emphasis added). For example, the majority states as follows (*Ambac*, at page 623):

.... The oldest among the common law evidentiary privileges, the attorney-client privilege “fosters the open dialogue between lawyer and client that is deemed essential to effective representation” (*Spectrum Sys. Intl. Corp. v Chemical Bank*, 78 NY2d 371, 377 [1991]). [Emphasis added.]

[203] As the Supreme Court in *Blank* underscores in adopting Justice Sharpe’s statement on privilege, it is essential that SCP foster the solicitor-client relationship. This reflects Wigmore’s Second Criterion that the “element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties” [emphasis in original] (*Wigmore*, at § 2285). The distinction between it being essential to maintain the solicitor-client relationship, as opposed

adéquats lorsqu’il s’agit de rejeter les motifs exprimés par les juges majoritaires qui confirment le privilège d’intérêt commun relatif au litige parce qu’[TRADUCTION] « une telle exigence ne provient pas des racines de la common law du privilège du secret professionnel de l’avocat, qui ne comporte aucune exigence en matière de litige » (*Ambac*, à la page 636). Comme l’a jugé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Blank*, au paragraphe 7, le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat sont des « concepts distincts, et non [...] deux composantes d’un même concept ». La distinction entre l’acceptation du privilège d’intérêt commun relatif au litige et le rejet du privilège d’intérêt commun consultatif devrait être conforme aux distinctions sous-jacentes de leurs raisons d’être, comme cela a été soutenu dans la décision *Canmore Mountain Villas*. À mon avis, c’est sur ce fondement que les juges majoritaires auraient dû confirmer le privilège d’intérêt commun relatif au litige et rejeter le privilège d’intérêt commun consultatif.

[202] Un autre point sur lequel notre Cour n’est pas d’accord avec les juges majoritaires et les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* concerne la déclaration portant que le secret professionnel de l’avocat est [TRADUCTION] « considéré comme étant essentiel à une représentation efficace » (non souligné dans l’original). Par exemple, les juges majoritaires indiquent ce qui suit (*Ambac*, à la page 623) :

[TRADUCTION] [...] Le plus vieux des privilèges relatifs à la preuve en common law, soit le privilège du secret professionnel de l’avocat, « favorise un dialogue ouvert entre l’avocat et son client qui est considéré comme étant essentiel à une représentation efficace » (*Spectrum Sys. Intl. Corp. v Chemical Bank*, 78 NY2d 371, 377 [1991]). [Non souligné dans l’original.]

[203] Comme la Cour suprême le souligne dans l’arrêt *Blank* en adoptant la déclaration du juge Sharpe sur le privilège, il est essentiel que le secret professionnel de l’avocat favorise la relation entre l’avocat et son client. Cela reflète le deuxième critère de Wigmore selon lequel [TRADUCTION] « le caractère *confidentiel doit être un élément essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties » [italiques dans l’original] (*Wigmore*, au paragraphe 2285). La distinction

to essential to effective representation, seems minor at first blush. However, the point made by Professor Giesel is that it is only communications between the client and the lawyer that can be said to be essential to maintaining the relationship. Moreover, effective representation may result from various circumstances. No benefit to maintaining the relationship arises from the external legal advice of third parties, whether or not it leads to more effective representation. This point is taken up later when discussing the alleged benefits of advisory CIP.

[204] The Court's comments concerning the application of Professor Giesel's conclusions have already been voiced. While her excellent article appears to have provided the basis for reconsideration by the courts of advisory CIP, supported by a cost benefit analysis, her thesis does not apply to litigation CIP. If it does, then it must be on another basis than litigation CIP being essential to maintaining the lawyer client relationship by encouraging disclosure by the client.

[205] Accordingly, the Court concludes that the correct ground for rejecting advisory CIP is that it is not co-extensive and reconcilable with SCP requirements. This being the case, by the ordinary tenets of privilege law, there should be no need to proceed with a cost-benefit analysis of advisory CIP. The disclosure of confidential information either is compatible with SCP doctrine, or not. If not, the matter stops right there. Despite this conclusion, the remainder of these reasons carry out a cost benefit analysis of advisory CIP, given the precedents of Professor Giesel and the *Ambac* decision.

entre le fait que l'élément doit être un élément essentiel au maintien de la relation avocat-client par opposition à un élément essentiel à une représentation efficace semble mineure à première vue. Cependant, le point soulevé par la professeure Giesel est que ce ne sont que les communications entre le client et son avocat qui peuvent être considérées comme étant un élément essentiel au maintien de la relation. De plus, une représentation efficace peut découler de diverses circonstances. La prestation d'un avis juridique externe d'un tiers n'a aucun avantage pour le maintien de la relation, que cet avis mène à une représentation plus efficace ou pas. Ce point est repris plus tard lorsqu'il est question des avantages allégués du privilège d'intérêt commun consultatif.

[204] Les commentaires de la Cour concernant l'application des conclusions de la professeure Giesel ont déjà été exprimés. Bien que son excellent article semble avoir servi de fondement au réexamen par les tribunaux du privilège d'intérêt commun consultatif, avec l'appui d'une analyse coûts-avantages, sa thèse ne s'applique pas au privilège d'intérêt commun relatif au litige. Dans le cas contraire, alors elle doit se baser sur un autre fondement que le fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige est un élément essentiel au maintien de la relation avocat-client en favorisant la divulgation par le client.

[205] Par conséquent, notre Cour conclut que le motif correct sur lequel se fonder pour rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif est qu'il ne correspond pas aux exigences du secret professionnel de l'avocat et qu'il est incompatible avec ce dernier. Cela étant, d'après les limites ordinaires du droit du privilège, il ne devrait pas être nécessaire d'effectuer une analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif. La divulgation de renseignements confidentiels est soit compatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat, soit elle ne l'est pas. Si elle ne l'est pas, la question s'arrête ici. Malgré cette conclusion, la suite des présents motifs comporte une analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif étant donné les précédents que sont l'article de la professeure Giesel et l'arrêt *Ambac*.

VI. A Cost/Benefit Analysis of CIPA. *Cost Benefit Analysis Cannot be Applied to Graft Advisory CIP onto the Class Privilege of SCP*

[206] SCP as a class privilege is generic in application across the entire spectrum of legal advice. Its rationale is expressed in generic terms based upon a speculative scenario that persons claiming the privilege are never required to prove, because it cannot be proved, i.e. that confidentiality encourages disclosure. SCP provides an assumed speculative benefit to the administration of justice based on a possibility that fuller disclosure will result from the confidentiality of the communications resulting in better compliance with the law and better representation. Accordingly, there is no cost-benefit analysis in the application of SCP theory, because it is not possible to conduct one. All that is required to obtain the privilege is that the communications were made for the purpose of obtaining and providing lawful legal advice. But, it is for this reason that no cost benefit analysis can be applied to support CIP, unless on a case-by-case methodology. It is not logical or acceptable to create an exception to SCP doctrine using principles that do not apply to SCP itself.

[207] Moreover, under SCP the client is not required to demonstrate that confidentiality provides a benefit, because it is presumed to do so, as confidentiality is essential to the maintenance of the relationship. For that reason, a claim of advisory CIP cannot rely on the same speculative presumption. CIP communications, though confidential, are not essential to maintain the relationship. That is why CIP either adheres to the principles of SCP as a class privilege, or is otherwise invalid.

VI. Analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatifA. *L'analyse coûts-avantages ne peut pas être appliquée pour greffer le privilège d'intérêt commun consultatif au privilège générique du secret professionnel de l'avocat*

[206] Le privilège du secret professionnel de l'avocat est générique et s'applique à l'ensemble du spectre des avis juridiques. Sa raison d'être est exprimée en termes génériques en fonction d'un scénario spéculatif selon lequel les personnes qui revendiquent le privilège ne sont jamais tenues de le prouver parce qu'il ne peut être prouvé, c.-à-d. que la confidentialité incite à la divulgation. Le secret professionnel de l'avocat offre un avantage spéculatif présumé pour l'administration de la justice en fonction d'une possibilité qu'une divulgation complète découle de la confidentialité des communications, ce qui donnera lieu à une meilleure conformité au droit et à une meilleure représentation. Par conséquent, l'application de la théorie du secret professionnel de l'avocat n'entraîne aucune analyse coûts-avantages parce qu'il est impossible d'en réaliser une. Pour se prévaloir du privilège, il faut simplement que les communications soient faites dans le but d'obtenir et de fournir des conseils juridiques licites. Par contre, c'est pour cette raison qu'aucune analyse coûts-avantages ne peut s'appliquer pour étayer le privilège d'intérêt commun, à moins que cela ne soit en fonction d'une méthode individuelle. Il n'est ni logique ni acceptable de créer une exception au principe du secret professionnel de l'avocat à l'aide des principes qui ne s'appliquent pas au secret professionnel de l'avocat lui-même.

[207] En outre, conformément au secret professionnel de l'avocat, le client n'est pas tenu de démontrer que la confidentialité offre un avantage; elle est présumée le faire parce qu'elle constitue un élément essentiel au maintien de la relation. Pour ce motif, une revendication du privilège d'intérêt commun consultatif ne peut être fondée sur la même présomption spéculative. Les communications assujetties au privilège d'intérêt commun, bien qu'elles soient confidentielles, ne sont pas essentielles au maintien de la relation. C'est pourquoi le privilège d'intérêt commun doit respecter les principes

[208] This may explain why no cost benefit analysis is to be found in the jurisprudence supporting CIP. It would also explain why advisory CIP has only been supported by policy factors relevant to a case-by-case analysis that focus on a subset of significant and legally challenging commercial transactions that better lend themselves to policy submissions.

[209] In summary, CIP is being promoted using a cost-benefit analysis which is foreign and incompatible with SCP principles and how it is rationalized. The methodology is akin to a case-by-case approach. Moreover, when the factors in the analysis are benefits, either said to be to the administration of justice or enhancing economic and social values, the standard of proof is speculative. Such a speculative measure can only be rationalized when the benefit is essential to the maintenance of the relationship. It is the Court's view that such methodologies are tantamount to grafting a case-by-case analysis to a class privilege, while relying on a speculative measure that is insufficient to support advisory CIP.

*B. The Benefits of CIP to the Administration of Justice*

[210] Given the Court's understanding that any analysis related to SCP should be limited to factors affecting the administration of justice, or the legal system, the analysis of advisory CIP in this section will be confined to such factors. Accepting that external policy factors, in particular that of enabling commercial transactions are cited throughout the jurisprudence, the analysis of such factors will be carried out in the next section. The one exception relates to advisory CIP undermining the administration of justice when said to enable transactions that anticipate litigation. This is a cost to the administration of justice, as well as a detrimental policy factor that relates to transactional CIP.

du secret professionnel de l'avocat en tant que privilège générique, ou sinon il sera invalide.

[208] Cela pourrait expliquer pourquoi la jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun ne comporte aucune analyse coûts-avantages. Cela expliquerait aussi pourquoi le privilège d'intérêt commun consultatif n'a été étayé que de considérations de principe pertinentes à une analyse au cas par cas, qui met l'accent sur un sous-ensemble d'opérations commerciales importantes et juridiquement difficiles se prêtant mieux à des arguments de principe.

[209] En résumé, on fait la promotion du privilège d'intérêt commun à l'aide d'une analyse coûts-avantages qui est étrangère aux principes du secret professionnel de l'avocat, incompatible avec ceux-ci ainsi qu'avec la façon dont il est justifié. La méthode est semblable à une approche au cas par cas. De plus, lorsque les facteurs de l'analyse sont des avantages, soit pour l'administration de la justice, soit pour renforcer les valeurs économiques et sociales, la norme de preuve est spéculative. Une telle mesure spéculative ne peut être justifiée que lorsque l'avantage est essentiel au maintien de la relation. Selon la Cour, ces méthodes reviennent à greffer une analyse au cas par cas à un privilège générique, tout en se fondant sur une mesure spéculative qui est insuffisante pour étayer le privilège d'intérêt commun consultatif.

*B. Les avantages du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice*

[210] Étant donné que, d'après ce que la Cour comprend, toute analyse liée au secret professionnel de l'avocat devrait se limiter aux considérations ayant des répercussions sur l'administration de la justice, ou le système juridique, l'analyse du privilège d'intérêt commun consultatif dans la présente section se limitera à ces considérations. Reconnaisant le fait que des considérations de principe externes, notamment celle de la réalisation des opérations commerciales, sont citées dans toute la jurisprudence, l'analyse de ces considérations sera effectuée dans la prochaine section. La seule exception concerne le privilège d'intérêt commun consultatif nuisant à l'administration de la justice lorsqu'il permettrait des opérations pour lesquelles un litige est anticipé. Il

s'agit d'un coût pour l'administration de la justice, ainsi que d'une considération de principe préjudiciable relative au privilège d'intérêt commun transactionnel.

(1) The benefits to the administration of justice described in *Ambac*

1) Les avantages pour l'administration de la justice décrits dans l'arrêt *Ambac*

[211] In its reasons the dissent decision in *Ambac* referred to the generally widespread acceptance of CIP in a non-litigation context. Furthermore, the dissent challenged the majority's distinction between litigation and advisory CIP on the basis that no such distinction exists in SCP. The dissent opinion also described several benefits of advisory CIP that are relevant to the administration of justice. Principally, these relate to the encouragement of high quality disclosure to provide more effective representation leading to more compliant behaviour. The reasons also refer to avoiding disputes between allied clients concerning the completed commercial transaction and creating an expectation of privacy, on which latter subject, no more will be said.

[211] Dans l'arrêt *Ambac*, les juges dissidents ont fait mention, dans leurs motifs, de l'acceptation généralisée du privilège d'intérêt commun dans un contexte non litigieux. En outre, ils ont contesté la distinction établie par les juges majoritaires entre le privilège d'intérêt commun consultatif et celui relatif au litige pour le motif que cette distinction n'existe pas dans le secret professionnel de l'avocat. Les juges dissidents ont également décrit plusieurs avantages du privilège d'intérêt commun consultatif qui sont pertinents pour l'administration de la justice. Principalement, ces avantages visent la promotion d'une divulgation de grande qualité afin de fournir une représentation plus efficace menant à un comportement plus conforme. Dans leurs motifs, les juges parlent aussi d'éviter les conflits entre des clients alliés concernant l'opération commerciale réalisée et de créer une attente en matière de protection de leur vie privée, mais rien de plus ne sera dit sur ce dernier sujet.

[212] Reference to these benefits may be seen from the following passages taken from the *Ambac* dissent's reasons (at pages 633, 636, [637] and 641):

[212] Les passages suivants des motifs dissidents de l'arrêt *Ambac* (aux pages 633, 636, [637] et 641) font mention de ces avantages :

.... Given that the attorney-client privilege has no litigation requirement and the reality that clients often seek legal advice specifically to comply with legal and regulatory mandates and avoid litigation or liability, the privilege should apply to private client-attorney communications exchanged during the course of a transformative business enterprise, in which the parties commit to collaboration and exchange of client information to obtain legal advice aimed at compliance with transaction-related statutory and regulatory mandates.

[TRADUCTION] [...] Comme le privilège du secret professionnel de l'avocat ne comporte aucune exigence en matière de litige et comme, en réalité, les clients demandent souvent des avis juridiques spécialement pour se conformer à des mandats juridiques et réglementaires et éviter un litige ou une responsabilité, le privilège devrait s'appliquer aux communications privées entre l'avocat et son client, échangées lors d'une entreprise de transformation dans laquelle les parties s'engagent à collaborer et à échanger des renseignements sur le client afin d'obtenir un avis juridique visant à se conformer aux mandats législatifs et réglementaires applicables aux opérations.

...

[...]

The legal demands of a highly-regulated financial business environment affect the management of information

Les exigences juridiques d'un environnement commercial financier hautement réglementé ont une incidence sur

shared between client and attorney where separately represented parties work collaboratively towards a mutual goal of transforming existing business entities and relationships. Confidences shared with attorneys under an appropriate common law privilege may further compliance with legal mandates.

...

.... This application of the [common-interest] privilege functions as a narrowly crafted exception to third-party waivers in the merger context, and is justified because signatories to a pre-merger agreement are bound with a common interest in completion of the merger. In such case, the privilege would maximize the quality of disclosure necessary for accurate and competent representation leading to compliance with regulatory and legal mandates. In other words, the privilege encourages parties committed to a merger to disclose confidential information to avoid submission of incomplete or noncompliant documents.

...

The attorney-client privilege is a long-standing exception to the general rule promoting discovery as part of the truth-finding process, and one tolerated because it serves the individual and societal goals of furthering the proper administration of justice by encouraging the free flow of information essential to legal representation. It has never been limited to client communications involving pending or anticipated litigation. Even so, the privilege is deemed waived where a client shares information with a third party, under circumstances that reflect the client's disinterest in the continued protection of the confidences. However, where parties to a merger seek to comply with legal requirements and agree to treat as confidential any exchanges of information made for purposes of seeking legal and regulatory advice to complete the merger, the parties cannot be assumed to have vitiated the private nature of the information, or to harbor an unreasonable expectation of privacy in these exchanges. [Emphasis added.]

la gestion de l'information échangée entre le client et son avocat lorsque des parties représentées séparément travaillent ensemble à l'atteinte d'un objectif mutuel qui est de transformer des entités et des relations commerciales existantes. Les renseignements confidentiels divulgués aux avocats en application d'un privilège approprié de la common law peuvent favoriser la conformité aux mandats juridiques.

[...]

[...] Cette application du privilège [d'intérêt commun] agit comme une exception strictement élaborée à la renonciation par des tiers dans un contexte de fusion, et est justifiée parce que les signataires d'une entente préalable à la fusion sont liés par un intérêt commun à l'égard de la réalisation de celle-ci. Dans un tel cas, le privilège maximiserait la qualité de la divulgation nécessaire pour assurer une représentation exacte et compétente menant à la conformité aux mandats réglementaires et juridiques. Autrement dit, le privilège incite les parties qui se sont engagées à réaliser la fusion à divulguer des renseignements confidentiels pour éviter de présenter des documents incomplets ou non conformes.

[...]

Le privilège du secret professionnel de l'avocat est une exception de longue date à la règle générale qui favorise la communication préalable dans le cadre du processus de recherche de vérité, et est toléré parce qu'il permet d'atteindre les objectifs individuels et sociétaux qui sont de favoriser la bonne administration de la justice en encourageant le libre échange de renseignements essentiels à une représentation juridique. Il n'a jamais été limité aux communications avec les clients concernant un litige en cours ou anticipé. Et même si c'était le cas, on considère qu'il y a eu renonciation au privilège lorsqu'un client communique de l'information à un tiers, dans des circonstances qui reflètent le désintérêt du client à l'égard du maintien de la protection des renseignements confidentiels. Toutefois, lorsque les parties à une fusion veulent se conformer à des exigences juridiques et conviennent de traiter comme étant confidentiels tous les échanges de renseignements faits dans le but d'obtenir un avis juridique et réglementaire visant à réaliser la fusion, on ne peut pas présumer que les parties ont vicié la nature privée des renseignements, ni qu'elles avaient une attente déraisonnable en matière de protection de leur vie privée à l'égard de ces échanges. [Non souligné dans l'original.]

- (2) Encouraging quality disclosure for more effective representation leading to more compliant behaviour

[213] It is acknowledged that legal advice is not confined to telling the client the law, but also includes advice “as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context” (*Slansky*, at paragraph 77). However, the two tasks (stating the law, and advising how to arrange affairs to do so) must be separated somewhat for the purpose of analysing the alleged benefits of CIP.

[214] Explaining the law to a client to ensure better compliance with the law has always been the duty of the lawyer owed his or her own client alone, and not someone else’s lawyer. Indeed, lawyers of allied clients are not in a solicitor-client relationship with other parties sharing a common interest and will refrain from placing themselves in a position where their advice can be relied upon by someone who is not their client. Besides, a client should not need more than her own competent law firm to advise whether the transaction in its final form, and at each step as the transaction is discussed, is compliant with the law. This remark applies for all sides of the transaction. Advisory CIP therefore provides little benefit in ensuring the client’s affairs are compliant.

[215] The Court highlights the significance of a conclusion that CIP does not contribute to a client’s compliance with the law. Compliance is truly the crux of the benefit to the administration of justice from SCP. In the dissent’s reasons cited above, it is the primary factor mentioned on numerous occasions as supporting advisory CIP.

[216] The main benefit from confidentiality in working with allied lawyers is the possible encouragement of the exchange of information and advice for planning

- 2) Encourager une divulgation de qualité pour assurer une représentation plus efficace menant à un comportement plus conforme

[213] Il est reconnu que la consultation juridique inclut non seulement le fait d’expliquer le droit à un client, mais également la prestation de conseils « sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause » (*Slansky*, au paragraphe 77). Cependant, les deux tâches (expliquer le droit et offrir des conseils sur la façon de mener ses affaires pour s’y conformer) doivent être en quelque sorte séparées aux fins d’analyser les avantages allégués du privilège d’intérêt commun.

[214] Expliquer le droit à un client pour assurer une meilleure conformité à la loi a toujours été une obligation de l’avocat envers son client seulement et non envers l’avocat de quelqu’un d’autre. En effet, les avocats de clients alliés ne sont pas dans une relation avocat-client avec les autres parties qui partagent un intérêt commun et s’abstiendront de se placer dans une position où leurs conseils peuvent servir à quelqu’un qui n’est pas leur client. En outre, un client ne devrait pas avoir besoin d’un autre cabinet d’avocats que le sien pour lui dire si l’opération, dans sa forme finale et à toutes les étapes faisant l’objet de discussion, respecte la loi. Cette remarque s’applique à toutes les parties de l’opération. Le privilège d’intérêt commun consultatif ne permet donc pas tellement de s’assurer que les affaires du client sont conformes.

[215] La Cour souligne l’importance de conclure que le privilège d’intérêt commun ne contribue pas au respect par le client de la loi. La conformité est réellement au cœur de l’avantage pour l’administration de la justice provenant du secret professionnel de l’avocat. Dans les motifs dissidents cités précédemment, il s’agit du premier critère mentionné à de nombreuses occasions comme appuyant le privilège d’intérêt commun consultatif.

[216] Le principal avantage de la confidentialité lorsque l’on travaille avec des avocats alliés est l’incitation possible à l’échange de renseignements et d’avis à des

purposes. This would allow the parties to coordinate the arrangement of their affairs to maximize their returns in compliance with the law. Again, this is in line with what the dissent in *Ambac* states. That is also the situation in this matter.

[217] There is no doubt that this result provides a benefit to the clients and therefore is considered to provide for more effective lawyering. The issue however, is the benefit to the administration of justice that accrues from this process. More precisely, why is there a need for the confidentiality of the exchanged advisory CIP information so as to benefit the administration of justice?

[218] For the confidentiality of communications to benefit the administration of justice, it must be essential to the solicitor-client relationship. This requirement is not met by information and advice obtained from a third party, such as in a CIP relationship. These communications are not essential to maintain the relationship, which will be maintained without CIP. The relationship is maintained by the confidentiality of the communications, not by disclosing it and obtaining information back from a third party.

[219] Concern has already been noted about the statement relating to the beneficial effect of SCP “encouraging the free flow of information essential to legal representation” (emphasis added) (*Ambac*, at page 641). This statement was cited throughout the *Ambac* decision, mostly by the dissent, but also by the majority. This understates, or at least misplaces what is essential to the administration of justice for the purposes of this debate, and therefore, the issue at hand. The free flow of information must be essential to the solicitor-client relationship, not to legal representation in order to sufficiently benefit the administration of justice to justify the privilege. The free flow of information can only be essential to the relationship if the confidential communications are between the client and lawyer and not some third party or her lawyer.

fins de planification. Cela permettrait aux parties de coordonner la gestion de leurs affaires pour maximiser leurs retombées conformément à la loi. Là encore, cela est conforme aux motifs dissidents dans l’arrêt *Ambac*. Il s’agit également de la situation qui se présente en l’espèce.

[217] Il ne fait aucun doute que ce résultat offre un avantage aux clients et donc, qu’il est considéré comme offrant un exercice du droit plus efficace. La question porte toutefois sur l’avantage pour l’administration de la justice qui découle de ce processus. Plus précisément, pourquoi est-il nécessaire d’assurer la confidentialité des renseignements échangés en vertu du privilège d’intérêt commun consultatif de manière à servir l’administration de la justice?

[218] Pour que la confidentialité des communications serve l’administration de la justice, ces communications doivent être essentielles à la relation avocat-client. Les renseignements et les conseils obtenus d’un tiers ne satisfont pas à cette exigence, comme c’est le cas d’une relation visée par le privilège d’intérêt commun. Ces communications ne sont pas essentielles au maintien de la relation, qui sera maintenue même sans le privilège d’intérêt commun. La relation est maintenue par la confidentialité des communications, et non par la divulgation de celles-ci et l’obtention de renseignements d’un tiers en échange.

[219] Des préoccupations ont déjà été soulevées concernant la déclaration liée à l’effet bénéfique du secret professionnel de l’avocat qui [TRADUCTION] « encourage le libre échange de renseignements essentiels à une représentation juridique » (non souligné dans l’original) (*Ambac*, à la page 641). Cette déclaration a été citée dans tout au long de l’arrêt *Ambac*, principalement par les juges dissidents, mais aussi par les juges majoritaires. Elle sous-estime, ou du moins sous-évalue, ce qui est essentiel à l’administration de la justice aux fins du présent débat et par voie de conséquence, la question examinée. Le libre échange de renseignements doit être essentiel à la relation avocat-client et non à la représentation juridique pour servir suffisamment l’administration de la justice et justifier le privilège. Il ne peut être essentiel à la relation que si les communications confidentielles sont

[220] As noted in *Blank*, SCP concerns enabling and protecting the client lawyer relationship. CIP does nothing to protect and enable the relationship. CIP is about possibly and indirectly enhancing the relationship by obtaining external information and working with other parties to achieve better outcomes. This may result in a happy client. But so too would obtaining information from any source external to the relationship that will provide for more effective lawyering.

[221] This point becomes evident when one realizes that the advocates of CIP are attempting to rely on the same indirect speculative benefit that encourages full and frank disclosure used to rationalize SCP. They use the same speculative threshold of a possibility to support the presumed free flow of information created by advisory CIP. However, the benefits of CIP from confidentiality amongst the allied members, including those cited in *Ambac*, are similarly speculative, despite the certain and obvious way they are stated in the dissent's reasons. The benefits cannot be demonstrated, particularly not across the generic field of advisory CIP. In fact the speculative nature of the benefit is used by the majority to argue that confidentiality is not necessary. CIP's alleged benefits of encouraging free flowing disclosure that would not otherwise be forthcoming without the privilege are just as speculative as those of SCP.

[222] A speculative benefit from SCP is not the same as a speculative benefit from CIP. The exchange of information in CIP circumstances is not essential to the solicitor-client relationship. The confidentiality must be essential for the maintenance of the relationship. This is what makes SCP confidentiality essential to the

échangées entre le client et son avocat et non avec un tiers ou son avocat.

[220] Comme il est mentionné dans l'arrêt *Blank*, le secret professionnel de l'avocat vise à maintenir et à protéger la relation entre l'avocat et son client. Le privilège d'intérêt commun ne fait rien pour protéger et maintenir cette relation. Il vise à renforcer possiblement et indirectement la relation en obtenant des renseignements externes et en travaillant avec d'autres parties pour obtenir de meilleurs résultats. Cela peut faire plaisir à un client. Toutefois, il en serait de même si on obtenait des renseignements de toute autre source externe à la relation qui favoriserait un exercice du droit plus efficace.

[221] Ce point devient évident lorsque l'on se rend compte que les défenseurs du privilège d'intérêt commun tentent de se fonder sur le même avantage indirect et spéculatif qui incite une divulgation complète et franche et qui est utilisé pour justifier le secret professionnel de l'avocat. Ils utilisent le même seuil spéculatif d'une possibilité pour appuyer le présumé libre échange de renseignements créé par le privilège d'intérêt commun consultatif. Cependant, les avantages du privilège d'intérêt commun découlant de la confidentialité entre les membres alliés, y compris ceux cités dans l'arrêt *Ambac*, sont également spéculatifs, malgré la façon certaine et évidente dont ils sont énoncés dans les motifs des juges dissidents. Les avantages ne peuvent pas être démontrés, particulièrement pas dans le domaine générique du privilège d'intérêt commun consultatif. En fait, la nature spéculative de l'avantage est utilisée par les juges majoritaires pour faire valoir que la confidentialité n'est pas nécessaire. Les avantages allégués du privilège d'intérêt commun qui consistent à favoriser un libre échange des renseignements qui n'aurait autrement pas lieu sans le privilège sont tout aussi spéculatifs que ceux du secret professionnel de l'avocat.

[222] Un avantage spéculatif du secret professionnel de l'avocat n'est pas le même qu'un avantage spéculatif du privilège d'intérêt commun. L'échange de renseignements dans des circonstances visées par le privilège d'intérêt commun n'est pas essentiel à la relation avocat-client. La confidentialité doit être essentielle au

administration of justice. Without confidential solicitor-client relationships, the administration of justice cannot function. That is how essential it is. That is why SCP is treated in a near absolute fashion by our courts as noted by the respondents.

[223] Moreover, the reason the benefit must be at the level of essential from the confidentiality of common interest communication is to outweigh the direct, certain and obvious cost to the administration of justice that denies its introduction at trial. But the speculative benefit provided by CIP, because it is not essential to the relationship, cannot outweigh the costs to the administration of justice. Courts are not prepared to fetter their truth-seeking legal process, unless it is clearly demonstrated that it is essential to do so. Only something as essential as the need for confidentiality in maintaining the solicitor-client relationship—without which the administration of justice cannot function—will do. The administration of justice has and will function quite nicely without advisory CIP.

[224] It also follows from the foregoing analysis that the benefit arising from CIP must be seen as largely personal to the client and obtained in consideration for a result that undermines (cost greater than the benefit) the administration of justice. The client personally benefits by trading up confidential information essential to the relationship in return for a non-essential speculative personal benefit that is to the detriment of the administration of justice because of its disproportionately greater cost to the truth-seeking legal processes.

(3) CIP Assists in Avoiding Litigation and Liability

[225] The reference in the dissent's reasons in *Ambac* to the benefit of avoiding litigation and liability by the

maintien de la relation. C'est ce qui rend la confidentialité du secret professionnel de l'avocat essentielle à l'administration de la justice. Sans relation confidentielle entre l'avocat et son client, l'administration de la justice ne peut produire ses effets. Voilà à quel point elle est essentielle. C'est pour cette raison que les tribunaux traitent le secret professionnel de l'avocat comme un privilège presque absolu, comme l'ont indiqué les défendeurs.

[223] En outre, la raison pour laquelle l'avantage doit être aussi essentiel que la confidentialité des communications faisant l'objet d'un intérêt commun est qu'il doit dépasser le coût direct, certain et évident pour l'administration de la justice qui refuse leur présentation au procès. Par contre, comme l'avantage spéculatif du privilège d'intérêt commun n'est pas essentiel à la relation, il ne peut pas dépasser les coûts pour l'administration de la justice. Les tribunaux ne sont pas prêts à entraver leur processus juridique de recherche de vérité, à moins qu'il soit clairement démontré qu'il est essentiel de le faire. Seulement quelque chose d'aussi essentiel que le besoin de confidentialité pour maintenir la relation avocat-client — sans laquelle l'administration de la justice ne peut produire ses effets — peut justifier une telle mesure. L'administration de la justice se fait et continuera de se faire très bien sans le privilège d'intérêt commun consultatif.

[224] Il s'ensuit également de l'analyse précédente que l'avantage provenant du privilège d'intérêt commun doit être considéré comme étant largement personnel pour le client et obtenu en échange d'un résultat qui nuit à l'administration de la justice (coût supérieur à l'avantage). Le client profite personnellement de la communication de renseignements confidentiels essentiels à la relation en échange d'un avantage personnel spéculatif non essentiel au détriment de l'administration de la justice en raison de ses coûts excessivement plus importants pour les processus juridiques de recherche de vérité.

3) Le privilège d'intérêt commun aide à éviter un litige et une responsabilité

[225] Lorsque les juges dissidents dans l'arrêt *Ambac* renvoient à l'avantage d'éviter un litige et une responsabilité

exchange of information between parties is intended to refer to reducing the risks of litigation between the allied clients. It is important however, not to confuse those measures that will avoid litigation between the parties with the fact that advisory CIP may encourage the free flow of information across the table for the purpose of achieving the deal. The Court agrees with the statement in *Pitney Bowes* that “[t]he sharing of legal opinions will ensure that each party has an appreciation of the legal position of the others and negotiations can proceed in an informed and open way” [emphasis added] (at paragraph 20). It is exact that more information will avoid misunderstandings. But CIP will do little to avoid litigation with an allied party when there are concerns about abusing exchanged information, or gaining an advantage in the negotiations. These would be the more likely scenarios to give rise to litigation between the parties.

[226] Professor Giesel opined on this subject at page 540 of her article. She did so after pointing out how the lawyers would never owe a duty of loyalty towards the other clients in an allied arrangement in reference to the American Bar Association Formal Opinion 95-395 [ABA Comm. on Ethics and Prof’l Responsibility], as follows:

At all times in the allied lawyer situation, such an attorney focuses on maximizing the ultimate outcome for his or her separate client. One can say that the attorney is acting in the best interest of all members of the joint effort, but such an attorney, at any particular point in the joint effort, is always evaluating the situation to determine whether the joint effort is in the best interest of his or her own client. When the better course is for the individual member to exit the joint effort, the lawyer will so counsel his or her client. So even in the midst of the joint effort, a lawyer for any one member of the joint effort has one eye clearly focused on the individual interests of the attorney’s separate client.

2. ABA Formal Opinion 95-395: No Attorney-Client Relationship

par l’échange de renseignements entre les parties dans leurs motifs, ils parlent de la réduction des risques de litige entre les clients alliés. Il est toutefois important de ne pas confondre les mesures qui permettront d’éviter un litige entre les parties avec le fait que le privilège d’intérêt commun consultatif peut favoriser le libre échange de renseignements en vue de réaliser l’opération. Notre Cour souscrit à la déclaration formulée dans la décision *Pitney Bowes* selon laquelle « [l]a communication des avis juridiques garantit que chaque partie comprend la position juridique des autres et que les négoiations peuvent se dérouler ouvertement et en connaissance de cause » [non souligné dans l’original] (au paragraphe 20). Il est vrai que le fait de fournir plus de renseignements permettra d’éviter une mauvaise compréhension. Par contre, le privilège d’intérêt commun ne contribue guère à éviter un litige avec une partie alliée lorsqu’il existe des préoccupations concernant l’abus des renseignements échangés ou l’obtention d’un avantage dans les négociations. Il s’agit des scénarios les plus susceptibles de donner lieu à un litige entre les parties.

[226] La professeure Giesel s’est exprimée sur ce sujet à la page 540 de son article. Elle l’a d’ailleurs fait après avoir souligné comment les avocats n’auront jamais un devoir de loyauté envers d’autres clients dans le cadre d’une entente entre parties alliées, faisant référence à l’avis officiel 95-395 de l’Association du Barreau américain [ABA Comm. on Ethics and Prof’l Responsibility] :

[TRADUCTION] En tout temps dans une situation où des avocats se sont alliés, l’avocat s’efforce de maximiser le résultat final pour son client distinct. On peut dire que l’avocat agit dans l’intérêt de tous les membres de l’entreprise conjointe, mais celui-ci, en tout temps durant l’entreprise conjointe, évalue toujours la situation afin de déterminer si cette entreprise est dans l’intérêt de son propre client. Lorsqu’il est préférable pour un membre de ne plus participer à l’entreprise conjointe, l’avocat lui conseillera de se retirer. Donc, même en plein cœur de l’entreprise conjointe, l’avocat de n’importe quel membre de cette dernière se concentre sur les intérêts individuels de son propre client.

2. Avis officiel 95-395 de l’ABA : Aucune relation avocat-client

In ABA Formal Opinion 95-395, the American Bar Association's Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility considered the nature of the relationship of an attorney and members of a joint defense consortium, an allied lawyer setting. While speculating that an attorney in an allied lawyer situation may owe members of the group fiduciary duties, the Opinion does not view the other members of the group as clients of the lawyer. Consistent with recognizing the absence of an attorney-client relationship, the Opinion clearly states that the lawyer owes no ethical duties to the members of the group other than the lawyer's separate client. [Footnotes omitted.]

[227] It is difficult to imagine any client or her lawyer relying upon the exchange of information under the umbrella of CIP, without some considerable reservation. It would not provide much comfort that other allied clients appear to have been forthcoming to the extent of avoiding litigation when one does not know what was held back, or whether the allied client was misrepresenting some important aspect of the negotiation. The traditional *caveat emptor* procedures of due diligence and similar strategies still apply if clients wish to protect disclosed confidential communications and avoid litigation or liability concerning other parties involved in a commercial negotiation.

[228] Moreover, if the parties wish to ensure full disclosure, such as might avoid future litigation between them, this could be achieved by retaining a single lawyer to represent all the parties. The lawyer would be subject to a duty of loyalty to ensure the full and equal sharing of key information underlying the common interest, such that there would truly be a fulsome disclosure to head off future internecine disputes. Otherwise, the reality is that all of the lawyers representing the different clients in an allied client situation have a first duty to represent the interests of their own client, over those of the other clients.

[229] The Court is of the view that the exaggeration of CIP's role in avoiding litigation between the parties has been exacerbated by its confusion in jurisprudence with

Dans l'avis officiel 95-395 de l'ABA, le comité permanent sur l'éthique et la responsabilité professionnelle de l'Association du Barreau américain a examiné la nature de la relation entre l'avocat et les membres d'un consortium de défense commune dans une situation où des avocats se sont alliés. Bien qu'il soit supposé que dans une situation où des avocats se sont alliés, l'avocat puisse avoir des obligations de représentant envers les membres du groupe, les autres membres du groupe ne sont pas considérés comme des clients de l'avocat dans l'avis. Conformément à la reconnaissance de l'absence d'une relation avocat-client, l'avis indique clairement que l'avocat n'a aucune obligation éthique envers les membres du groupe, sauf envers son propre client. [Notes en bas de pages omises.]

[227] Il est difficile d'imaginer un client et son avocat se fonder sur l'échange de renseignements sous l'égide du privilège d'intérêt commun sans avoir une réserve considérable. Cela ne serait pas d'un grand réconfort de savoir que d'autres clients alliés semblent avoir divulgué des renseignements afin d'éviter un litige lorsqu'on ne sait pas ce qui a été gardé confidentiel ou si le client allié a mal représenté certains aspects importants de la négociation. Les procédures traditionnelles *caveat emptor* de diligence raisonnable et les stratégies similaires s'appliquent toujours si les clients souhaitent protéger des communications confidentielles divulguées et éviter un litige ou une responsabilité concernant d'autres parties à une négociation commerciale.

[228] De plus, si les parties souhaitent assurer une divulgation complète de sorte à éviter un litige futur entre elles, cela peut se faire en retenant les services d'un seul avocat pour représenter toutes les parties. L'avocat aurait un devoir de loyauté et serait tenu d'assurer une communication complète et équitable des renseignements clés qui sous-tendent l'intérêt commun, de sorte qu'il y aurait une divulgation réellement complète pour éloigner de futurs conflits internes. Sinon, la réalité est que tous les avocats représentant les différents clients dans une situation où les avocats se sont alliés ont d'abord l'obligation de représenter les intérêts de leur propre client avant ceux des autres.

[229] La Cour est d'avis que l'exagération du rôle du privilège d'intérêt commun pour éviter un litige entre les parties a été exacerbée par sa confusion avec le

JCP. CIP has been credited with the benefit of minimizing litigation between the parties, when that is more a result that JCP has delivered.

[230] There exist other means to limit litigation between negotiating parties who exchange confidential information, such as by a non-disclosure agreements (NDA). These are common-place in commercial law and will be upheld by the courts. The courts will also accept most other reasonable requests to protect confidential commercial information during litigation. Similarly, concerns about the risks of future litigation due to a party not obtaining full or accurate information during negotiations is usually provided for by appropriately drafted due diligence agreements. In addition, there are various legal protections against most forms of misrepresentation available under the common law and statutes.

#### (4) Systemic Benefits of CIP

[231] Although not referred to in *Ambac*, Professor Giesel considers arguments that have been advanced elsewhere suggesting that there are systemic benefits resulting from CIP. She concludes that such benefits are highly speculative, as seen from this passage at page 548:

While it is possible that applying the privilege to the allied lawyer setting creates efficiencies in representation, it is also very possible that recognition of the privilege in this setting does no such thing. When parties join together in a common effort but with separate lawyers, it is true that the attorneys can divide up the needed work on the matter; not every client must pay to have its separate attorney complete every step. But work on a legal matter is not finite. More lawyers may mean that more work is done. The lawyers may not divide the work. Even if work is divided, each lawyer must remain wary and cautious, and must take on a monitoring function regarding the work done by lawyers for the other members of the joint endeavor. One cannot say that each client pays less or that each lawyer bills fewer hours in an allied lawyer context

secret professionnel conjoint dans la jurisprudence. Le privilège d'intérêt commun s'est vu attribuer l'avantage de minimiser un litige entre les parties alors qu'il s'agit bien plus d'une conséquence du secret professionnel conjoint.

[230] Il existe d'autres moyens de limiter les litiges entre les parties qui négocient et qui échangent des renseignements confidentiels, notamment la signature d'une entente de confidentialité. Ce type d'entente est habituel en droit commercial et sera confirmé par les tribunaux. Les tribunaux accepteront également la plupart des autres demandes raisonnables visant à protéger des renseignements commerciaux confidentiels durant un litige. De même, des préoccupations concernant les risques de litige futur découlant du fait qu'une partie n'a pas obtenu de renseignements complets ou exacts durant les négociations sont habituellement réglées par la préparation d'ententes de diligence raisonnable rédigées adéquatement. En outre, il existe diverses protections juridiques contre la plupart des formes de fausses déclarations en vertu de la common law et des lois.

#### 4) Avantages systémiques du privilège d'intérêt commun

[231] Bien qu'il n'en soit pas question dans l'arrêt *Ambac*, la professeure Giesel examine des arguments qui ont été avancés ailleurs selon lesquels le privilège d'intérêt commun entraîne des avantages systémiques. Elle conclut que de tels avantages sont très spéculatifs, comme il ressort de ce passage à la page 548 :

[TRADUCTION] Bien qu'il soit possible que l'application du privilège à une situation où des avocats se sont alliés crée des gains d'efficacité en matière de représentation, il est également fort possible que la reconnaissance du privilège dans ce type de situation n'entraîne aucun gain. Lorsque des parties s'unissent dans un effort commun, mais ont des avocats différents, il est vrai que les avocats peuvent se diviser le travail à faire; ce ne sont pas tous les clients qui doivent payer pour que leur avocat effectue tout le travail. Par contre, le travail relatif à une question juridique n'est pas limitatif. Le fait qu'il y ait plus d'avocats peut signifier que plus de travail sera accompli. Les avocats ne se diviseront peut-être pas le travail. Et même si le travail était divisé, chaque avocat doit demeurer prudent et méfiant et doit assumer une fonction

than when parties and counsel act separately. [Footnote omitted.]

[232] The Court's view is that the more lawyers are involved, the more costs will likely increase. It is simply a factor of communication paths between lawyers that increase exponentially by the number of lawyers participating in these communications, all of which has to be paid for by the clients. It is also the Court's experience that more lawyers at trial tends to increase the costs of the process with little apparent benefit, as it does for the clients.

*C. Costs of CIP to the Administration of Justice*

(1) An Expansion of the Quantity of Privileged Communications

[233] Prior to the relatively recent growth CIP, the client-to-client or lawyer-to-lawyer communications between negotiating parties were not subject to a claim of SCP (as opposed to litigation or settlement privilege that rests on different foundations). If clients negotiated transactions with the help of lawyers, their communications with their own lawyers were privileged, but third party communications, including those with other lawyers, were not kept out of court proceedings. What this meant was that negotiations concerning the resulting transactions were transparent in future litigation processes. The courts knew not only what the commercial transactions were, but also how they came into being and how the parties understood they were intended to operate. Contrast that with this matter, where all the Minister has to work with is the multiple transactions themselves.

de surveillance à l'égard du travail effectué par les avocats des autres membres de l'entreprise conjointe. On ne peut pas dire que chaque client paye moins ou que chaque avocat facture moins d'heures lorsque des avocats se sont alliés que lorsque les parties et les avocats agissent séparément. [Note en bas de page omise.]

[232] La Cour est d'avis que plus il y a d'avocats, plus les coûts sont susceptibles d'augmenter. Ce n'est qu'une simple question de voies de communication entre les avocats qui augmentent de façon exponentielle selon le nombre d'avocats qui participent aux communications, et que les clients devront payer. De plus, selon l'expérience de notre Cour, plus il y a d'avocats au procès, plus les coûts du processus augmentent et moins il y a d'avantages apparents, comme c'est le cas pour les clients.

*C. Les coûts du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice*

1) Une augmentation du nombre de communications privilégiées

[233] Avant la croissance relativement récente du privilège d'intérêt commun, les communications de client à client ou d'avocat à avocat entre les parties qui négocient n'étaient pas assujetties au secret professionnel de l'avocat (par opposition au privilège relatif au litige ou relatif aux règlements qui repose sur des bases différentes). Si les clients négociaient des opérations avec l'aide d'avocats, leurs communications avec leurs propres avocats étaient privilégiées, mais les communications avec des tiers, y compris celles avec d'autres avocats, n'étaient pas protégées contre une divulgation devant les tribunaux. Cela veut dire que les négociations relatives aux opérations qui en découlaient étaient transparentes dans les procédures judiciaires ultérieures. Les tribunaux savaient non seulement quelles étaient les opérations commerciales, mais savaient aussi comment elles avaient été conclues et comment les parties comprenaient leur éventuel déroulement. Par comparaison, en l'espèce, tout ce que le ministre avait à sa disposition était les nombreuses opérations elles-mêmes.

[234] Moreover, access to this relevant evidence is disappearing quickly. Reference has already been made to Professor Giesel's comments that there has been "a broad expansion of the character of communications not presentable to the truth-finder and a substantial increase in the quantity of communications not subject to disclosure and not available to the truth-finder" (at page 544). She backs up this claim with data. She has quantitatively demonstrated that there has been a marked increase in the development of a privilege that barely existed before the 1980s, to one that is now commonplace and expanding in the United States and Canada.

[235] There is no rationale that would confine CIP to commercial transactions, despite intimations to the opposite effect by the dissenting judges in *Ambac* who focus on significant transformative transactions that allegedly require CIP to be concluded. Its principles will apply whenever parties find some common legal interest they wish to pursue where the parties share an interest in concluding the transaction. Advisory CIP is only now beginning to come of age. As was noted by the majority in *Ambac*, "one treatise has observed that the common interest exception in these jurisdictions 'is spreading like crabgrass to areas the drafters of the Rejected Rule could have hardly imagined' (Wright & Graham § 5493 [2015 Supp])" (at page 632). This is to be expected, given the generally inventive spirit of lawyers. Once thoroughly ensconced in privilege law, it appears likely that when lawyers communicate on any subject where their clients are seeking some common goal, the privilege will be raised by connecting it to a legal interest.

[236] The Ontario Superior Court in the matter of *Trillium*, at paragraph 14, where the Court adopted the Master's conclusion that the CIP exception is "so fact driven, there can be no hard and fast rule as to when it will or will not arise". *Trillium* demonstrates that the

[234] Par ailleurs, l'accès à ces éléments de preuve pertinents disparaît rapidement. J'ai déjà fait mention des commentaires de la professeure Giesel selon lesquels il y a eu [TRADUCTION] « une grande expansion du caractère des communications qui ne peuvent être présentées au chercheur de vérité et une augmentation importante du nombre de communications non assujetties à la divulgation et non disponibles au chercheur de vérité » (à la page 544). Elle étaye cette affirmation de données. Elle a démontré quantitativement qu'il y avait eu une augmentation marquée dans la transformation d'un privilège qui existait à peine avant les années 1980 à un privilège qui est maintenant commun et qui se répand aux États-Unis et au Canada.

[235] Aucune justification ne confinerait le privilège d'intérêt commun aux opérations commerciales, malgré les allusions à l'effet opposé par les juges dissidents dans l'arrêt *Ambac*, qui mettent l'accent sur les opérations transformatives importantes nécessitant prétendument un privilège d'intérêt commun pour se conclure. Ses principes s'appliqueront chaque fois que les parties trouvent un quelconque intérêt juridique commun qu'elles souhaitent poursuivre lorsqu'elles partagent un intérêt à conclure l'opération. Le privilège d'intérêt commun consultatif ne fait que commencer à atteindre la maturité. Comme l'ont mentionné les juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac*, [TRADUCTION] « l'un des traités a observé que l'exception de l'intérêt commun dans ces administrations "se répand comme de la mauvaise herbe jusqu'à des zones que les rédacteurs de la règle rejetée n'auraient même pas pu imaginer" (Wright & Graham, au paragraphe 5493 [2015 Supp]) » (à la page 632). Il fallait s'y attendre étant donné l'esprit généralement innovateur des avocats. Une fois bien établi dans le droit du privilège, il semble probable que lorsque les avocats communiquent sur un sujet à l'égard duquel leurs clients ont un objectif commun, le privilège sera soulevé en le mettant en relation avec un intérêt juridique.

[236] Dans la décision *Trillium* de la Cour supérieure de l'Ontario, au paragraphe 14, la Cour a adopté la conclusion de la protonotaire selon laquelle l'exception du privilège d'intérêt commun est [TRADUCTION] « tellement tributaire des faits qu'il ne peut y avoir de

new privilege can be expected to have wide application in Canada and pose challenging decisions for the courts as they assess the application of CIP to different fact situations.

[237] It should not be forgotten that the respondents allege that the benefit of CIP is to generate the “free flow of information” to enable the formation of commercial transactions. By their own admission therefore, one can anticipate a substantial increase in the scope of privileged information protected by CIP.

[238] Nor can any comfort be drawn from the fact that only legal communications will be privileged. As in this matter, the excluded evidence would describe how the commercial transactions were negotiated. While not yet raised in this case, given the decision to limit the application of the memo, it could of course include the communications of other professionals or persons retained by the lawyers to assist them and in rendering their legal advice, such as the accountants “crunching the numbers”. Most of the cases in the area appear to be highly complex, as in merger discussions or large commercial sale transactions involving thousands of documents on which privilege is claimed. There are other privilege claims pending in this matter. If CIP is upheld as a legitimate doctrine of SCP, other documentation will likely be the subject of a similar claim of privilege.

(2) CIP Denies the Courts Important Relevant Substantive Evidence

[239] The evidence of communications between the parties is often essential to finding facts concerning the commercial transaction, particularly when motivations and intentions are at issue. In a world where

règle absolue sur le moment où elle surviendra” ». La décision *Trillium* démontre que l’on peut s’attendre à ce que le nouveau privilège ait une vaste application au Canada et entraîne des décisions difficiles pour les tribunaux qui devront évaluer l’application du privilège d’intérêt commun dans différentes situations factuelles.

[237] Il ne faut pas oublier que les défendeurs allèguent que l’avantage du privilège d’intérêt commun est de donner lieu à un « libre échange de renseignements » afin de permettre la réalisation d’opérations commerciales. Par conséquent, de leur propre aveu, on peut anticiper une augmentation substantielle de la portée des renseignements privilégiés protégés par le privilège d’intérêt commun.

[238] De plus, on ne peut pas tirer de réconfort du fait que seulement les communications juridiques seront privilégiées. Comme en l’espèce, la preuve exclue décrirait la façon dont les opérations commerciales ont été négociées. Bien qu’elle n’ait pas encore été soulevée en l’espèce, étant donné la décision de limiter l’application de la note de service, elle pourrait évidemment inclure les communications d’autres professionnels ou d’autres personnes dont les avocats ont retenu les services pour les aider et pour fournir leurs conseils juridiques, comme les comptables qui [TRADUCTION] « effectuent quelques calculs ». La plupart des décisions en la matière semblent être très complexes, comme dans les discussions relatives à une fusion ou les importantes opérations de vente commerciales visant des milliers de documents à l’égard desquels un privilège est revendiqué. D’autres privilèges sont revendiqués en l’espèce. Si le privilège d’intérêt commun est confirmé comme étant un principe légitime du secret professionnel de l’avocat, d’autres documents feront probablement l’objet d’une prétention similaire au privilège.

2) Le privilège d’intérêt commun refuse aux tribunaux l’accès à des éléments de preuve de fond importants et pertinents

[239] La preuve des communications échangées entre les parties est souvent essentielle à la recherche de faits concernant l’opération commerciale, particulièrement lorsque les motivations et les intentions sont en litige.

understanding what a transaction between the parties truly intended to achieve and where the spirit of the law and Parliament's intent are often more important than the deeds or words describing them, the courts require access to the relevant evidence about the transaction that the parties communicated to each other. How the commercial transaction was concluded is important, relevant, and substantive evidence that could have a determinative impact on the outcome of any challenge to the transaction. This is precisely the Court's principal problem with this case in denying the trial court highly probative evidence about how the transactions were concluded.

[240] The extent of the impact of the denial of important, relevant and substantive evidence to the courts is underscored by the different results attained by applying litigation CIP and advisory CIP. When advisory CIP is applied at trial, the court is denied the exchanged solicitor-client communications and all the associated information that travels with it in relation to the subject matter of the dispute. This distinguishes the cost of advisory CIP to the administration of justice in comparison with that arising from the disclosure of communications protected by litigation privilege. Much of its content relates to the conduct and strategy in the adversarial process, which by rules of litigation the parties are entitled to keep confidential and vanishes after trial.

[241] The Court recognizes that a denial of relevant evidence at trial is also the essence of SCP. But the situation regarding CIP is dissimilar. SCP privilege is essential to the maintenance of the solicitor-client relationship. CIP communications may enable the formation of the contract and provide benefit to the client, but that does not make them essential for the purposes of the administration of justice. Also, one client cannot create a transaction that is the subject matter of the litigation that adversely affects a third party. The fact that the third

Dans un monde où l'on comprend ce qu'était réellement l'objectif de l'opération entre les parties et où l'esprit du droit et l'intention du législateur sont souvent plus importants que les actes de vente ou les mots qui les décrivent, les tribunaux doivent avoir accès aux éléments de preuve pertinents relatifs à l'opération que les parties se sont communiqués. La façon dont l'opération commerciale a été réalisée est importante, pertinente et constitue une preuve de fond qui pourrait avoir un impact décisif sur l'issue de toute contestation de la transaction. Il s'agit précisément du principal problème de la Cour en l'espèce lorsqu'elle refuse au tribunal de première instance une preuve d'une très grande valeur probante sur la façon dont les opérations ont été effectuées.

[240] L'ampleur de l'incidence du refus d'accorder aux tribunaux un accès à des éléments de preuve importants, pertinents et de fond est soulignée par les différents résultats obtenus en appliquant le privilège d'intérêt commun relatif au litige et le privilège d'intérêt commun consultatif. Lorsque le privilège d'intérêt commun consultatif est appliqué au procès, le tribunal n'a pas accès aux communications échangées entre l'avocat et son client ni aux renseignements connexes qui sont échangés dans le cadre de celles-ci en lien avec l'objet du litige. Cela établit une distinction entre le coût du privilège d'intérêt commun consultatif pour l'administration de la justice en comparaison avec celui qui découle de la divulgation des communications protégées par le privilège relatif au litige. La majeure partie de son contenu porte sur la conduite et la stratégie du processus accusatoire que, selon les règles qui régissent les litiges, les parties sont tenues de garder confidentiel et qui disparaît après le procès.

[241] La Cour reconnaît que le refus d'accorder un accès à une preuve pertinente au procès est aussi au cœur du secret professionnel de l'avocat. Par contre, la situation en ce qui concerne le privilège d'intérêt commun est différente. Le privilège du secret professionnel de l'avocat est essentiel au maintien de la relation avocat-client. Les communications visées par le privilège d'intérêt commun peuvent donner lieu à la formation du contrat et offrir un avantage au client, mais cela ne les rend pas essentielles à l'administration de la justice. De

party is the State representing the collective interests of society does not change the situation. The risk of a serious injustice to the party alleging prejudice from the transaction concluded under the confidentiality of advisory CIP is obvious when courts are denied relevant evidence on substantive aspects of the transaction that are not protected by SCP.

[242] In conclusion, the courts should not delude themselves into thinking that allied lawyer privilege is a minor change in the world of SCP. It has already been demonstrated that it represents a veritable sea of change with an exponential expansion in the number and type of situations seen in the past two or three decades. This comes at a significant cost through the loss of highly probative evidence with no discernable benefit to the administration of justice.

(3) Advisory CIP Provides a Privilege Not Available to Most Users of Advisory Legal Services

[243] The benefits of SCP are available to all users of legal advisory services. This is not the case for the users of advisory CIP who protect their shared legal communications relating to a common interest. They have the advantage of regular SCP, as well as the additional benefits of advisory CIP. This benefit is not available to other clients who do not conclude commercial transactions, or require other collaborative advisory advice in relation to a common legal interest.

[244] Advisory CIP thus favours a very small subset of the wide population of SCP users. This places the clients benefiting from advisory CIP in an advantageous

plus, un client ne peut pas réaliser une opération qui fait l'objet d'un litige qui porte atteinte à un tiers. Le fait que le tiers soit l'État, représentant les intérêts collectifs de la société, ne change rien à la situation. Le risque d'une grave injustice pour la partie qui allègue un préjudice découlant de l'opération conclue sous le couvert de la confidentialité du privilège d'intérêt commun consultatif est évident lorsque les tribunaux se voient refuser l'accès à une preuve pertinente sur des aspects de fond de l'opération qui ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat.

[242] En conclusion, les tribunaux ne devraient pas se leurrer en pensant que le privilège relatif aux avocats alliés est une modification mineure du secret professionnel de l'avocat. Il a déjà été démontré qu'il représente une véritable vague de changement faisant augmenter de façon exponentielle le nombre et le type de situations que l'on a vues au cours des deux ou trois dernières décennies. Cela entraîne un coût important en raison de la perte de preuve d'une très grande valeur probante, sans apporter d'avantage tangible pour l'administration de la justice.

3) Le privilège d'intérêt commun consultatif offre un privilège qui n'est pas disponible pour la plupart des personnes qui ont recours à des services de consultation juridique

[243] Tous ceux qui ont recours à des services de consultation juridique peuvent invoquer le secret professionnel de l'avocat. Ce n'est toutefois pas le cas pour les utilisateurs du privilège d'intérêt commun consultatif qui protègent les communications juridiques qu'ils ont échangées relativement à un intérêt commun. Ils bénéficient du secret professionnel de l'avocat habituel, ainsi que des avantages supplémentaires du privilège d'intérêt commun consultatif. Les autres clients qui ne réalisent pas d'opération commerciale ou qui ont besoin d'autres conseils consultatifs concernant un intérêt juridique commun ne peuvent invoquer ce privilège.

[244] Le privilège d'intérêt commun consultatif favorise donc un très petit sous-ensemble d'une large population de ceux qui invoquent le secret professionnel

position relative to other users of advisory legal services. In other words, this result is in conflict with the generic nature and equal access of all legal users of SCP. Particularly, it does not seem fair that one small subset of SCP users should have an advantage at trial because their particular circumstances allow them to benefit from a form of privilege not available to the overwhelming majority of advisory legal services users who will be disadvantaged by the privilege. There appears to be no rationale based on the administration of justice explaining why the courts should provide a small subset of the total population of SCP users with an additional privilege in litigation that is not available to other SCP users.

[245] This result simply fortifies the Court's conclusion that exceptions to SCP doctrine cannot be made based upon the circumstances relating to how the legal advice is used, shared, or the outcome it produces. To do so places CIP users in an unfair advantageous position at trial. It enables them to use the shared legal advice to participate in secret conduct that prejudices other SCP users of legal advisory services who do not enjoy any reciprocal or similar privilege advantage.

#### (4) Potential for Abuse of CIP

[246] In *Ambac*, the majority acknowledged that there was no evidence of actual abuse in the case before it, or in jurisdictions that have done away with a litigation requirement. It nevertheless concluded that the potential for abuse is sufficient to be considered a factor to deny CIP in the non-litigation environment.

de l'avocat. Cela place les clients qui bénéficient du privilège d'intérêt commun consultatif dans une position avantageuse par rapport aux autres clients de services de consultation juridique. Autrement dit, cela entraîne un conflit avec la nature générique et l'accès équitable pour tous les clients de services juridiques du secret professionnel de l'avocat. Plus précisément, il semble injuste qu'un petit sous-ensemble de ceux qui invoquent le secret professionnel de l'avocat ait un avantage au procès parce que leurs circonstances particulières leur permettent de bénéficier d'une forme de privilège qui n'est pas ouverte à la grande majorité des utilisateurs de services de consultation juridique qui seront désavantagés par le privilège. Il ne semble pas y avoir de justification fondée sur l'administration de la justice expliquant pourquoi les tribunaux devraient offrir à un petit sous-ensemble de la population de ceux qui invoquent le secret professionnel de l'avocat, dans un litige, un privilège additionnel qui n'est pas ouvert aux autres clients qui font valoir le secret professionnel de l'avocat.

[245] Cette constatation renforce simplement la conclusion de la Cour selon laquelle les exceptions au principe du secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être établies en fonction des circonstances relatives à la façon dont l'avis juridique est utilisé ou communiqué ou relatives à l'issue qu'il entraîne. Agir ainsi a pour effet de placer ceux qui invoquent le privilège d'intérêt commun dans une position injustement avantageuse au procès. Cela leur permet d'utiliser l'avis juridique commun pour participer à une conduite secrète qui porte atteinte à d'autres clients qui invoquent le secret professionnel de l'avocat ayant recours à des services de consultation juridique qui ne bénéficient pas d'un avantage réciproque ou semblable.

#### 4) Possibilité d'abus du privilège d'intérêt commun

[246] Dans l'arrêt *Ambac*, les juges majoritaires ont reconnu qu'il n'y avait aucune preuve d'un véritable abus dans l'affaire dont ils étaient saisis ni dans les administrations qui avaient supprimé l'exigence relative au litige. Ils ont néanmoins conclu que la possibilité d'abus suffisait pour être considérée comme un

[247] Its reasoning was twofold. First, it concluded that the difficulty in defining “common legal interests” outside the context of litigation could result in the loss of evidence of a wide range of communications between parties who assert common legal interests, but who really have only non-legal or exclusively business interests to protect, i.e. over claiming. This conclusion was supported by reference to an article by James M. Fischer, “The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement: Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain” (1997), 16 *Rev. Litig.* 631, at page 642. Furthermore, Professor Giesel makes the same point by providing examples at pages 551–553 of her article to support her conclusion that “[t]he common interest requirement is simply too malleable on a case by case basis to provide any certainty with regard to its application” (Giesel, at page 553).

[248] Second, the majority referenced what I would describe as a high-pressure and high self-interest argument with respect to lawyers’ role in limiting abuse. It quoted one commentator who had observed that “[t]he greatest push to expand the common interest privilege comes from corporate attorneys representing multiple clients, often in an antitrust context,” and that it is in precisely this context “that the potential for abuse is greatest” (Edna S. Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5th ed. (American Bar Association, 2007) (Epstein), at page 277, cited in *Ambac*, at page 630).

[249] The dissent disagreed with these opinions, noting that they were speculative and that no reason had been offered as to why any abuse of the privilege cannot be addressed through the legal system’s existing methods for preventing and sanctioning it.

facteur justifiant le rejet du privilège d’intérêt commun dans un contexte non litigieux.

[247] Leur raisonnement comprenait deux volets. D’abord, les juges ont conclu que la difficulté de définir les « intérêts juridiques communs » à l’extérieur du contexte d’un litige pourrait entraîner la perte de preuve issue d’une grande variété de communications entre les parties qui ont allégué des intérêts juridiques communs, mais qui n’ont réellement que des intérêts non juridiques ou exclusivement commerciaux à protéger (revendication en trop). Cette conclusion était appuyée d’une référence à un article de James M. Fischer, « The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement : Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain » (1997), 16 *Rev. Litig.* 631, à la page 642. Par ailleurs, la professeure Giesel avance le même point en fournissant des exemples aux pages 551 à 553 de son article pour étayer sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « l’exigence relative à l’intérêt commun est simplement trop malléable au cas par cas pour offrir une certitude concernant son application » (Giesel, à la page 553).

[248] Ensuite, les juges majoritaires ont fait mention de ce que je décrirais comme un argument d’intérêt personnel à forte pression concernant le rôle des avocats dans la limitation de l’abus. Ils ont cité un commentateur qui avait observé que [TRADUCTION] « la plus grande pression visant l’élargissement du privilège d’intérêt commun provient des conseillers juridiques qui représentent plusieurs clients, souvent dans un contexte d’antitrust » et c’est précisément dans ce contexte [TRADUCTION] « que la possibilité d’abus est la plus élevée » (Edna S. Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5<sup>e</sup> éd. (Association du Barreau américain, 2007) (Epstein), à la page 277, cité dans l’arrêt *Ambac*, à la page 630).

[249] Les juges dissidents n’étaient pas d’accord avec ces opinions, notant qu’elles étaient spéculatives et qu’aucun motif n’avait été fourni quant à la raison pour laquelle un abus du privilège ne peut être réglé à l’aide des méthodes existantes du système judiciaire visant à le prévenir et à le sanctionner.

[250] It is difficult in some respects to disagree with the dissent's position as it is difficult to prove abuse in respect of a generalized situation without venturing too far into speculation. However, much of SCP theory is founded on presumptions bearing little supporting evidence, while the potential of abuse is the kind of issue that can actually be considered based on reasonable inferences of self-interested human behaviour. There is some foundation for inferences of abuse, such that I am in agreement with the majority reasons in *Ambac* that there is greater scope for abuse occurring when applying CIP than were the privilege to be rejected.

[251] First, in relation to those potential abuses said to arise when claiming the privilege, evidence from years of shared experience of judges and litigators would confirm that over-claiming is already a not-uncommon practice in the field of traditional SCP. It occurs on the premise that when in doubt "there is no harm in trying", while there is little in the way of meaningful deterrence.

[252] Moreover, it is a practice that often is successful because it is not challenged for various reasons, including time, cost and strategic concerns. When challenged, it may result in a significant reduction in the number of documents on which privilege is claimed, usually after the motion is launched, but before it is heard, thus mitigating the costs deterrent.

[253] The potential for abusive claims is compounded for CIP by the fact that the privilege raises challenging issues of mixed fact and law, such as in the area of complex commercial transactions. The parties and the courts face the issue of both defining the common interest and all the terms governing it, along with sorting out legal from business communications exchanged by multiple parties and their clients. Just reading some of the decisions such as *Duplan* and *Bank Brussels Lambert* will

[250] Il est difficile à certains égards de ne pas souscrire à la position des juges dissidents, car il est difficile de prouver l'abus à l'égard d'une situation généralisée sans s'aventurer trop loin dans la spéculation. Cependant, la majeure partie de la théorie du secret professionnel de l'avocat est fondée sur des présomptions étayées de peu d'éléments de preuve, tandis que l'abus possible est le genre de question qui peut en réalité être examinée en s'appuyant sur des inférences raisonnables de comportement humain intéressé. Il existe un certain fondement pour conclure à un abus, de sorte que je souscris aux motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac* selon lesquels il y a une plus grande possibilité d'abus lorsque l'on applique le privilège d'intérêt commun que lorsque le privilège est rejeté.

[251] Premièrement, en ce qui concerne les abus possibles qui surviendraient lorsque l'on revendique le privilège, la preuve découlant des nombreuses années d'expérience des juges et des avocats plaidants confirmerait que le fait de revendiquer trop de privilèges n'est déjà pas une pratique inhabituelle dans le domaine du secret professionnel de l'avocat traditionnel. Un abus survient selon l'hypothèse voulant qu'en cas de doute, « il n'y a pas de mal à essayer » alors qu'il y a peu de moyens pour assurer une dissuasion efficace.

[252] De plus, il s'agit d'une pratique qui réussit souvent parce qu'elle n'est pas contestée pour diverses raisons, notamment le temps, les coûts et les préoccupations stratégiques. Lorsqu'elle est contestée, cela peut entraîner une réduction considérable du nombre de documents à l'égard desquels le privilège est revendiqué, habituellement après le dépôt de la requête, mais avant qu'elle ne soit instruite, ce qui atténue l'effet dissuasif des coûts.

[253] La possibilité de revendications abusives dans le cas du privilège d'intérêt commun est compensée par le fait que le privilège soulève des questions difficiles mixtes de fait et de droit, comme dans le domaine des opérations commerciales complexes. Les parties et les tribunaux doivent définir l'intérêt commun et toutes les conditions qui le régissent, en plus de démêler les communications juridiques des communications d'affaires échangées par de nombreuses parties et leurs clients.

demonstrate the complexity and fine distinctions that apply to advisory CIP.

[254] These types of situations portend much more complex motions and appeals than the garden-variety type where traditional SCP claims are advanced. If nothing else, these issues entail considerable extra legal costs to the parties, while adding to the burden of the courts.

[255] It is for these reasons that the Court respectfully disagrees with the dissent's view that courts are fully equipped to take on the challenge posed by CIP, although they have no choice but to deal with them. This task is more complex than what the dissent in *Ambac* described as "separat[ing] privileged communications from non-privileged" (at page 639). SCP is a generally bright-line, relatively straight-forward legal rule that facilitates its application and consideration. CIP poses decisional challenges that do not exist in SCP.

[256] Because of the uncertainty and complexity of issues involving CIP, the privilege also provides a procedural avenue for abuse by allied client defendants in fighting off challenges to their transaction. Generally anything that adds to the procedural complexity of the matter can be used as a "many-cuts" type of strategy by well-endowed litigants to delay and increase the costs of litigation to the most ardent plaintiffs. Where significant commercial results are in play, litigation may take on a "no holds barred" approach, where the small points are often litigated into the appeal courts. This could favour defendants over plaintiffs in achieving better settlements on the wearing down strategy.

Une simple lecture de certaines décisions comme *Duplan* et *Bank Brussels Lambert* démontrera la complexité et les distinctions subtiles qui s'appliquent au privilège d'intérêt commun consultatif.

[254] Ces types de situations présagent des requêtes et des appels bien plus complexes que le type de situations habituelles où le privilège traditionnel du secret professionnel de l'avocat est revendiqué. À tout le moins, ces questions donnent lieu à des frais judiciaires supplémentaires considérables pour les parties, tout en alourdissant la charge des tribunaux.

[255] Pour ces motifs, la Cour ne peut, en toute déférence, souscrire à l'avis des juges dissidents selon lequel les tribunaux sont bien outillés pour affronter le défi que représente le privilège d'intérêt commun, même s'ils n'ont pas d'autre choix que de s'y atteler. Cette tâche est plus complexe que ce que les juges dissidents ont décrit dans l'arrêt *Ambac* comme le fait de [TRADUCTION] « séparer les communications privilégiées de celles qui ne le sont pas » (à la page 639). Le secret professionnel de l'avocat est une règle de droit généralement très nette et relativement simple qui facilite son application et son examen. Le privilège d'intérêt commun soulève des défis au niveau décisionnel qui n'existent pas avec le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[256] Étant donné l'incertitude et la complexité des questions portant sur le privilège d'intérêt commun, ce dernier offre également une voie procédurale vers l'abus par les défendeurs alliés qui luttent contre des contestations de leur opération. Généralement, tout ce qui ajoute à la complexité procédurale de l'affaire peut être utilisé comme type de stratégie à « nombreuses coupures » par les plaideurs bien nantis afin de retarder les procédures et d'accroître les coûts du litige pour les demandeurs les plus ardents. Lorsque des résultats commerciaux importants sont en jeu, une approche « sans limites » peut être adoptée dans le cadre du litige, où les points mineurs sont souvent abordés devant les tribunaux d'appel. Cela peut favoriser les défendeurs par rapport aux demandeurs pour l'atteinte de meilleurs règlements quant à la stratégie d'usure.

[257] With respect to “client pressure” abuse, the majority in *Ambac* is correct when it intimates that there are client pressures in the area of “mega-transactions” where these issues appear to most often arise in advisory CIP cases, such as the merger and acquisition situations referred to by the majority.

[258] It is a reasonable inference that commercial law lawyers, in an environment of significant high-value transactions, may face requests from powerful strong-willed business clients to employ the privilege where not entirely appropriate. This is compounded by the fact that providing a cloak of secrecy over negotiation communications is invaluable to the practice of commercial law as an advantage to have lawyers lead on the negotiation of CIP based transactions by cloaking much of the negotiations, as was the situation in this matter.

[259] Consequently, the pressures on law firms who claim to be able to keep commercial negotiations secret, or who are facing clients who may be pushing the envelope on CIP claims raise a serious potential for abuse. If refusing to comply with the client requests means that the client is unhappy, or may lead to the work going off to one the client’s other law firms, or the firm next door, the pressure to accommodate may be extremely high.

[260] Even in a situation where there is less pressure from the client, as noted, the fact is that most legal opinions involve a range of possible outcomes such that a lawyer can reasonably opine that the courts will have to decide whether the privilege applies. When one opinion is favoured by the client, it may be accommodated, even if not as solid as a more conservative claim of privilege than otherwise would be recommended by the lawyer.

[257] En ce qui concerne l’abus par la « pression des clients », les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* ont raison de suggérer que des pressions sont exercées par les clients en matière de « méga-transactions », où ces questions semblent le plus souvent survenir dans des affaires relatives au privilège d’intérêt commun consultatif, comme les situations de fusion et d’acquisition auxquelles renvoient les juges majoritaires.

[258] Il est raisonnable d’inférer que les avocats exerçant en droit commercial, dans un contexte d’opérations importantes à valeur élevée, peuvent faire face à des demandes provenant de clients commerciaux puissants et déterminés qui veulent recourir au privilège lorsque cela n’est pas entièrement approprié. À cela s’ajoute le fait que de couvrir les communications de négociation d’un voile de secret se révèle d’une très grande valeur pour la pratique du droit commercial à titre d’avantage permettant aux avocats de diriger la négociation d’opérations fondées sur le privilège d’intérêt commun en masquant la majeure partie des négociations, comme c’était le cas en l’espèce.

[259] En conséquence, les pressions exercées sur les cabinets d’avocats qui se disent capables de garder les négociations commerciales secrètes ou qui ont des clients qui repoussent peut-être les limites du privilège d’intérêt commun soulèvent un sérieux risque d’abus. Si refuser de se conformer aux demandes des clients signifie que le client est mécontent, ou que le travail sera donné à un autre cabinet d’avocats du client ou à un cabinet concurrent, la pression peut être extrêmement élevée de répondre à leurs demandes.

[260] Même dans une situation où il y a moins de pression de la part du client, comme il a été indiqué, le fait est que la plupart des avis juridiques comportent toute une gamme de résultats possibles, de sorte qu’un avocat peut raisonnablement penser que les tribunaux devront décider si le privilège s’applique. Lorsque le client préfère un avis plutôt qu’un autre, il est possible de répondre à sa demande, même si cela n’est pas aussi solide qu’une prétention au privilège plus conservatrice qui serait autrement recommandée par l’avocat.

[261] It is in this context that transparency remains the optimal solution to ensuring that abuse is minimized in the negotiation of commercial transactions. It is generally accepted that transparency, brought to any kind of situation where there is a potential for abuse, is an appropriate response to assist in deterring the misconduct, where no other form of deterrence exists, or is effective.

[262] In conclusion, it is likely that CIP, by its complexity and its limits on the transparency of commercial transaction negotiations, in addition to the environment that this privilege often operates in, would present an augmented potential for abuse occurring in its application and thereby an additional cost to the administration of justice beyond that occurring from ordinary use of SCP.

- (5) Advisory CIP is a Cost to the Administration of Justice By Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation

[263] The Court has already touched on the fact that advisory CIP enables transactions that anticipate litigation with the conclusion that this undermines the administration of justice. While a subject matter that relates to the cost-benefit analysis of CIP based on the factors of the administration of justice, it could be considered under in this part. I nevertheless conclude that it is better reviewed as an external policy factor in the section that follows.

#### D. *External Social Policies*

[264] The Court is required to consider the respondents' argument according to which the "economic and social values inherent in fostering commercial transactions" merit the recognition of a CIP (*Fraser Milner Casgrain* [*Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682], cited in *Pitney Bowes*, at paragraph 17). They claim that the values inherent in enabling commercial transactions have been recognized extensively in Canadian

[261] C'est dans ce contexte que la transparence demeure la solution optimale pour veiller à ce qu'il y ait le moins d'abus possible lors de la négociation d'opérations commerciales. Il est généralement accepté que la transparence, dans n'importe quel type de situation où il y a une possibilité d'abus, est une réponse appropriée qui aide à dissuader les parties à adopter une mauvaise conduite lorsqu'il n'existe aucune autre forme de dissuasion ou que celle-ci n'est pas efficace.

[262] En conclusion, il est probable que le privilège d'intérêt commun, de par sa complexité et ses limites quant à la transparence des négociations d'opérations commerciales, en plus du contexte où ce privilège existe, présenterait un risque accru d'abus dans son application et donc des coûts supplémentaires pour l'administration de la justice qui dépassent ceux découlant habituellement du secret professionnel de l'avocat.

- 5) Le privilège d'intérêt commun consultatif entraîne un coût pour l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles un litige est anticipé

[263] La Cour a déjà abordé le fait que le privilège d'intérêt commun consultatif permet des opérations pour lesquelles on prévoit un litige et a conclu que cela nuisait à l'administration de la justice. Bien qu'il s'agisse d'un sujet qui porte sur l'analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun en fonction des critères de l'administration de la justice, il pourrait être examiné dans la présente section. Je conclus néanmoins qu'il est préférable de l'examiner à titre de considération de principe externe dans la section qui suit.

#### D. *Principes sociaux externes*

[264] Notre Cour est tenue de prendre en considération la thèse des défendeurs selon laquelle « les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des transactions commerciales » justifie la reconnaissance d'un privilège d'intérêt commun (*Fraser Milner Casgrain* [*Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682], cité dans la décision *Pitney Bowes*, au paragraphe 17). Ils font valoir que les valeurs inhérentes à la réalisation des

and other common law jurisdictions to support advisory CIP.

[265] The issues considered under this section include: (1) whether external social policies are relevant to the issue of CIP; (2) the standard of proof required to establish a beneficial social policy supporting CIP; (3) whether the evidence said to establish that CIP is necessary to foster commercial transactions is speculative; (4) whether CIP undermines the administration of justice because it mostly enables commercial transactions that anticipate litigation; and (5) whether the type of commercial transactions enabled by CIP provide value or challenges to society.

(1) Policy Factors are Irrelevant to CIP

[266] There appears to be no decision in which a court has questioned whether economic and social policies are relevant to issues of SCP and advisory CIP. In the Court's view, such external policy factors, i.e. that do not pertain to the administration of justice, are irrelevant for the following reasons.

[267] First, SCP is founded exclusively on factors that relate to the administration of justice. The narrow benefit of SCP pertains to the privilege supporting the solicitor-client relationship as an essential constituent of the administration of justice. The countervailing cost of the privilege is similarly narrowly expressed in terms of the obstruction the privilege causes the administration of justice by preventing the introduction of relevant evidence at trial.

[268] Second, by the distinction that SCP is a class privilege, its requirements are limited to establishing legally related lawful communications between the client and

opérations commerciales sont reconnues largement dans les administrations canadiennes et d'autres administrations de common law pour appuyer le privilège d'intérêt commun consultatif.

[265] Les questions examinées dans cette section sont les suivantes : 1) Les principes sociaux externes sont-ils pertinents à la question du privilège d'intérêt commun? 2) Quelle est la norme de preuve requise pour établir un principe social avantageux à l'appui du privilège d'intérêt commun? 3) La preuve qui établirait que le privilège d'intérêt commun est nécessaire à la promotion des opérations commerciales est-elle spéculative? 4) Le privilège d'intérêt commun nuit-il à l'administration de la justice parce qu'il permet principalement des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit un litige? 5) Les opérations commerciales rendues possibles par le privilège d'intérêt commun offrent-elles une valeur ou entraînent-elles des difficultés pour la société?

1) Les considérations de principe ne sont pas pertinentes au privilège d'intérêt commun

[266] Il semble n'y avoir aucune décision dans laquelle un tribunal s'est demandé si les principes économiques et sociaux étaient pertinents au secret professionnel de l'avocat et au privilège d'intérêt commun consultatif. Selon la Cour, ces considérations de principe externes, c.-à-d. qui ne concernent pas l'administration de la justice, ne sont pas pertinentes pour les raisons qui suivent.

[267] Premièrement, le secret professionnel de l'avocat est fondé exclusivement sur des considérations qui se rapportent à l'administration de la justice. L'avantage restreint du secret professionnel de l'avocat concerne le privilège à l'appui de la relation avocat-client comme un élément essentiel de l'administration de la justice. Le coût du privilège qui fait contreponds est lui aussi exprimé de façon restreinte relativement à l'entrave que le privilège cause à l'administration de la justice en empêchant la présentation d'éléments de preuve pertinents au procès.

[268] Deuxièmement, étant donné la distinction portant que le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique, ses exigences se limitent à établir que le

lawyer for the privilege to be *prima facie* acknowledged. There is no scope for the introduction of other considerations with respect to issues such as the termination of waiver of a SCP. If other factors not related to the administration of justice are brought to bear, the courts require the privilege to be established on a case-by-case basis, where external policy factors may be relevant, but are judged against a different standard and set of factors.

[269] Third, because SCP is a class privilege its application is generic across the field of legal advice. There is no scope within its four corners to make exceptions based upon the purpose, use, or outcome of its application, unless raising a particular concern with respect to the administration of justice. External economic and social policies would not fall into that category.

[270] Fourth, a social policy analysis of SCP could create an unresolvable conflict with an analysis based upon the factors relevant to the administration of justice. Obviously, if policy factors are relevant, so too would be those relating to the administration of justice. If the weighing of the latter factors established that the costs of advisory CIP were greater than the benefits, then the issue would become whether policy factors should outweigh those of the administration of justice. This would present an untenable result for SCP policy, and would not be countenanced for all of three obstacles to such an analysis described above.

[271] Accordingly, the Court concludes that policy factors are irrelevant to any aspect of SCP, including whether to recognize advisory CIP as a legitimate constituent of its doctrine. It follows therefore, the conclusions stated in the “plethora of case law” that cite economic and social values as a foundation for the

client et son avocat ont échangé des communications licites sur le plan juridique pour que le privilège soit reconnu à première vue. Il n’est pas possible de présenter d’autres considérations concernant des questions comme la cessation de la renonciation au secret professionnel de l’avocat. Si d’autres considérations ne se rapportant pas à l’administration de la justice sont portées à l’attention des tribunaux, ceux-ci demandent que le privilège soit établi au cas par cas lorsque des considérations de principe externes peuvent être pertinentes, mais sont évaluées par rapport à une norme différente et un ensemble de considérations différent.

[269] Troisièmement, puisque le secret professionnel de l’avocat est un privilège générique, il est appliqué de manière générique dans le domaine de la consultation juridique. Il n’y a aucune possibilité de faire des exceptions en fonction de l’objectif, de l’utilisation ou des résultats de son application, à moins de soulever une préoccupation particulière concernant l’administration de la justice. Les principes économiques et sociaux externes ne relèvent pas de cette catégorie.

[270] Quatrièmement, une analyse des principes sociaux du secret professionnel de l’avocat entraînerait un conflit insurmontable avec une analyse fondée sur les considérations pertinentes pour l’administration de la justice. De toute évidence, si des considérations de principe sont pertinentes, il en serait de même pour celles liées à l’administration de la justice. Si l’appréciation de ces considérations démontrait que les coûts du privilège d’intérêt commun consultatif sont supérieurs aux avantages, alors la question deviendrait celle de savoir si les considérations de principe devraient l’emporter sur celles liées à l’administration de la justice. Cela donnerait lieu à un résultat indéfendable pour le principe du secret professionnel de l’avocat et ne serait pas approuvé pour les trois obstacles à une telle analyse décrits précédemment.

[271] Par conséquent, la Cour conclut que les considérations de principe ne sont pas pertinentes à l’égard des aspects du secret professionnel de l’avocat, ni pour déterminer s’il y a lieu de reconnaître le privilège d’intérêt commun consultatif comme un élément légitime de son principe. Il s’ensuit donc que les conclusions énoncées

recognition of advisory CIP are based on an irrelevant consideration.

- (2) The social policy benefits of CIP must be proven on a balance of probabilities

[272] As noted by Wigmore, the benefit to the administration of justice of SCP need only be indirect and speculative. Should the same standard apply to the alleged benefits of CIP, or should it be on the higher standard of a likelihood or probability? Three points seem relevant to this debate.

[273] First, as mentioned, this is not a discussion about CIP's benefits to the administration of justice, a subject matter about which the courts are inherently knowledgeable as it relates to the fundamental principles within their domain. Most external social policies are another kettle of fish in the sense that courts need evidence, preferably direct, but at least of a strong inferential foundation, to establish as a fact that there is some benefit to society relating to external social economic policies and that the confidentiality of exchanged legal advice on matters of common interest plays a role in promoting these benefits.

[274] Second, although the standard of proof of the benefit under SCP doctrine is only that of a possibility, or speculation, it is rationalized on the basis that the confidentiality of these communications is considered essential to the maintenance of the solicitor-client relationship. Issues pertaining to economic and social values share no similarity with those of SCP, besides which advisory CIP is not founded upon the maintenance of a solicitor-client relationship. The standard of proof of the benefit of the economic or social values pertaining to advisory CIP should not therefore, be so low as that of a possibility.

dans la « jurisprudence abondante » qui cite des valeurs économiques et sociales comme fondement de la reconnaissance du privilège d'intérêt commun consultatif sont fondées sur une considération non pertinente.

- 2) Les avantages sociaux du privilège d'intérêt commun doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités

[272] Comme l'a noté Wigmore, l'avantage du secret professionnel de l'avocat pour l'administration de la justice doit seulement être indirect et spéculatif. La même norme devrait-elle s'appliquer aux avantages allégués du privilège d'intérêt commun ou devrait-on appliquer une norme plus élevée de probabilité? Trois points semblent pertinents dans le cadre de ce débat.

[273] Premièrement, comme il a été mentionné, il ne s'agit pas d'un examen des avantages du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice, un sujet que les tribunaux connaissent très bien puisqu'il porte sur les principes fondamentaux de leur domaine. La situation est toute autre s'agissant de la plupart des principes sociaux externes, en ce sens que les tribunaux ont besoin de preuve, de préférence directe, mais ayant au moins un fondement factuel solide, pour prouver qu'il existe quelques avantages pour la société en ce qui concerne les principes économiques et sociaux externes et que la confidentialité des avis juridiques échangés sur des questions d'intérêt commun joue un rôle dans la promotion de ces avantages.

[274] Deuxièmement, bien qu'en vertu du principe du secret professionnel de l'avocat, la norme de preuve de l'avantage n'en soit une que de possibilité, ou de spéculation, cette norme est justifiée au motif que la confidentialité de ces communications est jugée essentielle au maintien de la relation avocat-client. Les questions touchant les valeurs économiques et sociales n'ont aucune similitude avec celles du secret professionnel de l'avocat, en comparaison avec lequel le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas fondé sur le maintien d'une relation avocat-client. La norme de preuve de l'avantage des valeurs économiques ou sociales se rapportant au privilège d'intérêt commun consultatif ne devrait donc pas être aussi faible que celle de la possibilité.

[275] Third, insofar as the respondents are relying upon an external social policy, I see no reason why the principle in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263 (*Gruenke*), at pages 289–291, setting out a rigorous standard of proof for the establishment of new categories of privileged communications based on external social policies, should not apply. This principle requires the demonstration of an external social policy of such unequivocal importance that it demands protection (*Gruenke*, at page 296):

The categories of privileged communications are, however, very limited — highly probative and reliable evidence is not excluded from scrutiny without compelling reasons. In Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), the authors remark at p. 157:

The extension of the doctrine of privilege consequentially obstructs the truth-finding process, and, accordingly, the law has been reluctant to proliferate the areas of privilege unless an external social policy is demonstrated to be of such unequivocal importance that it demands protection. [Emphasis added.]

[276] Accordingly, the Court concludes that the respondents must prove as a probability or likelihood that the confidentiality of the CIP communications is necessary to enable commercial transactions, as well as that commercial transactions said to be enabled by CIP are of unequivocal importance to society.

- (3) The evidence supporting that CIP is necessary to foster commercial transactions is speculative at best

[277] The majority in *Ambac* relied upon the absence of necessity to reject the alleged benefit of CIP. The judges concluded that because “no evidence has been presented here that privileged communication-sharing outside the context of litigation is necessary to achieve those objectives”, they were not sustainable (at page 628). The majority found no evidence that mergers, licensing

[275] Troisièmement, dans la mesure où les défendeurs se fondent sur un principe social externe, je ne vois aucune raison pour que le principe établi dans l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 (*Gruenke*), aux pages 289 à 291, établissant une norme de preuve rigoureuse pour la création de nouvelles catégories de communications privilégiées en fonction de principes sociaux externes, ne devrait pas s’appliquer. Ce principe requiert que l’on démontre qu’un principe social externe est d’une telle importance non équivoque qu’il exige une protection (*Gruenke*, à la page 296) :

Les catégories de communications privilégiées sont, toutefois, très limitées — des éléments de preuve très probants et fiables ne sont pas exclus sans raisons valables. Dans Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), les auteurs font remarquer, à la p. 157, que :

[TRADUCTION] L’application de la théorie du privilège fait par conséquent obstacle au processus de recherche de la vérité et, en conséquence, le droit a hésité à multiplier les domaines de privilège à moins qu’on ne démontre qu’un principe social externe est d’une telle importance non équivoque qu’il exige une protection. [Non souligné dans l’original.]

[276] Par conséquent, la Cour conclut que les défendeurs doivent prouver, à titre de probabilité ou de vraisemblance, que la confidentialité des communications visées par le privilège d’intérêt commun est nécessaire pour permettre des opérations commerciales, et que ces opérations commerciales qui auraient été facilitées par le privilège sont d’une importance non équivoque pour la société.

- 3) La preuve à l’appui de la thèse selon laquelle le privilège d’intérêt commun est nécessaire pour favoriser les opérations commerciales est, au mieux, spéculative

[277] Les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* se sont fondés sur l’absence de nécessité pour rejeter l’avantage allégué du privilège d’intérêt commun. Ils ont conclu que parce qu’[TRADUCTION] « aucune preuve n’a été présentée pour démontrer que l’échange de communications privilégiées en dehors du contexte de litige est nécessaire pour atteindre ces objectifs », ils n’étaient

agreements and other complex commercial transactions were not occurring in New York or that there was evidence that corporate clients had ceased complying with the law because of the absence of CIP. This conclusion also appears to be empirically sustained by the innumerable commercial transactions concluded over the last century involving common interests of clients before advisory CIP came into vogue.

[278] The respondents dispute the majority reasoning that these issues are matters of “evidence” in the socio-economic sense in which the majority uses the term and that it is not necessary to provide evidence that confining CIP to the litigation context would have a detrimental effect on commercial transactions. The Court repeats its view that socio-economic conclusions relating to a policy issue, if relevant at all, require evidence to be established as a fact.

[279] Despite the respondent’s views on the lack of necessity for evidence, they argue that the Court should rely upon the affidavits filed by Messrs. Donor and Kirby, which state that not applying CIP would inhibit the progress of their transaction. Mr. Kirby deposed that if he had known that a third party such as the CRA could obtain the memorandum or other material that was discussed during the course of the transaction, then it would have been impossible to complete the transaction. He was not cross-examined on this statement.

[280] Little weight may be attributed to these affidavits. The validity of CIP is not to be determined by the specific situations that come before the Court, as this would be an even further narrowing the field of SCP application. To accept this approach to the application of CIP would truly make it case to case, but taken down to the level of the specific case before the court.

pas atteignables (à la page 628). Les juges majoritaires n’ont pas trouvé de preuve démontrant qu’aucune fusion, ni aucun contrat de licence, ni aucune autre opération commerciale complexe n’était réalisé à New York, ou démontrant que les sociétés clientes avaient cessé de se conformer au droit en raison de l’absence d’un privilège d’intérêt commun. Cette conclusion semble également être empiriquement étayée par les nombreuses opérations commerciales conclues durant le dernier siècle et mettant en jeu des intérêts communs de clients avant que le privilège d’intérêt commun consultatif devienne à la mode.

[278] Les défendeurs contestent le raisonnement des juges majoritaires selon lequel ces questions sont des questions de « preuve » dans le sens socio-économique où les juges majoritaires utilisent ce terme, et prétendent qu’il n’est pas nécessaire de fournir une preuve que le fait de restreindre le privilège d’intérêt commun au contexte de litige aurait un effet préjudiciable sur les opérations commerciales. La Cour réitère son avis selon lequel les conclusions socio-économiques se rapportant à une question de principe, si elles sont le moins pertinentes, doivent être démontrées par une preuve.

[279] Malgré l’avis des défendeurs sur l’absence d’une nécessité de présenter une preuve, ils soutiennent que notre Cour devrait se fonder sur les affidavits déposés par M. Donor et M. Kirby, qui indiquent que de ne pas appliquer le privilège d’intérêt commun nuirait à l’avancement de leur opération. M. Kirby a indiqué que s’il avait su qu’un tiers comme l’ARC pouvait obtenir la note de service ou d’autres documents qui ont été examinés durant l’opération, il aurait alors été impossible de réaliser celle-ci. Il n’a pas été contre-interrogé à l’égard de cette affirmation.

[280] Peu de poids peut être accordé à ces affidavits. La validité du privilège d’intérêt commun ne doit pas être déterminée par les situations précises qui sont présentées à la Cour, car cela réduirait encore davantage le champ d’application du secret professionnel de l’avocat. Le fait d’accepter cette approche de l’application du privilège d’intérêt commun le rendrait réellement un privilège au

[281] Moreover, it would not have been necessary or possible to cross-examine the deponents on this evidence, inasmuch as the respondents would not have disclosed the memorandum or pointed out which parts of it would be of such significance to prevent a transaction which would generate significant tax savings.

[282] The parties were requested in the Court's second direction to provide any empirical data or evidence that would support the contention that CIP has the effect of encouraging the formation of commercial contracts. None was furnished.

[283] Counsel were also asked whether the conclusion that not applying CIP would inhibit the progress of the formation of commercial contracts was a conclusion on which the Court could take judicial notice. The respondents did not attempt to persuade the Court that the fact that the absence of CIP would discourage the formation of commercial transactions was of such notorious knowledge that it could be taken as a matter of established fact.

[284] As far as the Court is able to determine, the conclusion that CIP promotes the formation of commercial contracts in the jurisprudence cited in support of this proposition, represents the unsupported opinions of judges. As a practical matter, it does occur that judges' factual conclusions are accepted as a form of common-knowledge-inference based on human conduct without any requirement for substantiation. But with respect, the unsupported opinions of judges are an insufficient foundation for a significant new legal doctrine such as expanding SCP to include CIP. Similarly, the opinions of judges would not meet the requirement of establishing as a fact that CIP encourages parties to form contracts that would not occur absent the privilege.

cas par cas, mais le ramènerait au niveau de l'affaire précise dont est saisi le tribunal.

[281] En outre, il n'aurait pas été nécessaire ou possible de contre-interroger les déposants au sujet de cette preuve, car les défendeurs n'auraient pas divulgué la note de service ou indiqué quelles parties de celle-ci seraient suffisamment importantes pour empêcher la réalisation d'une opération qui entraînerait des économies d'impôt considérables.

[282] Dans sa deuxième directive, la Cour a demandé aux parties de fournir des données empiriques ou des éléments de preuve à l'appui de l'affirmation selon laquelle le privilège d'intérêt commun a pour effet d'inciter la formation de contrats commerciaux. Notre Cour n'a rien reçu.

[283] On a également demandé aux avocats si la conclusion selon laquelle le fait de ne pas appliquer le privilège d'intérêt commun nuirait à l'avancement de la formation de contrats commerciaux était une conclusion que notre Cour pouvait tenir pour fait notoire. Les défendeurs n'ont pas tenté de convaincre notre Cour que le fait que l'absence d'un privilège d'intérêt commun dissuaderait la réalisation d'opérations commerciales était si reconnu qu'il pouvait être considéré comme un fait établi.

[284] Dans la mesure où notre Cour est capable de le déterminer, la conclusion selon laquelle le privilège d'intérêt commun facilite la formation de contrats commerciaux dans la jurisprudence citée à l'appui de cette proposition représente les opinions non fondées des juges. En pratique, il arrive que les conclusions factuelles des juges soient acceptées à titre d'inférences de notoriété publique fondées sur un comportement humain sans qu'il soit nécessaire de fournir une justification. Toutefois, à mon humble avis, les opinions non fondées des juges constituent un fondement suffisant pour établir un nouveau principe juridique important comme celui d'élargir le secret professionnel de l'avocat en vue d'inclure le privilège d'intérêt commun. De même, les opinions des juges ne satisferaient pas à l'exigence voulant qu'il faille démontrer que le privilège d'intérêt commun

(4) Advisory CIP Undermines the Administration of Justice by Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation

[285] In this section, the Court outlines its reasoning that advisory CIP undermines the administration of justice, because it mostly enables transactions that anticipate creating litigation. This point was adverted to earlier when conducting the cost-benefit analysis of CIP's impact on the administration of justice as measured against the factors in SCP doctrine. It is more appropriate to consider the topic as a policy factor. The issue did not fit well with an analysis based strictly on CIP's relation to SCP factors. As well, the downside effects of contracts anticipating creating litigation only arise when challenging the policy argument that CIP is necessary to foster commercial transactions. Nevertheless, the issue straddles both forms of cost benefit analysis, such that the remarks that follow are relevant to a cost benefit analysis based on the administration of justice, and should be considered under that heading as well.

[286] The majority in *Ambac* concluded that advisory CIP was not necessary to enable commercial transactions except for those that anticipated litigation. In doing so, the majority quoted the following passage from Melanie B. Leslie, "The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege" (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31, at page 68 (cited in *Ambac*, at page 629):

.... "when parties share attorney-client communication for planning purposes outside of the specter of anticipated litigation, such as when parties cooperate to strengthen or obtain patent protection ... it is more likely

incite les parties à passer des contrats qui n'auraient pas été conclus en l'absence de ce privilège.

4) Le privilège d'intérêt commun consultatif nuit à l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit un litige

[285] Dans la présente section, notre Cour fait valoir son raisonnement selon lequel le privilège d'intérêt commun consultatif nuit à l'administration de la justice parce qu'il permet principalement des opérations pour lesquelles on prévoit la formation d'un litige. Ce point a été mentionné précédemment dans le cadre de l'analyse coûts-avantages de l'incidence du privilège d'intérêt commun sur l'administration de la justice par rapport aux critères établis dans le principe du secret professionnel de l'avocat. Il est plus approprié d'examiner ce sujet comme une considération de principe. La question ne se prêtait pas bien à une analyse basée strictement sur la relation entre le privilège d'intérêt commun et les critères du secret professionnel de l'avocat. De plus, les effets négatifs des contrats présageant la formation de litiges ne surviennent que lorsque l'on conteste l'argument de principe selon lequel le privilège d'intérêt commun est nécessaire à la promotion des opérations commerciales. Néanmoins, la question chevauche les deux formes d'analyse coûts-avantages, de sorte que les remarques qui suivent sont pertinentes dans une analyse coûts-avantages reposant sur l'administration de la justice et devraient être prises en compte dans cette section également.

[286] Dans l'arrêt *Ambac*, les juges majoritaires ont conclu que le privilège d'intérêt commun consultatif n'était pas nécessaire pour permettre des opérations commerciales, sauf celles qui prévoyaient un litige. En ce faisant, les juges majoritaires ont cité le passage suivant de Melanie B. Leslie, « The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege » (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31, à la page 68 (cité dans l'arrêt *Ambac*, à la page 629) :

[TRADUCTION] [...] « lorsque les parties s'échangent des communications qui ont eu lieu entre un avocat et son client à des fins de planification en dehors du spectre d'un litige prévu, de sorte que lorsque les parties coopèrent

that [they] would have shared information even absent the privilege”....

[287] This conclusion is logical and, moreover, describes a result that undermines the administration of justice. This conclusion is based on a number of contributing factors. First, the critical issue in these cases is whether confidentiality is necessary to generate more disclosure and advice than would be forthcoming without the privilege, thereby facilitating the negotiations leading to the transaction. Second, transactions where the parties act cooperatively require the free flow of information in order to coordinate the arrangement of their affairs; but this requirement exists regardless of any privilege. Third, CIP is only activated during trial when a party claims to be prejudiced in some manner that entails challenging the deal SCP is said to have enabled. It is at this time that the privilege plays its role to prevent disclosure of relevant communications concerning how the transaction was enabled.

[288] If the transaction raises no issues of its lawfulness, and projects reasonable economic returns, this should be incentive enough to encourage the sufficient exchange of information for the deal to close. Even for transactions where litigation is anticipated, but the returns are significant, a risk analysis may support proceeding with the deal despite the headwinds of litigation. By deduction, CIP most often would serve the purpose of fostering those commercial transactions where it is anticipated that the deal is at high risk of generating litigation and the legal discussions, if disclosed, may prejudice the litigation. Otherwise, CIP is not necessary.

[289] If advisory CIP mostly enables commercial transactions that anticipate litigation, then it undermines the

pour renforcer ou obtenir une protection par brevet [...] il est plus probable qu’[elles] auraient partagé des renseignements même en l’absence du privilège » [...]

[287] Cette conclusion est logique et, par ailleurs, décrit une issue qui nuit à l’administration de la justice. Elle est fondée sur plusieurs facteurs contributifs. Premièrement, la question essentielle dans ces affaires est celle de savoir si la confidentialité est nécessaire pour qu’un plus grand nombre de documents et d’avis soient communiqués que ce qui aurait au départ été communiqué sans le privilège, facilitant ainsi les négociations menant à l’opération. Deuxièmement, les opérations où les parties agissent en coopération nécessitent un libre échange de renseignements afin de coordonner la gestion de leurs affaires, mais cette exigence existe indépendamment du privilège. Troisièmement, le privilège d’intérêt commun ne prend naissance qu’au cours du procès, lorsqu’une partie prétend subir un préjudice quelconque qui l’oblige à contester le marché qui aurait été facilité par le secret professionnel de l’avocat. C’est à ce moment-là que le privilège joue son rôle d’empêcher la divulgation de communications pertinentes concernant la façon dont l’opération a été réalisée.

[288] Si l’opération ne soulève aucune question quant à sa légalité et qu’elle prévoit des retombées économiques raisonnables, cela devrait constituer un incitatif suffisant pour favoriser l’échange de suffisamment de renseignements pour conclure le marché. Même pour les opérations pour lesquelles un litige est prévu, mais dont les retombées sont importantes, une analyse des risques peut jouer en faveur de la conclusion du marché, malgré la menace d’un litige. Par déduction, le privilège d’intérêt commun a la plupart du temps comme objectif de faciliter des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit que le marché risque fortement de donner lieu à un litige et pour lesquelles les discussions juridiques, si elles sont divulguées, peuvent nuire à ce litige. Dans les autres cas, le privilège d’intérêt commun n’est pas nécessaire.

[289] Si le privilège d’intérêt commun consultatif permet principalement les opérations commerciales pour

administration of justice. First, CIP promotes litigation by the nature of the high risk transaction that it enables that would not have been concluded, but for the privilege. High litigation risk transactions are more likely to result in litigation. Second, and simultaneously to enabling high litigation risk transactions, CIP protects the very communications that might demonstrate the unlawfulness of the transaction it enabled. In other words, CIP is enabling high-risk litigation that creates an economic profit for the clients, while helping fend off any future challenge to how the profits were earned by keeping out evidence that would expose the legal deficiencies of the deal.

[290] Finally, in respect of encouraging compliance with the law, as CIP is only relevant where litigation is anticipated and where CIP offers the allied parties a strategic advantage, CIP would tend to foster less compliance with the law. It does so by assisting allied parties succeed in a potentially losing case by relying on the privilege to conceal the deficiencies of the transaction. Such may be the situation in this matter, if CIP is held to be a valid component of SCP law.

- (5) Many commercial transactions said to be enabled by CIP provide no value but contribute to the challenges facing societies

[291] It is not disputed that society benefits from some commercial transactions. This is implicitly recognized as members of society enjoy the fruit of many of these transactions in nearly everything they do and how they live in modern society. As pointed out though, only commercial transactions that anticipate litigation or require the privilege to enable the transaction need CIP, making this issue irrelevant to most commercial transactions that are concluded. In addition, the positive

lesquelles on prévoit un litige, il nuit alors à l'administration de la justice. D'abord, le privilège d'intérêt commun favorise le litige en raison de la nature de l'opération à haut risque qu'il facilite et qui n'aurait pas été conclue en l'absence du privilège. Les opérations pour lesquelles les risques de litige sont très élevés sont plus susceptibles de donner lieu à un litige. Ensuite, en plus de faciliter des opérations dont les risques de litige sont élevés, le privilège d'intérêt commun protège les communications qui peuvent démontrer l'illégalité de l'opération qu'il facilite. Autrement dit, le privilège d'intérêt commun facilite les litiges à haut risque qui entraînent un profit économique pour les clients, tout en aidant à défier toute contestation future concernant la façon dont les profits ont été obtenus en gardant hors de portée les éléments de preuve qui exposeraient les lacunes juridiques du marché.

[290] Enfin, pour ce qui est d'encourager le respect de la loi, étant donné que le privilège d'intérêt commun n'est pertinent que lorsqu'un litige est prévu et que lorsqu'il offre aux parties alliées un avantage stratégique, il aurait tendance à favoriser moins de respect de la loi. Il le fait d'ailleurs en aidant les parties alliées à avoir gain de cause dans une affaire possiblement perdue d'avance en se fondant sur le privilège pour cacher les lacunes de l'opération. Il pourrait en être ainsi en l'espèce, s'il est jugé que le privilège d'intérêt commun est un élément valide du droit du secret professionnel de l'avocat.

- 5) De nombreuses opérations commerciales qui auraient été facilitées par le privilège d'intérêt commun n'offrent aucune valeur, mais contribuent aux difficultés auxquelles la société fait face

[291] Il n'est pas contesté que la société tire profit de certaines opérations commerciales. Cela est implicitement reconnu, car les membres de la société profitent du fruit de bon nombre de ces opérations dans presque tout ce qu'ils font et dans leur façon de vivre dans une société moderne. Comme il a été souligné, par contre, seules les opérations commerciales qui prévoient un litige ou qui nécessitent le privilège pour faciliter l'opération ont besoin du privilège d'intérêt commun, ce qui rend cette

views on the economic and social interests that are said to be inherent in CIP, would diminish if it is recognized that the nature of many of the transactions provide no, or questionable economic or social benefit to society.

[292] The CRA believes that the transactions the parties and their corporate entities arranged under the cloak of legal secrecy so as to avoid paying significant taxes are abusive. Abusive tax avoidance schemes are a significant category of transactions that greatly benefit from CIP, yet do not provide any meaningful economic or social benefit to society.

[293] “Transformative” commercial transactions involving mergers and acquisitions of corporations or their assets also raise highly controversial issues about their societal benefits. The Court can take judicial notice of the fact that the horizontal or vertical concentration of production and services are thought by economists to harmfully augment monopolistic and oligarchical economic structures contributing to other socially harmful interests.

[294] CIP will also enable commercial transactions that are of questionable legality given the purposes they are put to. Examples abound. They may involve placing wealth off shore, or estate planning of wealthy persons, or multinational corporations shifting their costs to high-tax countries and their profits to low-tax countries. The transactions require the employment of lawyers in several countries or legal jurisdictions who excel at navigating the complexity and opacity of their legal world or of international treaties and arcane points of law that abound there. The schemes may resort to shell corporations, offshore trusts, and other legal constructs such as bankruptcies or cross-border protections that require secrecy of their advisory communications in order to be concluded. Like this matter, there is little or no economic reality to these transactions, nor any benefit to society. Each time there are exchanges of

question non pertinente pour la plupart des opérations commerciales qui sont conclues. Par ailleurs, les opinions positives concernant les intérêts économiques et sociaux qui seraient inhérents au privilège d'intérêt commun diminueraient s'il était reconnu que la nature de bon nombre des opérations n'offre aucun avantage économique ou social à la société, ou que cet avantage est douteux.

[292] L'ARC estime que les opérations que les parties et leurs sociétés ont organisées sous le couvert du secret professionnel de manière à éviter de payer des impôts considérables sont abusives. Les stratagèmes abusifs d'évitement fiscal sont une catégorie importante d'opérations qui profitent grandement du privilège d'intérêt commun, mais qui n'offrent pas d'avantage économique ou social important à la société.

[293] Les opérations commerciales « transformatives » mettant en cause des fusions et des acquisitions de sociétés ou de leurs actifs soulèvent également des questions très controversées concernant leurs avantages pour la société. Notre Cour peut tenir pour fait notoire que la concentration horizontale ou verticale des produits et des services, selon les économistes, fait augmenter dangereusement les structures économiques monopolistiques et oligarchiques qui contribuent à d'autres intérêts néfastes pour la société.

[294] Le privilège d'intérêt commun facilitera aussi les opérations commerciales dont la légalité est douteuse étant donné l'objectif qu'elles visent à atteindre. Les exemples sont nombreux. Il peut s'agir de placements à l'étranger, de la planification successorale de gens fortunés ou de l'imputation, par des sociétés multinationales, de leurs coûts dans les pays où le taux d'imposition est élevé et de leurs profits dans les pays où le taux est faible. Dans plusieurs pays ou administrations juridiques, la réalisation d'opérations nécessite de retenir les services d'avocats qui savent naviguer dans la complexité et l'opacité de leur monde juridique ou des traités internationaux et des points de droit obscurs qui y sont fréquents. Ces stratagèmes peuvent avoir recours à des sociétés fictives, à des fiducies résidentes à l'étranger et à d'autres concepts juridiques comme la faillite ou la protection transfrontalière qui requièrent

legal advice between the lawyers there will be cause to find a common legal interest of concluding the transaction with the result that the legal advisory communications and all of the accompanying expert and related evidence will be privileged.

[295] The scope of what may be included as a beneficial commercial transaction is simply too broad to serve any judgmental purpose on policy. There are many areas where the commercial transactions relying on the protections of advisory CIP serve little or no benefit, or even could be said to be harmful in the outcomes they exact on society. The point is that commercial transactions import whatever societal value the parties negotiating them bring to the table.

[296] The Court's view is that there is no reasonable sustainable policy ground to support the type of transaction that can only be negotiated if granted an advantage at a trial of hiding the transactions negotiations when its lawfulness is challenged. If the transaction needs an upper hand in the adversarial arena to be concluded, it more than likely provides no benefit, or turns out to be detrimental to society's interests. This is in addition to being unfair to the litigant in court who seeks redress for the prejudice wrought by the transaction.

[297] In summary, the Court concludes that there is little or no reliable evidence that advisory CIP is supported by the economic and social values of the commercial transactions it is said to foster. Most commercial transactions would be concluded without the requirement of CIP based on traditional profit motives that have always motivated their formation. Those that do require the privilege are transactions that present a high risk of anticipated litigation, where the application of CIP undermines the administration of justice in the area of commercial transactions, tending towards less

la confidentialité de leurs consultations juridiques afin d'être conclus. Comme en l'espèce, il y a peu ou pas de réalité économique à ces opérations, et aucun avantage pour la société. Chaque fois que des avis juridiques sont échangés entre les avocats, il y aura une raison de trouver un intérêt juridique commun à conclure l'opération, de sorte que les communications portant sur des consultations juridiques et toute la preuve d'expert et les éléments de preuve connexes présentés à l'appui seront privilégiées.

[295] La portée de ce qui pourrait être considéré comme une opération commerciale avantageuse est simplement trop vaste pour pouvoir porter un jugement sur un principe. Il existe de nombreux domaines où les opérations commerciales fondées sur les protections du privilège d'intérêt commun consultatif n'ont que peu ou pas d'avantages, et où l'on pourrait même dire que leurs conséquences sont néfastes pour la société. Le fait est que les opérations commerciales importent toutes les valeurs sociétales que les parties qui les négocient amènent à la table.

[296] La Cour est d'avis qu'aucune raison de principes valable raisonnable n'étaye les opérations qui ne peuvent être négociées que s'il est avantageux au procès de cacher le contenu des négociations lorsque leur légalité est contestée. Si l'opération a besoin d'avoir le dessus dans le système accusatoire pour être conclue, il est plus que probable qu'elle n'offre aucun avantage ou qu'elle porte préjudice aux intérêts de la société. En outre, elle est injuste pour le plaideur qui demande à la Cour une réparation pour le préjudice causé par l'opération.

[297] En résumé, notre Cour conclut qu'il y a peu ou pas d'éléments de preuve fiables démontrant que le privilège d'intérêt commun consultatif est étayé par les valeurs économiques et sociales des opérations commerciales qu'il favoriserait. La plupart des opérations commerciales seraient conclues sans qu'il soit nécessaire de recourir au privilège d'intérêt commun en fonction de la traditionnelle quête de gain qui a toujours motivé leur réalisation. Les opérations qui ont besoin du privilège sont celles qui présentent un risque élevé de litige prévu, où l'application du privilège d'intérêt commun

compliance with the law. Many of the cases described in the jurisprudence where a CIP is advanced involve commercial transactions of no, or even detrimental value to society. In any event, the only evidence on the effect of CIP, apart from the opinions of judges, demonstrates that the absence of a CIP has had no impact on the conclusion of commercial transactions or any failure to comply with the law.

## VII. Conclusion

[298] Advisory CIP is not a valid constituent form of SCP and therefore has no application to the facts of this case for the following reasons:

1. Advisory CIP was incorrectly accepted in both the United States and Canada based upon a misapprehension that it was supported by similar rationales and purposes said to support JCP and litigation privilege, when they bear no relation to advisory CIP.

2. JCP is a valid form of SCP, while CIP is not.

3. Litigation CIP is compatible with litigation privilege based on a shared adversarial purpose. However, litigation privilege is distinct from SCP. The primary function of SCP is to maintain the solicitor-client relationship without which the administration of justice cannot function. It is not rationalized as serving any adversarial purpose. For that reason neither litigation privilege nor litigation CIP shares any functional compatibility with advisory CIP.

nuit à l'administration de la justice dans le domaine des opérations commerciales, entraînant un moindre respect de la loi. Bon nombre des cas décrits dans la jurisprudence où le privilège d'intérêt commun est invoqué mettent en cause des opérations commerciales qui n'ont aucune valeur pour la société, ou même qui lui portent préjudice. Quoi qu'il en soit, la seule preuve sur l'effet du privilège d'intérêt commun, outre l'avis des juges, démontre que l'absence d'un privilège d'intérêt commun n'a eu aucune incidence sur la conclusion d'opérations commerciales ou sur le non-respect de la loi.

## VII. Conclusion

[298] Le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas un élément valide du secret professionnel de l'avocat et ne s'applique donc pas aux faits de l'espèce pour les motifs suivants :

1. Le privilège d'intérêt commun consultatif a été accepté à tort aux États-Unis et au Canada en raison d'une mauvaise compréhension selon laquelle il était étayé par des justifications et des objectifs similaires à ceux qui appuient le secret professionnel conjoint et le privilège relatif au litige, alors qu'ils n'ont aucun lien avec le privilège d'intérêt commun consultatif.

2. Le secret professionnel conjoint est une forme valide du secret professionnel de l'avocat, contrairement au privilège d'intérêt commun.

3. Le privilège d'intérêt commun relatif au litige est compatible avec le privilège relatif au litige parce qu'ils partagent le même objectif accusatoire. Cependant, le privilège relatif au litige est distinct du secret professionnel de l'avocat. La principale fonction du secret professionnel de l'avocat consiste à maintenir la relation entre l'avocat et son client sans laquelle l'administration de la justice ne peut produire ses effets. Il ne peut se justifier comme servant quelque intérêt contradictoire. Pour ce motif, ni le privilège relatif au litige ni le privilège d'intérêt commun relatif au litige ne sont compatibles, sur le plan fonctionnel, avec le privilège d'intérêt commun consultatif.

4. Not only does advisory CIP not conform to the fundamental tenets of SCP, it is incompatible with them. Indeed, its application guts SCP of its purpose and function. The *ad hoc* rationales said to justify advisory CIP, such as it being an exception or defence to waiver, a form of selective waiver, or supported by an expectation of confidentiality, must be rejected because they eviscerate SCP of its purpose and function.

5. Advisory CIP provides no benefit to the administration of justice in either enhancing compliance or maintaining the solicitor-client relationship, while significantly adding to its costs. Advisory CIP significantly expands the quantity of relevant evidence that is denied to the courts. It is not available to most users of advisory legal services and unfairly disadvantages them at trial. Furthermore, it provides an increased potential for abuse, while undermining the administration of justice by predominantly enabling transactions that anticipate creating litigation.

6. External policy factors relating to the use of SCP, such as advisory CIP providing economic and social benefits to society by fostering commercial transactions are incompatible with SCP, which is limited to factors affecting the administration of justice.

7. Resort to external policies represents an attempted case-by-case justification of a SCP which is incompatible with the class of SCP. Advisory CIP as a case-by-case justification of privilege requires the demonstration on a balance of probabilities to be of such unequivocal importance to society that it demands protection.

4. Non seulement le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas conforme aux principes fondamentaux du secret professionnel de l'avocat, mais il est également incompatible avec ces derniers. En effet, son application dépouille le secret professionnel de l'avocat de son objectif et de sa fonction. Les raisons particulières qui justifieraient le privilège d'intérêt commun consultatif, notamment le fait qu'il s'agit d'une exception ou un moyen de défense à la renonciation, une forme de renonciation sélective ou qu'il s'appuie sur une attente de confidentialité, doivent être rejetées parce qu'elles dépouillent le secret professionnel de l'avocat de son objectif et de sa fonction.

5. Le privilège d'intérêt commun consultatif n'apporte aucun avantage pour l'administration de la justice; il ne favorise pas le respect des lois et ne maintient pas la relation avocat-client, mais il accroît considérablement les coûts. Le privilège d'intérêt commun consultatif fait augmenter considérablement le nombre d'éléments de preuve pertinents auxquels les tribunaux n'ont pas accès. Il n'est pas disponible pour la plupart des personnes qui ont recours à des services de consultation juridique et les désavantage injustement au procès. De plus, il entraîne un risque accru d'abus, tout en minant l'administration de la justice en permettant surtout la conclusion d'opérations pour lesquelles on prévoit qu'elles susciteront un litige.

6. Des considérations de principe externes liées à l'utilisation du secret professionnel de l'avocat, comme le privilège d'intérêt commun consultatif qui offre des avantages économiques et sociaux à la société en favorisant des opérations commerciales, sont incompatibles avec le secret professionnel de l'avocat, qui se limite aux considérations ayant une incidence sur l'administration de la justice.

7. Le recours à des principes externes représente une tentative de justification au cas par cas d'un privilège du secret professionnel de l'avocat qui est incompatible avec le privilège générique du secret professionnel de l'avocat. Le privilège d'intérêt commun consultatif à titre de justification au cas par cas du privilège requiert que

8. The claimed policy benefit of advisory CIP of enabling commercial transactions is entirely speculative, and more likely represents a cost to society by the fact that advisory CIP mostly enables transactions that anticipate litigation which undermine the administration of justice, or are otherwise of no, or harmful value to society.

9. The prior jurisprudence of the Federal Court of Canada, namely the *Pitney Bowes* decision, is not binding on this Court. *Pitney Bowes* is distinguishable as it was a matter involving joint client representation, not allied lawyer CIP. The Court in *Pitney Bowes* also applied unsound jurisprudence from other Canadian and American courts that relied on the false external policy factor of advisory CIP fostering commercial transactions and unsupportable expectations of confidentiality.

[299] Accordingly, the application is allowed. The respondents are required to produce the Abacus memo pursuant to subsection 231.2(1) of the ITA.

[300] No costs are awarded. The Court rejects the applicant's submissions that the memo was business advice, concluding instead that advisory CIP is not a legitimate or acceptable application of solicitor-client privilege.

l'on démontre, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est d'une telle importance non équivoque pour la société qu'il exige une protection.

8. L'avantage de principe allégué du privilège d'intérêt commun consultatif, soit de favoriser la conclusion d'opérations commerciales, est entièrement spéculatif et représente probablement plus un coût pour la société vu le fait que le privilège d'intérêt commun consultatif permet principalement des opérations pour lesquelles on prévoit un litige, ce qui mine l'administration de la justice, ou des opérations qui n'ont aucune valeur ou qui portent préjudice à la société.

9. La jurisprudence antérieure de la Cour fédérale du Canada, notamment la décision *Pitney Bowes*, ne lie pas notre Cour. Il faut établir une distinction avec la décision *Pitney Bowes*, car il s'agissait d'une affaire portant sur une représentation de clients conjoints et non sur un privilège d'intérêt commun où des avocats s'étaient alliés. Dans la décision *Pitney Bowes*, la Cour a également appliqué une jurisprudence mal fondée d'autres tribunaux canadiens et américains qui s'appuyait sur une considération de principe externe erronée selon laquelle le privilège d'intérêt commun consultatif favorise les opérations commerciales et une attente de confidentialité insoutenable.

[299] Par conséquent, la demande est accueillie. Les défendeurs sont tenus de présenter la note de service Abacus conformément au paragraphe 231.2(1) de la LIR.

[300] Aucuns dépens ne sont accordés. La Cour rejette les observations du demandeur selon lesquelles la note de service constituait un conseil commercial, concluant plutôt que le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas une application légitime ou acceptable du privilège du secret professionnel de l'avocat.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application is allowed. The respondents are required to produce the Abacus memo pursuant to subsection 231.2(1) of the ITA. No costs are awarded.

## ANNEX

**Requirement to provide documents or information**

**231.2 (1)** Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act (including the collection of any amount payable under this Act by any person), of a listed international agreement or, for greater certainty, of a tax treaty with another country, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

**Unnamed persons**

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a "third party") a requirement under subsection 231.2(1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection 231.2(3).

**Judicial authorization**

(3) A judge of the Federal Court may, on application by the Minister and subject to any conditions that the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection (1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as the "group") if the judge is satisfied by information on oath that

## JUGEMENT

LA COUR accueille la présente demande. Les défendeurs sont tenus de présenter la note de service Abacus conformément au paragraphe 231.2(1) de la LIR. Aucuns dépens ne sont accordés.

## ANNEXE

**Production de documents ou fourniture de renseignements**

**231.2 (1)** Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application ou l'exécution de la présente loi (y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi), d'un accord international désigné ou d'un traité fiscal conclu avec un autre pays, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

**Personnes non désignées nommément**

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

**Autorisation judiciaire**

(3) Sur requête du ministre, un juge de la Cour fédérale peut, aux conditions qu'il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d'un tiers la fourniture de renseignements ou la production de documents prévus au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d'une personne non désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

(a) the person or group is ascertainable; and

(b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.

(c) and (d) [Repealed, 1996, c. 21, s. 58(1)]

(4) to (6) [Repealed, 2013, c. 33, s. 21]

...

### Compliance order

**231.7 (1)** On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

### Notice required

(2) An application under subsection (1) must not be heard before the end of five clear days from the day the notice of application is served on the person against whom the order is sought.

### Judge may impose conditions

(3) A judge making an order under subsection (1) may impose any conditions in respect of the order that the judge considers appropriate.

### Contempt of court

(4) If a person fails or refuses to comply with an order, a judge may find the person in contempt of court and the person is subject to the processes and the punishments of the court to which the judge is appointed.

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) et d) [Abrogés, 1996, ch. 21, art. 58(1)]

(4) à (6) [Abrogés, 2013, ch. 33, art. 21]

[...]

### Ordonnance

**231.7 (1)** Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

### Avis

(2) La demande n'est entendue qu'une fois écoulés cinq jours francs après signification d'un avis de la demande à la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée.

### Conditions

(3) Le juge peut imposer, à l'égard de l'ordonnance, les conditions qu'il estime indiquées.

### Outrage

(4) Quiconque refuse ou fait défaut de se conformer à une ordonnance peut être reconnu coupable d'outrage au tribunal; il est alors sujet aux procédures et sanctions du tribunal l'ayant ainsi reconnu coupable.

**Appeal**

**(5)** An order by a judge under subsection (1) may be appealed to a court having appellate jurisdiction over decisions of the court to which the judge is appointed. An appeal does not suspend the execution of the order unless it is so ordered by a judge of the court to which the appeal is made.

**Appel**

**(5)** L'ordonnance visée au paragraphe (1) est susceptible d'appel devant le tribunal ayant compétence pour entendre les appels des décisions du tribunal ayant rendu l'ordonnance. Toutefois, l'appel n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de l'ordonnance, sauf ordonnance contraire d'un juge du tribunal saisi de l'appel.