

A-283-77

A-283-77

William Bernard Herman, City Parking Canada Limited, The William Bernard Herman Trust, Musketeers Investments Limited, S.A., Columbus Holdings Limited, Columbus Development Corporation Limited, Dumas Investments Limited, S.A., and City Parking Holdings Limited (Applicants)

v.

Deputy Attorney General of Canada (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., MacKay and Kelly D.JJ.—Toronto, November 10, 1977.

Practice — Application to add documents to case, with proviso that they be available only to Court for examination — Documents subject to solicitor-client privilege — Application made during course of section 28 application to review order re disposal of these documents — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 232 — Federal Court Rule 1402.

This interlocutory application is made in the course of a section 28 application seeking a review of an order of the Ontario Supreme Court, made pursuant to section 232 of the *Income Tax Act*, for the return of documents to which the solicitor-client privilege attached. It is to be treated as an application for an order (a) adding the documents in question to the case as constituted by Rule 1402(1) and (b) requiring that such documents be placed in the Court in some manner whereby they would not be available for examination except by the Court.

Held, the application is dismissed. Assuming that the Court's jurisdiction under section 28 extends to reviewing the decision or order of a judge under section 232 of the *Income Tax Act* as to whether a particular document is subject to solicitor-client privilege, such jurisdiction should not be exercised in respect of an entirely academic matter any more than an Appeal Court's jurisdiction to hear an appeal should be exercised once the order or decision attacked ceases to have any practical effect. If the Court cannot review the order under section 232, there is no point in adding the documents to the case as constituted by Rule 1402(1).

Deputy Attorney General of Canada v. Brown [1965] S.C.R. 84, applied.

APPLICATION.

COUNSEL:

J. M. Clow for applicants.
J. S. Gill for respondent.

William Bernard Herman, City Parking Canada Limited, La Fiducie William Bernard Herman, Musketeers Investments Limited, S.A., Columbus Holdings Limited, Columbus Development Corporation Limited, Dumas Investments Limited, S.A., et City Parking Holdings Limited (Requérants)

c.

Le sous-procureur général du Canada (Intimé)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges suppléants MacKay et Kelly—Toronto, le 10 novembre 1977.

c.

Pratique — Demande pour ajouter des documents au dossier, avec disposition prévoyant que seule la Cour puisse les examiner — Documents couverts par le privilège des communications entre client et avocat — Demande incidente à une demande présentée en vertu de l'article 28 pour examiner une ordonnance concernant la disposition de ces documents — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 232 — Règle 1402 de la Cour fédérale.

d.

Il s'agit d'une demande interlocutoire, incidente à une demande présentée en vertu de l'article 28, cherchant à obtenir un examen d'une ordonnance de la Cour suprême de l'Ontario qui a été rendue conformément à l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour la restitution de documents couverts par le privilège des communications entre client et avocat. Elle doit être considérée comme une demande pour une ordonnance a) ajoutant les documents en question au dossier constitué comme le prévoit la Règle 1402(1) et b) exigeant que ces documents soient déposés à la Cour de telle manière que seule la Cour puisse les examiner.

e.

Arrêt: la demande est rejetée. Prenant pour acquis que la compétence donnée à la Cour par l'article 28 couvre l'examen de la décision ou ordonnance qu'un juge rend sous le régime de l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur la question de savoir si un document donné est couvert par le privilège des communications entre client et avocat, cette compétence ne doit pas plus être exercée à l'égard d'une question purement théorique que ne doit l'être la compétence d'une cour d'appel d'entendre l'appel d'une ordonnance ou décision que n'a plus aucun effet pratique. Si la Cour ne peut examiner l'ordonnance en vertu de l'article 232, il n'y a aucune utilité à ajouter les documents au dossier constitué comme le prévoit la Règle 1402(1).

h.

Arrêt appliqué: *Le sous-procureur général du Canada c. Brown* [1965] R.C.S. 84.

i.

DEMANDE.

AVOCATS:

J. M. Clow pour les requérants.
J. S. Gill pour l'intimé.

j.

SOLICITORS:

Goodman & Carr, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

JACKETT C.J.: This is an interlocutory application made in the course of a section 28 application. It is expedient to outline the proceedings preceding the interlocutory application before attempting to indicate the substance of it.

Section 232 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63¹ provides, *inter alia*, a procedure for resolving a claim of solicitor-client privilege in respect of documents seized under that Act, which

¹ The following are the relevant portions of section 232:

232. . . .

(4) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (3), the client, or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within 14 days from the day the document was so placed in custody, apply, upon 3 days' notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, to a judge for an order

(i) fixing a day (not later than 21 days after the date of the order) and place for the determination of the question whether the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, and

(ii) requiring the custodian to produce the document to the judge at that time and place;

(b) serve a copy of the order on the Deputy Attorney General of Canada and the custodian within 6 days of the day on which it was made, and, within the same time, pay to the custodian the estimated expenses of transporting the document to and from the place of hearing and of safeguarding it; and

(c) if he has proceeded as authorized by paragraph (b), apply, at the appointed time and place, for an order determining the question.

(5) An application under paragraph (4)(c) shall be heard *in camera*, and on the application

(a) the judge may, if he considers it necessary to determine the question, inspect the document and, if he does so, he shall ensure that it is repackaged and resealed; and

(b) the judge shall decide the matter summarily and,

(i) if he is of opinion that the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order the custodian to deliver the document to the lawyer, and

PROCUREURS:

Goodman & Carr, Toronto, pour les requérants.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE EN CHEF JACKETT: Il s'agit d'une demande interlocutoire, incidente à une demande présentée en vertu de l'article 28. Avant d'essayer de cerner le fond de la demande interlocutoire, il convient d'établir les grandes lignes des procédures qui l'ont précédée.

L'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63¹ prévoit notamment une procédure qui permet de statuer sur une allégation de privilège des communications entre client et

¹ Voici les extraits pertinents de l'article 232:

232. . . .

(4) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (3), le client, ou l'avocat au nom de celui-ci, peut

a) dans un délai de 14 jours à compter de la date où le document a été ainsi placé sous garde, demander à un juge, moyennant un avis de requête de 3 jours adressé au sous-procureur général du Canada, de rendre une ordonnance

(i) fixant une date (au plus tard 21 jours après la date de l'ordonnance) et un lieu, où sera décidée la question de savoir si le client jouit du privilège des communications entre client et avocat quant au document, et

(ii) exigeant du gardien qu'il présente le document au juge à ces temps et lieu;

b) signifier une copie de l'ordonnance au sous-procureur général du Canada et au gardien dans les 6 jours de la date où elle a été rendue, et, dans le même délai, verser au gardien les dépenses estimatives pour le transport du document à destination et en provenance du lieu de l'audition et sa protection; et

c) s'il a procédé ainsi que l'alinéa b) l'autorise, demander, aux temps et lieu fixés, une ordonnance décidant la question.

(5) Une demande prévue à l'alinéa (4)c) doit être entendue à huis clos, et, sur la demande,

a) le juge peut, s'il l'estime nécessaire pour trancher la question, examiner le document et, le cas échéant, il doit s'assurer que ce dernier est remballé et rescellé; et

b) le juge doit trancher la question de façon sommaire et,

(i) s'il est d'avis que le client jouit du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document, enjoindre au gardien de remettre le document à l'avocat, et,

procedure is designed to protect the privilege in cases where the dispute is resolved in favour of it. That procedure may be summarized as follows:

(1) where a solicitor-client privilege is claimed in respect of a document about to be examined or seized while in possession of a lawyer, the document is to be sealed up and put in the custody of the appropriate sheriff or other custodian (section 232(3));

(2) the client or the lawyer may apply to a judge of a superior court in a manner prescribed by the statute for an order determining the validity of the claim (section 232(4));

(ii) if he is of opinion that the client does not have a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order the custodian to deliver the document to the officer or some other person designated by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation,

and he shall, at the same time, deliver concise reasons in which he shall describe the nature of the document without divulging the details thereof.

(6) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (3) and a judge, on the application of the Attorney General of Canada, is satisfied that neither the client nor the lawyer has made an application under paragraph (4)(a), or, having made that application, neither the client nor the lawyer has made an application under paragraph (c) thereof, he shall order the custodian to deliver the document to the officer or some other person designated by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation.

(7) The custodian shall

(a) deliver the document to the lawyer

(i) in accordance with a consent executed by the officer or by or on behalf of the Deputy Attorney General of Canada or the Deputy Minister of National Revenue for Taxation, or

(ii) in accordance with an order of a judge under this section; or

(b) deliver the document to the officer or some other person designated by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation

(i) in accordance with a consent executed by the lawyer or the client, or

(ii) in accordance with an order of a judge under this section.

(8) Where the judge to whom an application has been made under this section for any reason cannot act or continue to act under this section, subsequent applications under this section may be made to another judge.

avocat à l'égard de documents saisis en vertu de cette loi et qui est destinée à protéger le privilège lorsque l'issue du litige lui est favorable. Cette procédure peut se résumer comme suit:

(1) lorsqu'on prétend qu'un document sur le point d'être examiné ou saisi, alors qu'il se trouve en la possession d'un avocat, est couvert par le privilège des communications entre client et avocat, le document doit être scellé et confié à la garde du shérif compétent ou d'un autre gardien (article 232(3));

(2) le client, ou l'avocat, peut demander, en la manière prescrite par la Loi, une ordonnance décidant de la validité de l'allégation (article 232(4));

(ii) s'il est d'avis que le client ne jouit pas du privilège des communications entre client et avocat en ce qui regarde le document, enjoindre au gardien de remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt,

et il doit, en même temps, exposer dans des motifs concis la nature du document sans en révéler les détails.

(6) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (3), et qu'un juge, sur la demande du procureur général du Canada, est convaincu que ni le client ni l'avocat n'a fait une demande prévue à l'alinéa (4)a) ou, l'ayant présentée, ni le client ni l'avocat n'a fait celle que prévoit l'alinéa c) du même paragraphe, il doit enjoindre au gardien de remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt.

(7) Le gardien doit

a) remettre le document à l'avocat

(i) en conformité d'un consentement souscrit par le fonctionnaire, ou par le sous-proviseur général du Canada ou au nom de celui-ci, ou par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt ou au nom de ce dernier, ou

(ii) en conformité d'une ordonnance d'un juge sous le régime du présent article; ou

b) remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt

(i) en conformité d'un consentement souscrit par l'avocat ou le client, ou

(ii) en conformité d'une ordonnance d'un juge sous le régime du présent article.

(8) Lorsque, pour quelque motif, le juge à qui on a fait une demande selon le présent article, ne peut agir ni continuer d'agir en vertu de cet article, des demandes subséquentes faites en vertu de cet article peuvent être faites à un autre juge.

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

(3) after a hearing in camera, during which "if he considers it necessary to determine the question" he may inspect the document (and, if he does so, must ensure that it is "resealed"), the judge is to decide the matter "summarily", and

(a) if he decides in favour of the privilege, "order the custodian to deliver the document to the lawyer", and

(b) otherwise, "order the custodian to deliver the document" to the Department (section 232(5)).

There is a statutory duty on the custodian either

(a) to deliver the document to the lawyer

(Continued from previous page)

(9) No costs may be awarded upon the disposition of any application under this section.

(10) Where any question arises as to the course to be followed in connection with anything done or being done under this section (other than subsection (2) or (3)) and there is no direction in this section with respect thereto, a judge may give such direction with regard thereto as, in his opinion, is most likely to carry out the object of this section of allowing solicitor-client privilege for proper purposes.

(11) The custodian shall not deliver a document to any person except in accordance with an order of a judge or a consent under this section or except to any officer or servant of the custodian for the purposes of safeguarding the document.

(12) No officer shall examine or seize a document in the possession of a lawyer without giving him a reasonable opportunity of making a claim under subsection (3).

(13) At any time while a document is in the custody of a custodian under this section, a judge may, upon an *ex parte* application of the lawyer, authorize the lawyer to examine or make a copy of the document in the presence of the custodian or the judge by an order that shall contain such provisions as may be necessary to ensure that the document is repackaged and that the package is resealed without alteration or damage.

(14) Where a lawyer has, for the purpose of subsection (2) or (3), made a claim that a named client of his has a solicitor-client privilege in respect of information or a document, he shall at the same time communicate to the Minister or some person duly authorized to act for the Minister the address of the client last known to him so that the Minister may endeavour to advise the client of the claim of privilege that has been made on his behalf and may thereby afford him an opportunity, if it is practicable within the time limited by this section, of waiving the claim of privilege before the matter comes on to be decided by a judge or other tribunal.

(3) après une audience à huis clos au cours de laquelle, «s'il l'estime nécessaire pour trancher la question», il peut examiner le document (et, le cas échéant, il doit s'assurer que ce dernier est «rescellé»), le juge doit trancher la question «de façon sommaire», et

a) si sa décision est favorable au privilège, «enjoindre au gardien de remettre le document à l'avocat»,

b) sinon, «enjoindre au gardien de remettre le document» au Ministère (article 232(5)).

Le gardien est tenu de par la Loi soit

a) de remettre le document à l'avocat

(Suite de la page précédente)

(9) Il ne peut être accordé de frais sur la décision rendue au sujet d'une demande prévue par le présent article.

(10) Lorsqu'il s'agit de savoir quelles mesures on doit prendre à l'égard d'une chose accomplie ou en voie d'accomplissement selon le présent article (sauf le paragraphe (2) ou (3)) et que le présent article ne contient pas d'indications à cet égard, un juge peut donner telles directives, en l'espèce, qu'il estime le plus aptes à atteindre le but, que se propose le présent article, d'accorder le privilège des communications entre client et avocat pour des fins pertinentes.

(11) Le gardien ne doit remettre aucun document à qui que ce soit, sauf en conformité d'une ordonnance d'un juge ou d'un consentement donné, vertu du présent article, ou sauf à l'un de ses fonctionnaires ou préposés, pour protéger le document.

(12) Aucun fonctionnaire ne doit examiner ni saisir un document en la possession d'un avocat sans donner à ce dernier l'occasion de formuler une demande en vertu du paragraphe (3).

(13) En tout temps, lorsqu'un document est entre les mains d'un gardien selon le présent article, un juge peut, sur la demande *ex parte* de l'avocat, autoriser celui-ci à examiner le document ou à en faire une copie en présence du gardien ou du juge, au moyen d'une ordonnance qui doit contenir les dispositions nécessaires pour que le document soit remballé et le colis rescellé sans modification ni dommage.

(14) Lorsqu'un avocat a, aux fins du paragraphe (2) ou (3), allégué qu'un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne un renseignement ou document, il doit en même temps faire part au Ministre, ou à quelque personne dûment autorisée à agir pour le Ministre, de la dernière adresse du client par lui connue, afin que le Ministre puisse chercher à aviser le client de la réclamation de privilège qui a été formulée en son nom, et lui donner ainsi l'occasion, si la chose peut s'accomplir dans le délai mentionné dans le présent article, de renoncer à la réclamation de privilège avant que la question soit soumise à la décision d'un juge ou autre tribunal.

(i) in accordance with a consent by or on behalf of the Department, or

(ii) in accordance with an order of the judge made under section 232, or

(b) to deliver it to the Department

(i) in accordance with a consent from the lawyer or client, or

(ii) in accordance with an order of the judge made under section 232 (section 232(7)),

and to no one else (section 232(11)).

In accordance with this procedure, on April 21, 1977, Madam Justice Boland of the Supreme Court of Ontario, on application of the applicants, made an order *inter alia* that the Sheriff of the County of York deliver certain specified documents to Goodman and Carr, Barristers and Solicitors, of Toronto, and that he deliver certain other specified documents to an officer of the Department of National Revenue (Taxation).

(The order further provided that such documents "not be delivered by the Sheriff 'until' an Appeal or Application for Leave to Appeal from, or for judicial review of, this Order, if any, be disposed of" provided such appeal or application be filed with the appropriate court within 10 days.

Having regard to the scheme of section 232, I do not think that this order that the documents "not be delivered" until some time in the future is authorized by section 232, subsection (5)(b) of which, in my view, contemplates not only that the matter be decided "summarily" but that there be an unconditional order "to deliver". Section 232(10) does not, in my view, authorize what is, in effect, a suspension of the section 232(5) order. It follows that the continued custody of the Sheriff in this case is of the same character as was the custody of the Sheriff in *The Deputy Attorney General of Canada v. Brown*² to which reference will be made later in these reasons.)

On April 28, 1977, the applicants filed a section 28 application for an order setting aside that part of the aforesaid order in which Madam Justice

(i) en conformité d'un consentement souscrit par ou pour le Ministère, ou

(ii) en conformité d'une ordonnance du juge sous le régime de l'article 232, soit

b) de le remettre au Ministère

(i) en conformité d'un consentement souscrit par l'avocat ou le client, ou

(ii) en conformité d'une ordonnance du juge sous le régime de l'article 232 (article 232(7)),

et à personne d'autre (article 232(11)).

Conformément à cette procédure, le 21 avril 1977, Madame le juge Boland de la Cour suprême de l'Ontario, sur demande des requérants, a rendu une ordonnance enjoignant notamment au shérif du comté de York de remettre certains documents à Goodman et Carr, avocats, de Toronto, et de remettre certains autres documents expressément mentionnés à un fonctionnaire du ministère du Revenu national (impôt).

(L'ordonnance dispose en outre que le shérif [TRADUCTION] «ne doit pas remettre ces documents 'avant' qu'il ne soit statué sur un appel ou une demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel, ou sollicitant l'examen judiciaire, le cas échéant, de cette ordonnance», pourvu que cet appel, ou cette demande, soit déposé devant le tribunal compétent dans un délai de 10 jours.

Compte tenu de l'esprit de l'article 232, je ne pense pas que cette ordonnance voulant que les documents ne soient pas remis avant un certain moment dans le futur soit autorisée par l'article 232 dont le paragraphe (5)b), à mon avis, prévoit non seulement que l'affaire doit être tranchée «de façon sommaire», mais aussi qu'il doit y avoir une ordonnance inconditionnelle de «remettre». L'article 232(10) n'autorise pas, à mon avis, ce qui est en fait une suspension de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 232(5). Il s'ensuit que la garde continue du shérif en l'espèce est de même nature que la garde du shérif dans *Le sous-procureur général du Canada c. Brown*² dont je ferai mention plus loin.)

Le 28 avril 1977, les requérants ont déposé une demande en vertu de l'article 28 aux fins d'obtenir une ordonnance qui annulerait la partie de l'ordon-

² [1965] S.C.R. 84.

² [1965] R.C.S. 84.

Boland "decided that certain documents seized by the Department of National Revenue from the applicants' solicitors were not privileged".

A copy of documents filed in connection with the matter before Madam Justice Boland, under cover of a certificate dated May 3, 1977, and accompanied by a statement to the effect, *inter alia*, that the documents referred to in her order "were never in the possession of" the office of the Supreme Court of Ontario, was received in the Registry of this Court pursuant to Rule 1402.³

³ Rule 1402 reads, in part, as follows:

Rule 1402. (1) A section 28 application shall be decided upon a case that shall consist, subject to paragraph (2), of

- (a) the order or decision that is the subject of the application and any reasons given therefor,
- (b) all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal,
- (c) a transcript of any verbal testimony given during the hearing, if any, giving rise to the order or decision that is the subject of the application,
- (d) any affidavits, documentary exhibits or other documents filed during any such hearing, and
- (e) any physical exhibits filed during any such hearing.

(2) Within 10 days of filing the section 28 originating notice, in the case of the applicant, and within 10 days of being served with that originating notice, in the case of any other person, an application in writing, made in accordance with Rule 324, may be made to vary the contents of the case as fixed by paragraph (1).

(3) Unless the Court otherwise directs, of its own motion or upon the application of an interested person, the Deputy Attorney General of Canada or counsel specially appointed to apply on behalf of the tribunal, the tribunal shall, forthwith after receipt of the section 28 originating notice, either

(a) send to the Registry of the Court all the material in the case as defined by paragraph (1), or, if some part thereof is not in its possession or control, the part thereof that is in its possession or control, the part thereof that is in its possession or control together with a statement of the part of the case not in its possession or control, or

(b) prepare copies of the material referred to in subparagraph (a) that is in its possession or control, except the physical exhibits, duly arranged in sets and duly certified by an appropriate officer to be correct, and send 4 copies of each set to the Registry of the Court together with the physical exhibits if any and a statement of the part of the case not in its possession or control, and send one copy of

nance dans laquelle Madame le juge Boland [TRANSDUCTION] «a décidé que le privilège ne s'appliquait pas à certains documents saisis par le ministère du Revenu national chez les procureurs des requérants».

Conformément à la Règle 1402³, le greffe de la Cour a reçu une copie des documents déposés dans le cadre de cette affaire devant Madame le juge Boland, sous le couvert d'un certificat en date du 3 mai 1977, accompagnée d'une déclaration portant notamment que les documents mentionnés dans son ordonnance [TRADUCTION] «n'ont jamais été en la possession du» bureau de la Cour suprême de l'Ontario.

³ Voici des extraits de la Règle 1402:

Règle 1402. (1) Une demande en vertu de l'article 28 est décidée sur un dossier constitué, sous réserve du paragraphe (2), par

- a) l'ordonnance ou la décision attaquée ainsi que ses motifs,
- b) tous les documents pertinents à l'affaire qui sont en la possession ou sous le contrôle du tribunal,
- c) une transcription de toute déposition orale, s'il en est, faite au cours de l'audition qui a abouti à l'ordonnance ou à la décision attaquée,
- d) les affidavits, les pièces littérales ou autres documents déposés au cours de cette audition, et
- e) les objets déposés comme pièces au cours de cette audition.

(2) Dans les 10 jours suivant la production de l'avis introductif d'instance d'une demande en vertu de l'article 28, quant au requérant, et dans les 10 jours suivant la date de signification de cet avis introductif d'instance, quant à toute autre personne, une requête, consignée par écrit selon les dispositions de la Règle 324, peut être présentée à l'effet de modifier le contenu du dossier tel que décrit au paragraphe (1).

(3) A moins que la Cour n'en décide autrement, de sa propre initiative ou sur demande d'une personne intéressée, du sous-procureur général du Canada ou d'un procureur nommé spécialement pour représenter le tribunal, le tribunal doit, sur réception de l'avis introductif d'instance en vertu de l'article 28,

a) soit envoyer au greffe de la Cour ce qui doit constituer le dossier selon le paragraphe (1) de la présente Règle, ou, si certaines parties du dossier ne sont pas en sa possession ou sous son contrôle, les parties qui sont en sa possession ou sous son contrôle, ainsi qu'une déclaration indiquant quelles sont les parties du dossier qui ne sont pas en sa possession ou sous son contrôle, ou

b) soit préparer des copies des parties du dossier mentionnées à l'alinéa a) qui sont en sa possession ou sous son contrôle (sauf pour les objets déposés comme pièces), dûment classées par groupes et dûment certifiées conformes par un fonctionnaire compétent, et envoyer au greffe de la Cour 4 copies de chaque groupe ainsi que, le cas échéant, les objets déposés comme pièces, et une déclara-

While not originally so framed, counsel have agreed that this interlocutory application should be treated as a general application for directions that would achieve the objectives sought by the applicants. To be more specific, it is to be treated as an application for an order

(a) adding the documents in question to the case as constituted by Rule 1402(1), and

(b) requiring that such documents be placed before the Court in some manner whereby they would not be available for examination except by the Court.

(Whether, without consent of all parties, an order can be made for placing the documents before the Court in such manner that they would not be available for examination except by the Court, is, in my view, open to argument. In certain section 28 applications, such an order is made by consent.)

However, regarding the interlocutory application as being, in effect, an application for such an order, and assuming that the Court would have power to make such an order, I am of opinion that it should, nevertheless, be rejected because

(a) having regard to the reasoning of the Supreme Court of Canada in *The Deputy Attorney General of Canada v. Brown*,⁴ dealing with section 232 when it was section 126A of the

the copies and such statement to each of the interested persons.

(6) Any order made under paragraph (2) shall contain incidental directions varying the procedure as contained in this Rule, if necessary in the circumstances.

⁴ [1965] S.C.R. 84, per Martland J. (delivering the judgment of the Court at pages 90 *et seq*):

I agree with the view expressed by Lord J.A., in the Court of Appeal, that, in cases to which the section is applicable,

Section 126A is a complete code in itself for deciding the question of solicitor-client privilege relative to documents of a client in the possession of a solicitor.

(Continued on next page)

Bien que cette demande interlocutoire n'ait pas été ainsi conçue à l'origine, les avocats ont convenu qu'elle devait être considérée comme une demande générale de directives qui atteindrait les buts visés par les requérants. Pour être plus précis, elle doit être considérée comme une demande d'ordonnance

a) qui ajouterait les documents en question au dossier constitué comme le prévoit la Règle 1402(1), et

b) qui exigerait que ces documents soient déposés à la Cour de telle manière que seule la Cour puisse les examiner.

(Savoir si, sans le consentement de toutes les parties, une ordonnance peut être rendue visant le dépôt des documents à la Cour de telle manière que seule la Cour puisse les examiner, est, à mon avis, une question qui prête à discussion. Dans certaines demandes en vertu de l'article 28, une telle ordonnance peut être rendue sur consentement.)

Toutefois, considérant la demande interlocutoire comme étant, en fait, une demande visant à obtenir une telle ordonnance, et prenant pour acquis que la Cour a le pouvoir de rendre une telle ordonnance, je suis d'avis que la demande doit néanmoins être rejetée parce que

a) compte tenu du raisonnement de la Cour suprême dans *Le sous-procureur général du Canada c. Brown*⁴ qui examinait l'article 126A de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (qui est en

tion indiquant quelles sont les parties du dossier qui ne sont pas en sa possession ni sous son contrôle, et envoyer une copie de ces copies et de cette déclaration à chacune des personnes intéressées.

(6) Toute ordonnance rendue en vertu du paragraphe (2) fera état des directives incidentes modifiant la procédure établie par la présente Règle, si la Cour le juge à propos.

⁴ [1965] R.C.S. 84, notes du juge Martland (rendant le jugement de la Cour aux pp. 90 et suiv.):

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec l'opinion du juge Lord de la Cour d'appel que, dans les cas où l'article est applicable,

L'article 126A est un code complet en soi qui permet de trancher la question de privilège de client à procureur relativement aux documents d'un client qui sont en la possession d'un procureur.

(Suite à la page suivante)

Income Tax Act, it would be entirely academic for the Court to set aside the decision or order that is under attack, and

(b) assuming that the Court's jurisdiction under section 28 extends to reviewing the decision or order of a judge under section 232 of the *Income Tax Act* as to whether a particular document is subject to solicitor-client privilege, a matter concerning which I have doubt, such jurisdiction should not, in my view, be exercised in respect of an entirely academic matter any more than an Appeal Court's jurisdiction to hear an appeal should be exercised once the order or decision attacked ceases to have any practical effect. (Compare *Oatway v. The Canadian Wheat Board*.)⁵

If the Court cannot, on the section 28 application, review the order under attack from the point of

(Continued from previous page)

It is, of course, clear that the privilege involved is that of the client and not the solicitor and the application to a judge for which the section provides may be made by the client, or by the lawyer on his behalf.

The section contemplates a speedy determination of the issue of the claim of privilege and thereafter a prompt delivery of possession of the document involved, either to the solicitor or to the officer of the Department. It seems to me that once that has been done the whole matter has been not only determined, but completed, and that any order which could be made on an appeal (assuming that an appeal lies) could not have a "direct and immediate practical effect", to use the words of Chief Justice Duff in *The King on the Relation of Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69 at 72, 1 D.L.R. 495. The document in question would no longer be in the hands of the custodian. If the order appealed from directed delivery to the departmental officer, he would, by the time the appeal was heard, have had his opportunity to inspect the document. If the order appealed from directed delivery to the solicitor, the Act contains no provision which would require him, after the document has been restored to him, to surrender it again to the departmental officer or to the custodian.

We were advised that in the present case, following the delivery of the documents to the solicitor, pursuant to the order of Sullivan J., they were voluntarily returned to the custody of the sheriff, pending an appeal, but I do not see how such a voluntary delivery can clothe the Appellate Court with power to make a new direction regarding their disposition. They are no longer in the hands of the custodian, pursuant to subs. (3). Furthermore, the custodian, under subs. (7), is obligated to deliver the document only upon a consent, or in accordance with the order of a judge under the section.

⁵ [1945] S.C.R. 204.

substance le même que l'actuel article 232), une décision de la Cour, qui annulerait la décision ou l'ordonnance attaquée n'aurait aucune portée pratique, et

b) prenant pour acquis que la compétence donnée à la Cour par l'article 28 couvre l'examen de la décision ou ordonnance qu'un juge rend sous le régime de l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur la question de savoir si un document donné est couvert par le privilège des communications entre client et avocat, ce dont je ne doute pas, cette compétence, à mon avis, ne doit pas plus être exercée à l'égard d'une question purement théorique que ne doit l'être la compétence d'une cour d'appel d'entendre l'appel d'une ordonnance ou décision qui n'a plus aucun effet pratique. (Comparer avec *Oatway c. La Commission canadienne du blé*.)⁵

Si la Cour ne peut, sur demande en vertu de l'article 28, examiner l'ordonnance attaquée du

(Suite de la page précédente)

Il est évident, cela va de soi, qu'il est question du privilège du client et non de celui du procureur et que la demande visée à l'article adressée à un juge peut être faite par le client, ou par l'avocat pour le compte de son client.

L'article envisage une détermination rapide de la question de l'allégation de privilège suivie d'une remise prompte de la possession du document en cause, soit au procureur, soit au fonctionnaire du Ministère. Il me semble que, une fois cela fait, l'affaire est non seulement tranchée, mais close et qu'aucune ordonnance susceptible d'être rendue en appel (en supposant qu'il y ait droit d'appel) ne pourrait avoir d'effet pratique direct et immédiat, pour reprendre les mots du juge en chef Duff dans *Le Roi sur dénonciation de Tolfree c. Clark* [1944] R.C.S. 69, à la p. 72, 1 D.L.R. 495. Le document en question ne serait plus entre les mains du gardien. Si l'ordonnance portée en appel prescrivait la remise au fonctionnaire du Ministère, il aurait eu, avant même l'audition de l'appel, la possibilité d'examiner le document. Si l'ordonnance portée en appel prescrivait la remise au procureur, aucune disposition de la Loi ne peut le forcer, après qu'il est rentré en possession du document, à le remettre à nouveau au fonctionnaire du Ministère ou au gardien.

On nous a appris qu'en l'espèce, après la remise des documents au procureur conformément à l'ordonnance du juge Sullivan, ils ont été volontairement remis sous la garde du shérif, en attendant l'appel, mais je ne vois pas comment une telle remise volontaire peut investir la Cour d'appel du pouvoir de donner une nouvelle directive quant à la façon d'en disposer. Ils ne sont plus en la possession du gardien, conformément au par. (3). En outre, le gardien est tenu, en vertu du par. (7) de ne remettre le document qu'en conformité d'un consentement ou de l'ordonnance d'un juge rendue sous le régime de l'article.

⁵ [1945] R.C.S. 204.

view of the availability of solicitor-client privilege with reference to particular documents, in my view, it is clear that there is, except possibly in exceptional circumstances that I do not perceive here, no point in adding such documents to the case as constituted by Rule 1402(1). I am, therefore, of the view that the interlocutory application should be dismissed.

* * *

MACKAY D.J. concurred.

* * *

KELLY D.J. concurred.

point de vue du recours au privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne des documents particuliers, à mon avis, il est évident que, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles que je ne retrouve pas en l'espèce, il n'y a aucune utilité à ajouter ces documents au dossier constitué comme le prévoit la Règle 1402(1). Je suis donc d'avis que la demande interlocutoire doit être rejetée.

b

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY y a souscrit.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT KELLY y a souscrit.