

T-2215-90

T-2215-90

William Weiler (*Applicant*)

v.

The Department of Justice, The Department of Agriculture (*Respondents*)INDEXED AS: *WEILER v. CANADA (DEPARTMENT OF JUSTICE) (T.D.)*

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, June 27 and July 3, 1991.

Practice — Privilege — Solicitor-client — Application for review of refusal to provide access to personal information sought under Privacy Act — Applicant, Department of Agriculture inspector, involved in decision to destroy shipment of imported trees suspected of gypsy moth infestation — In ensuing litigation Crown represented by Department of Justice — Upon request for access to documents referring to applicant, production of letter from Justice solicitor to Agriculture official denied on ground of solicitor-client privilege — Complaint filed with Privacy Commissioner alleging letter containing “libelous” references to applicant’s credibility as witness — Common law on solicitor-client privilege reviewed — Two branches of solicitor-client privilege: legal advice privilege and litigation privilege — Draft pleadings, notes of interviews with witnesses, correspondence with witnesses and other material used in conduct of litigation within litigation privilege — Letters to officials of Department of Agriculture concerning advice from solicitors and instructions from client within legal advice privilege — Solicitor is Attorney General of Canada and Department of Justice lawyers working under her auspices — Client is executive branch of government, including various ministries.

Privacy — Application for review under Privacy Act, s. 41 of refusal to allow applicant access to personal information sought pursuant to s. 12 — Production of letter from Crown’s solicitor relating to litigation arising from destruction of trees ordered by Department of Agriculture refused under s. 27 as subject to solicitor-client privilege — Applicant, government tree inspector, says Justice lawyer wrote letter containing libelous statements as to his credibility as witness — Review of common law on solicitor-client privilege — Once solicitor-client privilege between Justice lawyers and Agriculture offi-

William Weiler (*requérant*)

c.

^a Le ministère de la Justice et le ministère de l’Agriculture (*intimés*)RÉPERTORIÉ: *WEILER c. CANADA (MINISTÈRE DE LA JUSTICE) (1^{re} INST.)***^b Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 27 juin et 3 juillet 1991.**

Pratique — Communications privilégiées — Secret professionnel qui lie l’avocat à son client — Demande de révision du refus de communiquer des renseignements personnels recherchés en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Le requérant, un inspecteur du ministère de l’Agriculture, a participé à la décision de détruire le chargement d’arbres importés soupçonnés d’être infestés par la larve de la spongieuse — Dans l’action qui a suivi, l’État était représenté par le ministère de la Justice — Suite à la demande de communication de documents qui mentionnaient le requérant, la production de la lettre adressée par l’avocat du ministère de la Justice au fonctionnaire du ministère de l’Agriculture a été refusée au motif qu’elle relevait du secret professionnel liant l’avocat à son client — Dépôt d’une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée alléguant que la lettre concernée contenait des propos «diffamatoires» à l’égard de la crédibilité du requérant comme témoin — Étude de la common law sur la question du secret professionnel de l’avocat — Le secret professionnel qui lie l’avocat à son client a deux volets: celui qui vise les avis juridiques, et celui qui a trait au litige — Les projets de plaidoiries, les notes prises au cours d’entrevues avec les témoins, la correspondance échangée avec les témoins, et d’autres documents ayant servi à la conduite de l’affaire sont exemptés de communication — Les lettres adressées aux fonctionnaires du ministère de l’Agriculture concernant les avis des avocats et les directives du client sont visées par le secret professionnel attaché aux avis juridiques — L’avocat est le procureur général du Canada et les avocats du ministère de la Justice qui relèvent de lui — Le client est la branche exécutive du gouvernement, y compris divers ministères.

Protection des renseignements personnels — Demande de révision en vertu de l’art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, du refus de communiquer au requérant des renseignements personnels recherchés en application de l’art. 12 — La communication de la lettre de l’avocat de l’État concernant le litige consécutif à la destruction des arbres sur les ordres du ministère de l’Agriculture est refusée en vertu de l’art. 27 au motif qu’elle est visée par le secret professionnel qui lie un avocat à son client — Le requérant, un inspecteur gouvernemental, a soutenu qu’un avocat du ministère de la Justice avait écrit une lettre contenant des propos diffamatoires relativement à sa crédibilité comme témoin — Étude de la common law relative au secret professionnel de l’avocat — Dès lors qu’est établie l’existence du secret professionnel entre les avocats du ministère de la Justice et les fonctionnaires du ministère de l’Agriculture, les documents

ciats established, documents individually examined — Criteria for solicitor-client privilege met.

sont examinés individuellement — Il y a respect des critères applicables au secret professionnel de l'avocat.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Plant Quarantine Act, R.S.C. 1970, c. P-13.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12, 27, 29, 41.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Descôteaux et al. v. Mierzwinski, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex.C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

CONSIDERED:

Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen, [1985] 1 F.C. 72; (1985), 18 D.L.R. (4th) 600; 15 C.R.R. 298 (T.D.); rev'd [1986] 3 F.C. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); leave to appeal denied [1986] 2 S.C.R. v.

REFERRED TO:

Reg. v. Cox and Railton (1884), 14 Q.B.D. 153; *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Cross, Rupert and Trapper, Colin *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.
Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.

APPEARANCE:

William Weiler on his own behalf.

COUNSEL:

Margaret N. Kinnear for respondents.

APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

William Weiler.

LOIS ET RÈGLEMENTS

a

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 12, 27, 29, 41.
Loi sur la quarantaine des plantes, S.R.C. 1970, chap. P-13.

b

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Descôteaux et autre c. Mierzwinski, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

d

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine, [1985] 1 C.F. 72; (1985), 18 D.L.R. (4th) 600; 15 C.R.R. 298 (1^{re} inst.); inf. par [1986] 3 C.F. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); autorisation de pourvoi rejetée [1986] 2 R.C.S. v.

e

DÉCISIONS CITÉES:

Reg. v. Cox and Railton (1884), 14 D.B.R. 153; *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1^{re} inst.).

f

g

DOCTRINE

Cross, Rupert and Trapper, Colin *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.
Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.

h

A COMPARU:

William Weiler pour son propre compte.

i

AVOCATS:

Margaret N. Kinnear pour les intimés.

j

LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

William Weiler.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

CULLEN J.: This is an application for review under section 41 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 ("the Act"). The applicant seeks review of a refusal to provide him with access to personal information sought pursuant to subsection 12(1) of the Act. Production was denied on the ground that they were exempt from release pursuant to section 27 of the Act, concerning solicitor-client privilege.

FACTS

In May, 1982, Bertram S. Miller Ltd. imported a shipment of trees into Canada from the United States. Acting under the authority of the *Plant Quarantine Act* [R.S.C. 1970, c. P-13], Agriculture Canada ordered the trees to be destroyed, because it suspected them to be contaminated with gypsy moth larvae. At the time, the applicant in this case was employed as an inspector with Agriculture Canada, and he was associated with the decision to destroy the shipment.

Subsequently, on December 23, 1982, Bertram S. Miller Ltd. sued the Crown in this Court for damages relating to the destruction of the trees. The case, *Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen* [[1985] 1 F.C. 72], was tried by Mr. Justice Dubé on April 2 to 4, 1985, who found in favour of the plaintiff. His decision was appealed to the Federal Court of Appeal, which overturned the decision at trial and held in favour of the Crown [[1986] 3 F.C. 291]. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied on December 18, 1986 [[1986] 2 S.C.R. v]. The Crown was represented in these proceedings by solicitors from the Department of Justice, namely Allison Pringle, Sandra MacPherson and Derek Aylen.

On July 11, 1989, the applicant requested access to a letter purportedly written by Mr. Pringle to an official in Agriculture Canada in 1985, in relation to the *Miller* litigation. He also requested "any

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une demande de révision fondée sur l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21 («la Loi»). Le requérant veut obtenir la révision du refus de lui communiquer les renseignements personnels qu'il réclamait en vertu du paragraphe 12(1) de la Loi. Leur communication lui a été refusée au motif qu'ils étaient protégés en vertu de l'article 27 de la Loi, qui vise le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

LES FAITS

En mai 1982, Bertram S. Miller Ltd. a importé un chargement d'arbres au Canada en provenance des États-Unis. Agissant en application de la *Loi sur la quarantaine des plantes* [S.R.C. 1970, chap. P-13], Agriculture Canada a ordonné la destruction des arbres parce qu'il les soupçonnait d'être infestés par la larve de la spongieuse. À l'époque, le requérant en l'espèce exerçait les fonctions d'inspecteur auprès d'Agriculture Canada, et il a participé à la décision de détruire le chargement.

Plus tard, le 23 décembre 1982, Bertram S. Miller Ltd. a poursuivi l'État en dommages-intérêts devant cette Cour en raison de la destruction des arbres. L'affaire, *Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine* [[1985] 1 C.F. 72], a été jugée par le juge Dubé du 2 au 4 avril 1985, et il a statué en faveur de la partie demanderesse. Il a été interjeté appel de sa décision devant la Cour d'appel fédérale, qui a infirmé la décision de première instance et s'est prononcée en faveur de l'État [[1986] 3 C.F. 291]. L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été refusée le 18 décembre 1986 [[1986] 2 R.C.S. v]. L'État était représenté dans ces procédures par des avocats du ministère de la Justice, à savoir Allison Pringle, Sandra MacPherson et Derek Aylen.

Le 11 juillet 1989, le requérant a demandé communication d'une lettre que M. Pringle aurait écrite à un fonctionnaire d'Agriculture Canada en 1985, relativement à l'affaire *Miller*. Le requérant

other written documentation” making reference to him. A large amount of material was released to the applicant, but certain materials were not released because it was alleged they were exempt from disclosure by virtue of solicitor-client privilege, pursuant to section 27 of the *Privacy Act*.

After the partial refusal, the applicant filed a complaint with the Privacy Commissioner, in which he stated that he wanted access to the letter purportedly written by Mr. Pringle, on the ground that it contained certain “libelous” references to him concerning his credibility as a witness. The Privacy Commissioner conducted an investigation of the complaint pursuant to paragraph 29(1)(b) of the Act. He found that the applicant’s complaint was not justified, and that the materials in question were protected by solicitor-client privilege. The applicant has now brought this section 41 application for review.

ANALYSIS

The materials sought by the applicant are annexed as exhibits to a second affidavit sworn by Mr. Pringle. This affidavit was filed on an *ex parte* basis, sealed and kept separate from other Court files by order of Mr. Justice Strayer, dated November 30, 1990. It seems clear from the affidavit of Mr. Pringle filed in response to the applicant’s motion that the materials are protected from disclosure by solicitor-client privilege and section 27 of the Act.

The applicant brings this proceeding pursuant to section 41 of the Act, which reads as follows:

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

Certain personal information requested under subsection 12(1) may be exempted from disclosure. Section 27 of the Act permits the exemption of

a aussi demandé [TRADUCTION] «toute autre documentation écrite» qui la mentionnait. Une quantité considérable de documents a été communiquée au requérant, mais certains documents ne lui ont pas été transmis au motif qu’ils étaient exempts de communication en vertu du secret professionnel liant l’avocat à son client, conformément à l’article 27 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

b Après ce refus partiel, le requérant a déposé une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée dans laquelle il disait rechercher la communication de la lettre qui aurait été écrite par M. Pringle, au motif qu’elle contenait certains propos «diffamatoires» à son égard relativement à sa crédibilité comme témoin. Le commissaire à la protection de la vie privée a fait enquête sur la plainte en application de l’alinéa 29(1)b) de la Loi. Il a conclu que la plainte du requérant n’était pas justifiée, et que les documents en question étaient protégés par le secret professionnel qui lie l’avocat à son client. Le requérant exerce donc le recours en révision prévu à l’article 41.

ANALYSE

Les documents recherchés par le requérant sont annexés comme pièces au second affidavit déposé par M. Pringle. Cet affidavit a été déposé *ex parte*, scellé et tenu à part des autres dossiers de la Cour sur ordonnance du juge Strayer, en date du 30 novembre 1990. Il ressort clairement de l’affidavit que M. Pringle a déposé en réponse à la requête du requérant que les documents contestés sont exempts de communication en raison du secret professionnel qui lie l’avocat à son client et de l’article 27 de la Loi.

Le requérant engage cette procédure en vertu de l’article 41 de la Loi, dont voici le libellé:

41. L’individu qui s’est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l’expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

Certains renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) peuvent être exemptés de communication. L’article 27 de la Loi autorise

certain personal information from release if that information is subject to solicitor-client privilege.

27. The head of a government institution may refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) that is subject to solicitor-client privilege.

As solicitor-client privilege is not defined in the Act, it is necessary to refer to the common law for some background on the issue.

Solicitor-Client Privilege Generally

As Cross notes in his text *Cross on Evidence* (7th ed., Butterworths), at page 428, there are two distinct branches of solicitor-client privilege, the legal advice privilege and the litigation privilege. The legal advice privilege extends to all communications, written or oral, passing between solicitor and client for the purpose of obtaining legal advice. It is not necessary for the purposes of the legal advice privilege that the solicitor actually be retained: preliminary communications made by a potential client to a solicitor for the purposes of retaining the solicitor are also privileged: *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pages 876-877. As for the litigation privilege, it protects from disclosure communications between a solicitor and client, or with third parties, which are made in the course of preparation for litigation, whether existing or contemplated, such as experts' reports.

In *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex.C.R. 27, Jackett P. accepted this distinction, and elaborated on the scope of each branch, which he described as follows (at page 33):

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

(a) all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal advisor directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal advisor's working papers, directly related thereto) are privileged; and

(b) all papers and materials created or obtained specially for the lawyer's "brief" for litigation, whether existing or contemplated, are privileged.

le refus de communiquer certains renseignements personnels s'ils sont visés par le secret professionnel liant l'avocat à son client.

27. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui sont protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

Comme le secret professionnel qui lie un avocat à son client n'est pas défini dans la Loi, il est nécessaire de recourir à la common law pour nous éclairer à cet égard.

Le secret professionnel de l'avocat en général

Comme le note Cross dans son ouvrage *Cross on Evidence* (7^e éd., Butterworths), à la page 428, le secret professionnel qui lie l'avocat à son client comporte deux volets distincts, celui qui vise les avis juridiques et celui qui a trait au litige. Le secret qui vise les avis juridiques s'étend à toutes les communications, écrites ou orales, échangées entre l'avocat et son client aux fins de l'obtention d'un avis juridique. Il n'est pas nécessaire, aux fins du secret professionnel protégeant les avis juridiques, que les services de l'avocat aient été retenus: les communications préliminaires d'un client éventuel avec un avocat dans le but de retenir ses services sont aussi confidentielles: voir l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pages 876 et 877. Quant au caractère confidentiel du litige, il protège contre la divulgation les communications entre un avocat et son client ou des tiers qui sont faites dans le cadre de la préparation du litige, existant ou envisagé, comme par exemple les rapports d'experts.

Dans l'arrêt *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27, le président Jackett a reconnu cette distinction, et il a discuté de l'étendue de chaque volet du privilège, qu'il a décrite comme suit (à la page 33):

[TRADUCTION] D'après moi, le privilège attaché aux rapports avocat-client implique habituellement deux principes tout à fait distincts, à savoir

a) toute communication de nature confidentielle, verbale ou écrite, entre un avocat et son client, directement reliée à la recherche, l'élaboration ou l'offre d'un conseil ou d'une assistance juridique (y compris les notes de l'avocat qui se rapportent directement à cette affaire) est protégée; et

b) toutes les notes et tous les documents préparés ou obtenus spécialement pour le dossier de l'avocat en vue d'un litige présent ou actuel sont protégés;

Solicitor-client privilege is one of the fundamental tenets of our system of justice, and in my view its desirability and necessity are self-evident. Over a century ago the policy rationale for the legal advice branch of the privilege was stated by Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.), at pages 620-621:

The foundation of this rule is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisors.

But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on, without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the Courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.

The reasons behind the litigation privilege were expressed by Jackett P. in *Susan Hosiery, supra*, as follows (at pages 33-34):

Turning to the "lawyer's brief" rule, the reason for the rule is, obviously, that, under our adversary system of litigation, a lawyer's preparation of his client's case must not be inhibited by the possibility that the materials that he prepares can be taken out of his file and presented to the court in a manner other than that contemplated when they were prepared. What would aid in determining the truth when presented in the manner contemplated by the solicitor who directed its preparation might well be used to create a distortion of the truth to the prejudice of the client when presented by someone adverse in interest who did not understand what gave rise to its preparation. If lawyers were entitled to dip into each other's briefs by means of the discovery process, the straightforward preparation of cases for trial would develop into a most unsatisfactory travesty of our present system.

In Canada, the privilege has been elevated beyond a rule of evidence, and accorded the status of a substantive rule of law. The legal effect of the privilege has been expanded beyond protection of solicitor-client communications from disclosure in legal proceedings involving the parties to any circumstances where such communications may be disclosed without the client's consent. In

Le secret professionnel qui lie l'avocat à son client est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique, et j'estime évidents sa nécessité et son caractère souhaitable. Il y a plus d'un siècle, le fondement du volet du privilège qui a trait aux avis juridiques a été énoncé par le lord chancelier Brougham dans l'arrêt *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.), aux pages 620-621:

[TRADUCTION] Le fondement de cette règle n'est pas difficile à trouver. Ce n'est ni la conséquence (comme on l'a quelquefois dit) d'une importance particulière que le droit attribue aux affaires des juristes, ni le résultat de dispositions particulières leur accordant une protection (même s'il n'est certes pas tellement facile de voir pourquoi on a refusé le même privilège à d'autres personnes et, plus particulièrement, aux médecins).

Mais c'est en considération des intérêts de la justice, qui ne peuvent être respectés, et de l'administration de la justice, qui ne peut suivre son cours, sans l'aide d'hommes de loi versés dans la théorie générale du droit, les règles de procédure devant les tribunaux et les matières touchant les droits et les obligations, qui font l'objet de toutes les procédures judiciaires. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun devrait s'en remettre à ses propres ressources en matière juridique. Privée de toute assistance professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste ou oserait seulement divulguer partiellement l'affaire à son conseil.

La raison d'être du privilège attaché au litige a été exposée par le président Jackett dans l'arrêt *Susan Hosiery, précité*, de la façon suivante (aux pages 33 et 34):

[TRADUCTION] Pour en venir à la règle applicable au «dossier de l'avocat», sa raison d'être tient évidemment à ce que dans notre système judiciaire de type accusatoire, l'avocat ne doit pas être gêné dans la préparation du dossier de son client par la possibilité que des documents qu'il rédige peuvent être retirés de son dossier et déposés devant le tribunal, à des fins autres que celles qu'il envisage. Les documents qui aideraient à mettre à jour la vérité s'ils étaient présentés de la façon prévue par l'avocat qui en a dirigé la préparation pourraient fort bien servir à fausser la vérité s'ils étaient soumis par une partie adverse qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur rédaction. Si les avocats pouvaient fouiller dans les dossiers les uns des autres au moyen du processus de la communication préalable, la simple préparation des dossiers pour l'instruction se transformerait en un regrettable travesti de notre système actuel.

Au Canada, ce privilège a dépassé le statut de règle de preuve pour recevoir celui de règle de fond. L'effet juridique du privilège a été porté au-delà de la protection accordée aux communications entre l'avocat et son client contre leur divulgation au cours des procédures judiciaires mettant en cause les parties, pour s'étendre à toutes les circonstances où ces communications pourraient

Descôteaux et al. v. Mierzwinski, supra, the rule of law was stated by Lamer J. [as he then was] as follows (at page 875):

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

As Lamer J. observes implicitly in paragraph 1, the privilege is that of the client, not the solicitor, and is privileged for all time: Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, at pages 177-181. The privilege may only be waived by the client: see *Cross on Evidence, supra*, at page 435.

There are exceptions to the privilege. One is informed waiver of the privilege by the client (see Sopinka and Lederman, *supra*, at pages 177-181), or implied waiver of a privileged document by its use in court (see *Cross, supra*, at pages 438-439). Communications between a lawyer and client are not privileged when the client attempts to obtain legal advice that would facilitate a crime or fraud: *Reg. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153. Also, the privilege extends only to communications, and does not protect from disclosure of certain facts discovered in the course of a solicitor-client relationship by either solicitor or client: *Cross*, at page 441.

Application of the Privilege to the Case at Bar

In my opinion, there is clearly a solicitor-client privilege between the lawyers from the Depart-

être divulguées sans le consentement du client concerné. Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, précité, cette règle de droit a été énoncée par le juge Lamer [tel était alors son titre] de la façon suivante (à la page 875):

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans le cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Comme le souligne implicitement le juge Lamer au premier paragraphe, le privilège est celui du client et non de l'avocat, et sa protection s'étend dans le temps: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, aux pages 177 à 181. Seul le client peut renoncer à ce privilège: voir *Cross on Evidence*, précité, à la page 435.

Le privilège connaît des exceptions, par exemple: la renonciation éclairée au privilège par le client (voir l'ouvrage de Sopinka et Lederman, précité, aux pages 177 à 181), ou la renonciation implicite à un document confidentiel par son usage devant le tribunal (voir *Cross*, précité, aux pages 438 et 439). Les communications entre un avocat et son client ne sont pas confidentielles lorsque ce dernier cherche à obtenir des avis juridiques qui faciliteraient la perpétration d'un acte criminel ou frauduleux: *Reg. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153. De plus, le privilège ne s'étend qu'aux communications, et il ne protège pas contre la divulgation de certains faits découverts soit par l'avocat soit par son client dans le cadre des rapports qu'ils ont entre eux: *Cross*, à la page 441.

Application du secret à l'espèce

À mon avis, le privilège attaché aux rapports avocat-client existe clairement entre les avocats du

ment of Justice and the Government of Canada in the *Miller* case that shields the documents in question from disclosure by virtue of section 27 of the Act. The solicitor in this case is the Attorney General of Canada, and those who work under her auspices in the Department of Justice. The client is the executive branch of the Government of Canada, which includes the various ministries such as the Department of Agriculture. See *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.), at pages 236-238.

Even if a solicitor-client relationship is established, however, each document for which privilege is claimed must be demonstrated to meet the criteria discussed above, i.e. confidentiality, for the purpose of legal advice, or in contemplation of litigation: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837. I have now taken the opportunity to carefully examine on a page-by-page basis the affidavit and exhibits filed in affidavit No. 2 by Allison Ross Pringle on December 7, 1990. This affidavit describes in some detail each document for which privilege is claimed. It has taken some time to examine approximately 350 pages which represent the copies of the exhibits to affidavit No. 2 of Mr. Pringle. In my view each is subject to solicitor-client privilege and therefore not required to be released under the Act.

These documents are, as alleged from the submissions of the respondents, draft pleadings, notes of interviews with witnesses, correspondence with witnesses, and other material used in the conduct of the *Miller* litigation. This material clearly falls within the litigation privilege. Other documents include letters to the client represented by officials of the Department of Agriculture concerning advice from the solicitors and instructions from the client. These clearly fall within the legal advice privilege. No exceptions to the privilege are evident.

ministère de la Justice et le gouvernement du Canada dans l'affaire *Miller*, et il protège les documents en question contre la communication en vertu de l'article 27 de la Loi. L'avocat dans la présente affaire est le procureur général du Canada, et ceux qui travaillent sous son autorité au ministère de la Justice. Le client est la branche exécutive du gouvernement du Canada, qui comprend les divers ministères tel le ministère de l'Agriculture. Voir l'arrêt *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 236 à 238.

Cependant, même si l'on démontre l'existence de rapports avocat-client, il faut aussi prouver que chacun des documents au sujet desquels on invoque le privilège en cause respecte le critère exposé plus haut, c'est-à-dire celui de la confidentialité, aux fins d'obtenir un avis juridique ou d'envisager des poursuites: voir l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837. J'ai pris soin d'examiner attentivement, page après page, l'affidavit et les pièces faisant partie de l'affidavit n° 2 déposé par Allison Ross Pringle le 7 décembre 1990. L'affidavit décrit de façon assez détaillée chaque document à l'égard duquel on réclame la non-communication. Il a fallu un certain temps pour étudier les quelque 350 pages qui représentent les copies des pièces annexées à l'affidavit n° 2 de M. Pringle. À mon avis, le secret professionnel qui lie l'avocat à son client s'attache à chacune d'elles, de sorte qu'elles n'ont pas à être communiquées en vertu de la Loi.

Ces documents sont, comme il est allégué dans les observations des intimés, des projets de plaidoiries, des notes prises au cours d'entrevues avec les témoins, la correspondance échangée avec les témoins, et d'autres documents ayant servi à la conduite de l'affaire *Miller*. Ces documents sont clairement visés par le secret professionnel dont jouit le litige. D'autres documents comprennent des lettres adressées au client représenté par des fonctionnaires du ministère de l'Agriculture concernant les avis des avocats et les directives du client. Ces documents sont clairement visés par le secret professionnel attaché aux avis juridiques. Aucun document ne semble échapper au secret professionnel.

It should be pointed out that the applicant represented himself in this matter which always makes it difficult for opposing counsel and certainly for the Court because it then becomes our obligation to see to it that the individual's rights are protected so far as is possible in the Court. The applicant here raised the question or made the suggestion that he was a client and therefore entitled to all of the material with respect to the earlier lawsuit of *Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen*. He of course was not a client but a witness on behalf of the defendant. He was the witness who answered questions on the examination for discovery for his employer the Department of Agriculture. Several other witnesses were interviewed including another employee of the Department who was in fact used as a witness at the trial. It is for counsel conducting the trial to determine what witnesses shall and shall not be called and in this case they came to the conclusion that they did not require the testimony of the applicant. The only defendant in *Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen* was Her Majesty the Queen.

The applicant here was either unable to afford counsel or unwilling to retain counsel and that in my view is a severe handicap to anyone appearing before the courts. In the course of his presentation I asked him how he even became aware of the fact that correspondence or notes might have referred to him in an uncomplimentary way or, as he said, made libelous statements. He indicated that some fellow employee of the federal government had given him this information, but there was no affidavit evidence to this effect. Without counsel and without any affidavit evidence in support of his argument one is left to speculate only about the consequences of having the individual who informed him swear an affidavit to that effect.

This application is dismissed. In the circumstances there will be no order as to costs.

Il convient de souligner que le requérant a agi pour son propre compte, ce qui rend toujours les choses difficiles pour l'avocat de la partie adverse et certainement pour la Cour, car nous sommes alors tenus de voir à ce que les droits du particulier soient protégés autant que cela est possible devant la Cour. Le requérant en l'espèce a fait valoir ou laissé entendre qu'il était un client et par conséquent qu'il avait le droit de consulter tous les documents relatifs à l'affaire antérieure *Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine*. Il n'est évidemment pas un client, mais un témoin de la défenderesse. Il est le témoin qui a répondu à des questions au cours de l'interrogatoire préalable pour le compte de son employeur, le ministère de l'Agriculture. Plusieurs autres témoins ont été interrogés, dont un autre employé du Ministère qui a de fait servi de témoin au procès. Il appartient aux avocats chargés de la conduite du procès de décider quels témoins seront ou ne seront pas cités, et en l'espèce ils en sont venus à la conclusion que le témoignage du requérant ne leur était pas nécessaire. La seule partie défenderesse dans l'affaire *Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine* était Sa Majesté la Reine.

Le requérant en l'espèce était soit financièrement incapable de retenir les services d'un avocat ou il ne souhaitait pas le faire, et c'est là à mon avis un grave désavantage pour quiconque comparait devant les tribunaux. Au cours de son exposé, je lui ai demandé comment il avait même pu apprendre que de la correspondance ou des notes pouvaient le mentionner de façon défavorable ou, comme il l'a dit, contenir des propos diffamatoires. Il a répondu qu'un collègue du gouvernement fédéral lui avait donné ces renseignements, mais il n'y avait aucun affidavit en ce sens. Sans avocat et sans preuve sous forme d'affidavit à l'appui de ce moyen, on ne peut faire que des conjectures sur les conséquences qu'il y aurait à demander au particulier qui a donné ces renseignements de déposer un affidavit à l'appui.

Cette demande est rejetée. Dans les circonstances, il n'y aura pas adjudication de dépens.