

T-1685-96

Cliff Calliou acting on his own behalf and on behalf of all other members of the Kelly Lake Cree Nation who are of the Beaver, Cree, and Iroquois peoples, and Kelly Lake Cree Nation (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, and Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Honourable Ron Irwin, Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Defendants*)

*INDEXED AS: KELLY LAKE CREE NATION v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Rothstein J.—Edmonton, December 14, 1998; Ottawa, January 11, 1999.

*Practice—Privilege—Counsel may not breach solicitor-client privilege when called upon by third party to provide information pertaining to relationship with former client, even to protect own reputation.*

*Barristers and Solicitors—Counsel may not breach solicitor-client privilege when called upon by third party to provide information pertaining to relationship with former client, even to protect own reputation.*

In the context of an Aboriginal land claims case, one party, when cross-examined on his affidavit in support of a motion to intervene, stated that important historical and other information, including genealogical research and oral history, was being wrongfully withheld by the prominent Calgary and Edmonton law firm of Parlee McLaws. The plaintiffs then brought this motion for leave to file the affidavit of a lawyer with Parlee McLaws. The proposed interveners objected to its production on the grounds of privilege, stating that Parlee McLaws was acting for them when the events to which the lawyer with Parlee McLaws made reference in her affidavit took place. The affidavit did in fact contain privileged information. The only issue was whether privilege had been waived or was not applicable for any other reason.

*Held*, the motion for leave to file the affidavit should be dismissed.

While lawyers are justifiably sensitive about their reputations, the means of protecting their reputations must be

T-1685-96

Cliff Calliou agissant en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la Nation crie de Kelly Lake qui appartiennent aux peuples beaver, cri et iroquois, et la Nation crie de Kelly Lake (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, et Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par M. Ron Irwin, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*défendeurs*)

*RÉPERTORIÉ: NATION CRIE DE KELLY LAKE c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Rothstein—Edmonton, 14 décembre 1998; Ottawa, 11 janvier 1999.

*Pratique—Communications privilégiées—Un avocat n'a pas le droit, même pour défendre sa propre réputation, de violer le secret professionnel lorsqu'une tierce partie lui demande de révéler ses rapports avec un ancien client.*

*Avocats—Un avocat n'a pas le droit, même pour défendre sa propre réputation, de violer le secret professionnel lorsqu'une tierce partie lui demande de révéler ses rapports avec un ancien client.*

Dans le cadre d'une action en revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux, une partie, contre-interrogée au sujet de son affidavit déposé à l'appui de la requête en autorisation d'intervenir, a fait savoir que d'importantes données historiques et autres, y compris des recherches généalogiques et la tradition orale, étaient retenues à tort par Parlee McLaws, un cabinet d'avocats connu de Calgary et d'Edmonton. C'est pourquoi les demandeurs ont introduit cette requête tendant à l'autorisation de déposer l'affidavit d'une avocate de ce cabinet. Les intervenants éventuels s'y opposent en excipant du secret professionnel, faisant valoir que Parlee McLaws les représentait au moment où se produisirent les faits relatés par l'avocate de ce cabinet dans son affidavit. Celui-ci renferme effectivement des communications confidentielles. Il s'agit uniquement d'examiner s'il y a eu renonciation à cette protection ou si celle-ci ne s'applique pas pour quelque autre raison.

*Jugement*: il faut rejeter la requête en dépôt de l'affidavit.

Si les avocats sont à juste titre soucieux de défendre leur réputation, le moyen de le faire doit faire l'objet d'un choix

prudently chosen. The fact that a former client, in litigation in which counsel is not involved, makes comments going to the reputation of that counsel, does not open the door for counsel to make disclosures that breach the former client's privilege. This was not one of the cases in which the Alberta *Code of Professional Conduct* allowed counsel to speak out. The proper course for counsel to follow when called upon by a third party to provide information pertaining to their relationship with a former client is to refuse to do so: *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, unless the client gives an express, valid consent. An implied waiver is not sufficient. Even if some of the information was known publicly, that did not justify disclosure by the solicitor.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 84(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; (1991), 125 A.R. 81; 81 D.L.R. (4th) 211; [1991] 5 W.W.R. 389; 80 Alta. L.R. (2d) 293; 42 E.T.R. 97; 127 N.R. 241; 14 W.A.C. 81; *Descôteaux et al. v. Mierzewski*, [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; *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] S.C.R. 664; (1968), 68 D.L.R. (2d) 751.

##### REFERRED TO:

*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Avenue Herring Producers Ltd.* (1983), 35 C.P.R. 146 (B.C.S.C.).

MOTION to file an affidavit in response to an allegation, upon cross-examination of an affidavit, that a law firm was wrongfully withholding documents belonging to the plaintiff. Motion denied.

#### APPEARANCES:

*Bruce L. Barry* for plaintiff.  
*J. Trina Kondro* and *Karin E. Buss* for Kelly Lake First Nation.  
*Patrick G. Hodgkinson* and *Mary King* for defendants.

prudent. Le fait qu'un ancien client, dans un litige auquel un avocat ne participe pas, tient des propos qui touchent à la réputation de ce dernier, ne l'autorise pas à faire des révélations qui violent le secret professionnel dont jouit cet ancien client. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où le Code déontologique de l'Alberta lui permet de divulguer certaines communications protégées. Ce que doit faire un avocat lorsqu'une tierce partie lui demande de communiquer des renseignements concernant ses rapports avec un ancien client est de s'y refuser (*Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353) sauf consentement exprès et valide de ce client. Il faut davantage qu'une renonciation implicite. Que certains de ces renseignements soient déjà publiquement connus n'en justifie pas la divulgation par l'avocate en question.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 84(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; (1991), 125 A.R. 81; 81 D.L.R. (4th) 211; [1991] 5 W.W.R. 389; 80 Alta. L.R. (2d) 293; 42 E.T.R. 97; 127 N.R. 241; 14 W.A.C. 81; *Descôteaux et autre c. Mierzewski*, [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; *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] R.C.S. 664; (1968), 68 D.L.R. (2d) 751.

##### DÉCISION CITÉE:

*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Avenue Herring Producers Ltd.* (1983), 35 C.P.R. 146 (C.S.C.-B.).

REQUÊTE en dépôt d'un affidavit en réfutation de l'allégation faite en cours de contre-interrogatoire sur un affidavit, qu'un cabinet d'avocats retenait à tort des documents appartenant aux demandeurs. Requête rejetée.

#### ONT COMPARU:

*Bruce L. Barry* pour le demandeur.  
*J. Trina Kondro* et *Karin E. Buss* pour la Première nation de Kelly Lake.  
*Patrick G. Hodgkinson* et *Mary King* pour les défendeurs.

## SOLICITORS OF RECORD:

*O'Reilly & Associés*, Montréal, for plaintiff.

*Ackroyd, Piasta, Roth & Day*, Edmonton, for Kelly Lake First Nation.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

[1] ROTHSTEIN J.: This is a motion to file an affidavit after cross-examination under subsection 84(2) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106].<sup>1</sup> However, before consideration of whether to admit the affidavit under subsection 84(2), there is a threshold question as to whether the affidavit should not be admitted because it contains privileged information.

[2] This is an action for a land claim based on Aboriginal rights. The various groups or entities that are or may be involved in this litigation are the following. The descriptions are taken from the pleadings and affidavits and are not findings of the Court.

1. Kelly Lake First Nation (KLFN)

The KLFN is said to consist of Beaver, Cree, and Iroquois people who live in a community in north-eastern British Columbia near Dawson Creek.

2. Kelly Lake Cree Nation (KLCN)

The KLCN is said to consist of Beaver, Cree and Iroquois people. It is not clear at this stage of the proceedings how the membership of the KLCN and the KLFN differ or overlap. It appears that in 1996, there was a dispute within the KLFN, and certain members withdrew and formed the KLCN.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*O'Reilly & Associés*, Montréal, pour le demandeur.

*Ackroyd, Piasta, Roth & Day*, Edmonton, pour la Première nation de Kelly Lake.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN: Il y a en l'espèce requête en autorisation de déposer un affidavit en application du paragraphe 84(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*<sup>1</sup> [DORS/98-106], après qu'il y a eu contre-interrogatoire. Cependant, avant d'examiner si l'affidavit en question est admissible sous le régime de cette disposition, la Cour doit résoudre la question préalable de savoir si le même affidavit n'est tout simplement pas inadmissible du fait qu'il divulgue des renseignements protégés par le secret professionnel.

[2] Cette requête s'inscrit dans le cadre d'une action en revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux. Les divers groupes ou entités qui sont ou pourraient être parties au litige sont identifiés de la façon suivante, selon les actes de procédure et affidavits versés au dossier, et non pas par conclusion de la Cour.

1. La Première nation de Kelly Lake (PNKL)

La PNKL se dit composée des peuples beaver, cri et iroquois, qui vivent dans une communauté dans le nord-est de la Colombie-Britannique, près de Dawson Creek.

2. La Nation crie de Kelly Lake (NCKL)

La NCKL se dit composée des peuples beaver, cri et iroquois. On ne sait pas trop à ce stade-ci quelle est la différence ou quel est le degré de confusion entre les membres respectifs de la NCKL et de la PNKL. Il appert qu'à la suite d'une querelle en 1996 au sein de la PNKL, certains de ses membres ont fait sécession pour former la NCKL.

3. Kelly Lake First Nation Society (First Nation Society)

This society was incorporated in March 1995, apparently to provide the KLFN with a corporate entity for business and other transactions. The directors are the Chief and Council of the KLFN.

4. Kelly Lake Cree Nation Society (Cree Nation Society)

This society was incorporated in July 1996.

[3] Parlee McLaws is a well-known and respected law firm in Calgary and Edmonton. Parlee McLaws acted for the KLFN, from January 1995, until at least June 1996. It incorporated and acted for the First Nation Society from March 1995 until at least June 1996. On March 15, 1996, Parlee McLaws filed a statement of claim in the Court of Queen's Bench for Alberta on behalf of the First Nation Society against Her Majesty the Queen in Right of Canada making a claim for land based on Aboriginal rights. On July 25, 1996, Parlee McLaws filed a notice of discontinuance of the Queen's Bench action and, on the instructions of the Cree Nation Society, commenced this action in this Court on behalf of the KLCN against Her Majesty the Queen in Right of Canada making a claim for land based on Aboriginal rights. Parlee McLaws no longer acts for the KLFN, First Nation Society, KLCN or Cree Nation Society in this litigation.

[4] By motion filed May 25, 1998, in this action, Claire Gauthier, on behalf of the KLFN and the First Nation Society, sought to intervene in these proceedings. The intervention arises because of the apparent dispute as to the precise group of Aboriginal persons who are entitled to the land being claimed. Of relevance to this motion, Gauthier says, in his affidavit, that the proposed intervenors have historical and other factual information, including genealogical research and oral history which is necessary for the Court to determine this matter. They say they would be more willing to contribute this information to the litigation if KLFN intervened.

3. La Société de la Première nation de Kelly Lake (Société de la Première nation)

Cette société a été constituée en mars 1995, pour servir à la PNKL de personne morale s'occupant d'opérations à but lucratif et autres. Les administrateurs en sont le chef et le conseil de la PNKL.

4. La Société de la Nation crie de Kelly Lake (Société de la Nation crie)

Cette société a été constituée en juillet 1996.

[3] Parlee McLaws, un cabinet d'avocats connu et respecté de Calgary et d'Edmonton, représentait la PNKL de janvier 1995 jusqu'à juin 1996 au moins. Il s'est chargé de la constitution de la Société de la Première nation, qu'il représentait de mars 1995 jusqu'en juin 1996 au moins. Le 15 mars 1996, ce cabinet a, par voie de déclaration déposée au nom de la Société de la Première nation devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, intenté contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada une action en revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux. Le 25 juin 1996, le même cabinet a déposé un avis de désistement de l'action devant la Cour du Banc de la Reine et, sur instructions de la Société de la Nation crie, a engagé devant notre Cour cette action en revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux, au nom de la NCKL, contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Le cabinet Parlee McLaws a maintenant cessé d'occuper pour la PNKL, la Société de la Première nation, la NCKL ou la Société de la Nation crie dans ce litige.

[4] Par requête déposée le 25 mai 1998, Claire Gauthier a demandé à intervenir dans l'instance au nom de la PNKL et de la Société de la Première nation. Cette intervention tient à la question de savoir exactement quel groupe d'autochtones a droit aux terres revendiquées. À l'appui de la requête, Gauthier affirme dans son affidavit que les intervenants éventuels ont en leur possession des données historiques et autres, y compris des résultats de recherches généalogiques et la tradition orale, dont la Cour a besoin pour juger l'affaire. Ils font savoir qu'ils seraient plus disposés à communiquer ces données si la PNKL était autorisée à intervenir dans l'instance.

[5] It is with respect to this genealogical research, and other matters, that Mr. Gauthier was cross-examined on his affidavit in support of this motion. Mr. Gauthier was asked if such information was available. He answered that it was not. He said it was submitted to Parlee McLaws and was never returned. Counsel for Mr. Gauthier said that the information was being wrongfully withheld by Parlee McLaws. I quote from the transcript of the cross-examination:

Q Now, in paragraph 20, you refer to the fact that you have significant evidence and information which may assist the Court from, for example, Mr. Norm Calliou.

So I was wondering if you could describe what that evidence is for us, please.

A He's done some significant work with—genealogical work and research with the members of Kelly Lake people, our history, who the members are, who the people are, and that's what we've been going by.

Q When did he start doing that research for you?

A In 1995.

Q In '95, when Cliff Calliou was a member of the board of directors, isn't it?

A Yes.

Q Did Mr. Calliou provide this information to the board of directors at the time?

A No.

Q Is it available right now?

A I don't think so. We don't have it. We submitted it to Parlee McLaws and never got it back.

MS. BUSS: (Counsel for Gauthier) Parlee McLaws in our view is wrongly withholding those documents that belong to Norman Calliou.

MR. JOYAL: Well, my information is that they don't have any information from Mr. Calliou.

MS. BUSS: They have boxes of information of Mr. Calliou's.

MR. JOYAL: Well, that is not my information.

[6] It is the reference to Parlee McLaws wrongfully withholding the documents that gives rise to this motion by the plaintiffs to file the affidavit of Priscilla

[5] C'est au sujet de ces données généalogiques et autres que M. Gauthier a été contre-interrogé sur son affidavit déposé à l'appui de la requête. À la question de savoir si ces données étaient disponibles, il a répondu par la négative, faisant savoir qu'elles avaient été soumises à Parlee McLaws, qui ne les a jamais restituées. Son avocate affirme que ce cabinet d'avocats les a retenues à tort. Voici ce qu'on peut lire dans la transcription du contre-interrogatoire:

[TRADUCTION]

Q. Au paragraphe 20, vous affirmez que vous avez des preuves et des informations importantes, de M. Norm Calliou par exemple, qui pourraient éclairer la Cour.

Pourriez-vous nous dire en quoi elles consistent, s'il vous plaît?

R. Il a fait d'importants travaux—des recherches généalogiques auprès des membres du peuple de Kelly Lake, sur notre histoire, sur l'origine de ces membres, sur l'origine de ces peuples, et c'est ce sur quoi nous nous guidons.

Q. Quand a-t-il commencé ces recherches pour vous?

R. En 1995.

Q. En 95, au moment où Cliff Calliou siégeait au conseil d'administration, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. M. Calliou a-t-il communiqué ces données au conseil d'administration à l'époque?

R. Non.

Q. Sont-elles disponibles maintenant?

R. Je ne le pense pas. Nous ne les avons pas. Nous les avons données à Parlee McLaws, qui ne nous les a jamais rendues.

M<sup>me</sup> BUSS (l'avocate de Gauthier): Nous estimons que Parlee McLaws retient à tort ces documents, qui appartiennent à Norman Calliou.

M. JOYAL: D'après ce que je sais, ils n'ont en leur possession aucun document provenant de M. Calliou.

M<sup>me</sup> BUSS: Ils ont des boîtes entières de documents provenant de M. Calliou.

M. JOYAL: Eh bien, ce n'est pas ce qu'il m'est donné de savoir.

[6] C'est cette affirmation que Parlee McLaws retient à tort des documents qui a poussé les demandeurs à introduire la présente requête tendant au dépôt

Kennedy, a lawyer with Parlee McLaws, and the objection by the proposed interveners on the grounds of privilege.

[7] Ms. Kennedy acted as one of the lawyers for the First Nation Society until at least June 1996. Her affidavit addresses the question of whether the documents referred to by Mr. Gauthier in his cross-examination are in the possession of Parlee McLaws and are being wrongfully withheld. The proposed interveners say that Parlee McLaws was acting for them when the events to which Ms. Kennedy makes reference in her affidavit occurred. They say the information in her affidavit is subject to privilege because it relates to communications with counsel and information gathered by counsel for the purposes of advising the proposed interveners and for the purpose of litigation, namely the land claim which was the subject of the Queen's Bench action.

[8] I have read the affidavit and, without disclosing its contents in these reasons, except where privilege is clearly not applicable, I am satisfied that, to all intents and purposes, it contains privileged information as between the KLFN and/or the First Nation Society and Parlee McLaws. Counsel's activity on behalf of the KLFN and First Nation Society are set out, including communications with various persons, attendances and other work done. There is no doubt the information is privileged. The only issue is whether privilege has been waived or is not applicable for any other reason. I have concluded that the privilege is applicable.

[9] Paragraphs 3 and 4 of Ms. Kennedy's affidavit indicate a reason for filing the affidavit apart from the issues in this litigation or the motion of the proposed interveners to intervene. It is to protect the good name of Parlee McLaws.

3. THAT I have reviewed the transcript of cross-examination of Claire Gauthier taken on July 27, 1998 in relation to a motion for leave to intervene in this action by Claire Gauthier, on his own behalf and on behalf of the Kelly Lake First Nations Society, and that on pages 46 and 47 Claire Gauthier and his counsel, Karin Buss, state that Parlee McLaws has received from Norman Calliou genea-

de l'affidavit de Priscilla Kennedy, membre de ce cabinet d'avocats, dépôt auquel s'opposent les intervenants éventuels qui excipent du secret professionnel.

[7] M<sup>me</sup> Kennedy était l'un des avocats occupant pour la Société de la Première nation au moins jusqu'en juin 1996. Son affidavit porte sur la question de savoir si Parlee McLaws a en sa possession et retient à tort les documents dont faisait état M. Gauthier lors de son contre-interrogatoire. Les intervenants éventuels affirment que Parlee McLaws les représentait au moment où se produisirent les faits relatés par M<sup>me</sup> Kennedy dans son affidavit, et que ces informations sont protégées par le secret professionnel puisqu'elles se rapportent aux communications avec des avocats ainsi qu'aux renseignements recueillis par ces derniers afin de les conseiller et de les représenter dans le litige, savoir la revendication territoriale faisant l'objet de l'action devant la Cour du Banc de la Reine.

[8] J'ai lu l'affidavit en question et, sans en révéler le contenu dans les présents motifs sauf les passages qui, de toute évidence, ne sont pas protégés par le secret professionnel, je conclus qu'il renferme des communications confidentielles entre la PNKL ou la Société de la Première nation et Parlee McLaws. Les mesures prises par les avocats pour le compte de la PNKL et la Société de la Première nation y sont rapportées, y compris les communications avec diverses personnes, les comparutions, et d'autres travaux accomplis. Il est hors de doute que ces informations sont protégées par le secret professionnel. Il s'agit uniquement d'examiner s'il y a eu renonciation à cette protection ou si celle-ci ne s'applique pas pour quelque autre raison. Je conclus qu'elle s'applique.

[9] Aux paragraphes 3 et 4 de son affidavit, M<sup>me</sup> Kennedy donne une raison pour en expliquer le dépôt, à part les questions litigieuses ou la requête en intervention: il s'agit de protéger la bonne réputation de Parlee McLaws.

[TRADUCTION] 3. J'ai lu la transcription du contre-interrogatoire de Claire Gauthier, effectué le 27 juillet 1998 au sujet de la requête en intervention dans cette action, introduite par ce dernier en son nom propre et au nom de la Société de la Première nation de Kelly Lake. En pages 46 et 47, Claire Gauthier et son avocate, Karin Buss, affirment que Parlee McLaws a reçu de Norman Calliou des données

logical information related to the members of the Kelly Lake community and that my firm is “wrongfully” withholding the same. Claire Gauthier was one of the directors of the Kelly Lake First Nations Society and Karin Buss was an Associate of Parlee McLaws during the time that I acted for the Kelly Lake First Nations Society and these statements require a response. [Emphasis added.]

4. THAT this cross-examination is the first time that Claire Gauthier and his counsel, Karin Buss have made such claims against Parlee McLaws and these allegations put into question the professional integrity of Parlee McLaws. [Emphasis added.]

While all lawyers are justifiably sensitive about their reputations and should be, the means and occasion to protect reputation must be prudently chosen. The fact that a former client, in litigation in which counsel is not involved, makes comments going to the reputation of that counsel, does not open the door for counsel to make disclosures that breach the former client’s privilege.

[10] Certainly there are occasions when, notwithstanding privilege, counsel is entitled to speak out. The Alberta *Code of Professional Conduct* issued by the Alberta Law Society provides that a lawyer has a duty to keep confidential all information concerning a client’s business, interests and affairs acquired in the course of the professional relationship. This is subject to some exceptions, one of which is Rule 8(f) of chapter 7:

8. . . .

(f) A lawyer may disclose confidential information when reasonably necessary for the lawyer to properly prosecute an action or defend a claim or allegation in a dispute with a client.

This is not a situation contemplated by Rule 8(f). There is no action or claim as between the KLFN or the First Nation Society and Parlee McLaws. There is no evidence that the KLFN or the First Nation Society have asked Parlee McLaws for the information alleged to be withheld and have been refused and therefore there is no dispute between them in this litigation.

[11] In my opinion, the proper course for counsel to follow when they are called upon by a third party to

généalogiques concernant les membres de la communauté de Kelly Lake, et que ce cabinet d’avocats dont je fais partie les retient «à tort». Claire Gauthier était l’un des administrateurs de la Société de la Première nation de Kelly Lake et Karin Buss faisait partie du cabinet Parlee McLaws durant la période où j’occupais pour la Société de la Première nation, et ces affirmations appellent une réponse.

4. C’est lors de ce contre-interrogatoire que Claire Gauthier et son avocate, Karin Buss, ont fait pour la première fois cette allégation contre le cabinet Parlee McLaws, et ces allégations mettent en question l’intégrité professionnelle de ce dernier. [Non souligné dans l’original.]

Si tous les avocats sont à juste titre soucieux de défendre leur réputation, et ils devraient l’être, le moyen et le moment de le faire doivent faire l’objet d’un choix prudent. Le fait qu’un ancien client, dans un litige auquel un avocat ne participe pas, tient des propos qui touchent à la réputation de ce dernier, ne l’autorise pas à faire des révélations qui violent le secret professionnel dont jouit cet ancien client.

[10] Certes il est des cas où, malgré le secret professionnel, un avocat a le droit de parler franchement. Le Code déontologique du Barreau de l’Alberta fait à l’avocat obligation de garder confidentiels tous les renseignements sur les affaires et intérêts d’un client que celui-ci lui a communiqués dans leurs rapports professionnels. Cette règle est soumise à quelques exceptions, dont l’une est l’alinéa 8(f) du chapitre 7:

[TRADUCTION] 8. [ . . . ]

(f) Un avocat peut divulguer des renseignements confidentiels lorsque pareille divulgation lui est raisonnablement nécessaire pour poursuivre convenablement une action ou pour défendre une réclamation ou une allégation dans un litige l’opposant à un client.

La présente affaire n’est pas un cas visé par l’alinéa 8(f). Il n’y a ni action ni réclamation entre la PNKL ou la Société de la Première nation d’une part, et le cabinet Parlee McLaws d’autre part. Rien ne prouve que la PNKL ou la Société de la Première nation ait demandé en vain à Parlee McLaws les renseignements que ce cabinet aurait retenus; il n’y a donc aucun différend entre eux dans ce litige.

[11] À mon avis, ce que doit faire un avocat lorsqu’une tierce partie lui demande de communiquer des

provide information pertaining to their relationship with a former client is to refuse to do so. The law is set out in a number of cases. In *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, Wilson J. states at page 383:

The client may, of course, herself choose to disclose the contents of her communications with her legal representative and thereby waive the privilege. Or, the client may authorize the solicitor to reveal those communications for her. Even then, however, the courts have been cautious in allowing such disclosures, so much so that they have assumed for themselves the role of ensuring that without the client's express consent a solicitor may not testify.

In *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at page 876, Lamer J., (as he then was) cites with approval the rule of evidence formulated by Cross (*Cross on Evidence*, 5th ed. (1979), at page 282) as follows:

In civil and criminal cases, confidential communications passing between a client and his legal adviser need not be given in evidence by the client and, without the client's consent, may not be given in evidence by the legal adviser in a judicial proceeding . . .

In *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] S.C.R. 664, Spence J. states at page 671:

Because the solicitor owes to his former client a duty to claim the privilege when applicable, it is improper for him not to claim it without showing that it has been properly waived.

These cases make it clear that a solicitor should not give evidence about privileged communications and information without the former client's express consent.

[12] Here, Ms. Kennedy should have sought the consent of the KLFN and/or the First Nation Society before preparing her affidavit. Without such consent it should not have been prepared for counsel who now is opposing the KLFN and the First Nation Society and therefore cannot be admitted.

renseignements concernant ses rapports avec un ancien client est de s'y refuser. Cette règle a été définie dans divers précédents. Dans *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, M<sup>me</sup> le juge Wilson a fait l'observation suivante en page 383:

Le client peut bien sûr choisir de divulguer le contenu de ses communications avec son conseiller juridique et renoncer ainsi au secret professionnel. Ou il peut autoriser son avocat à en divulguer le contenu en son nom. Même dans ce cas, cependant, les tribunaux ont fait preuve de circonspection en permettant cette divulgation, à tel point qu'ils ont pris sur eux de s'assurer qu'un avocat ne témoigne pas sans le consentement exprès de son client.

Dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la page 876, le juge Lamer (tel était alors son titre) a souscrit à la règle de preuve suivante, formulée par Cross (*Cross on Evidence*, 5<sup>e</sup> éd. (1979), à la page 282) comme suit:

[TRADUCTION] Dans les affaires civiles et criminelles, un client n'est pas tenu de témoigner à propos des communications confidentielles échangées entre lui et son conseiller juridique et, sans le consentement de son client, le conseiller juridique ne peut déposer à leur sujet dans une procédure judiciaire [ . . . ]

Dans *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] R.C.S. 664, le juge Spence s'est prononcé en ces termes à la page 671:

[TRADUCTION] Puisque l'avocat doit à son ancien client l'obligation de faire valoir le secret professionnel le cas échéant, il a tort de ne pas le revendiquer sans la preuve que ce client y a vraiment renoncé.

Il ressort de ces précédents que sans le consentement exprès de son ancien client, un avocat ne doit pas divulguer en témoignage des communications et renseignements confidentiels.

[12] En l'espèce, M<sup>me</sup> Kennedy aurait dû, avant d'établir son affidavit, s'assurer le consentement de la PNKL et/ou de la Société de la Première nation. Sans ce consentement, cet affidavit n'aurait pas dû être établi à l'intention de l'avocat qui représente maintenant la partie adverse de la PNKL et de la Société de la Première nation; en conséquence, il n'est pas admissible.



[13] Ms. Kennedy says in her affidavit that she obtained the consent of three of the five directors of the First Nation Society “at that time” for the purposes of making her affidavit. However, the evidence is that the three directors who consented ceased to hold their positions as directors of the First Nation Society as of April 21, 1996, when they were defeated in an election for Chief and Council of the KLFN. After that time, they had no authority to instruct counsel on behalf of the KLFN or the First Nation Society. Ms. Kennedy’s affidavit deals extensively with events in 1995 and 1996 when she was acting for the KLFN and the First Nation Society. While she does not say when the consent of the three directors was obtained, it is obvious it was recently, as the affidavit is sworn on November 4, 1998. When these directors purported to consent to the Kennedy affidavit they had no authority to do so on behalf of the KLFN or the First Nation Society to whom the privilege belonged.

[14] It is argued that Mr. Gauthier and his counsel’s answers on his cross-examination relative to Parlee McLaws withholding documents constituted an implied waiver of privilege by the KLFN and the First Nation Society. Ms. Kennedy’s affidavit goes far beyond what might be covered by the alleged implied waiver. More specifically, the answers do not justify Ms. Kennedy, at the request of counsel for parties adverse in interest to her former clients, volunteering an affidavit disclosing whether Parlee McLaws had documents belonging to the KLFN or the First Nation Society. The cases to which I have made reference make it clear that more than an implied waiver is required in order to do so. Express consent was required and it was not obtained.

[15] The plaintiffs invoke the doctrine of fairness and consistency. This doctrine goes to the question of waiver which, as I have said, cannot be relied upon by

[13] M<sup>me</sup> Kennedy affirme dans son affidavit que pour cet affidavit, elle a obtenu le consentement de trois des cinq administrateurs de la Société de la Première nation «à l’époque». Il ressort cependant des preuves produites que ces trois administrateurs qui ont donné leur consentement n’étaient plus administrateurs de la Société de la Première nation dès le 21 avril 1996, date à laquelle ils avaient été battus à l’élection du chef et du conseil de la PNKL. Après cette date, ils n’avaient aucun pouvoir pour donner des instructions aux avocats au nom de la PNKL ou de la Société de la Première nation. L’affidavit de M<sup>me</sup> Kennedy porte sur un grand nombre de faits qui se sont produits en 1995 et 1996, à l’époque où elle représentait la PNKL et la Société de la Première nation. Elle ne dit pas à quel moment elle a obtenu le consentement de ces trois administrateurs, mais il est visible que c’est tout récent, puisque l’affidavit a été établi sous serment le 4 novembre 1998. Au moment où ces trois administrateurs étaient censés consentir à son affidavit, ils n’étaient pas habilités à le faire au nom de la PNKL ou de la Société de la Première nation, qui jouissent de la protection du secret professionnel.

[14] Les demandeurs soutiennent que les réponses données par M. Gauthier et son avocate lors du contre-interrogatoire de la première, au sujet du refus de restitution des documents de la part de Parlee McLaws, valent renonciation implicite au secret professionnel par la PNKL et la Société de la Première nation. L’affidavit de M<sup>me</sup> Kennedy va bien plus loin que ce qui pourrait faire l’objet de cette soi-disant renonciation implicite. Plus spécifiquement, ces réponses ne font pas que M<sup>me</sup> Kennedy, à la demande des avocats représentant des parties adverses de ses anciennes clientes, puisse proposer de plein gré un affidavit sur la question de savoir si le cabinet Parlee McLaws avait en sa possession des documents appartenant à la PNKL ou à la Société de la Première nation. La jurisprudence susmentionnée pose qu’il faut davantage qu’une renonciation implicite pour qu’elle puisse le faire. Un consentement exprès était nécessaire, et elle ne l’a pas obtenu.

[15] Les demandeurs invoquent la doctrine de l’équité et de la cohérence. Cette doctrine se rapporte à la question de la renonciation, laquelle, comme noté

counsel in voluntarily giving evidence about privileged information. In any event, fairness and consistency requires disclosure in limited circumstances, for example, when disclosure of part of a communication waives privilege over the whole communication or where reliance by a party on legal advice as part of his claim or defence, waives privilege over the legal advice. See *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Avenue Herring Producers Ltd.* (1983), 35 C.P.C. 146 (B.C.S.C.), at page 149, per McLachlin J.

[16] It is suggested that some of the information in the affidavit was already known publicly. That does not justify disclosure by the solicitor. The information was obtained by the solicitor in the context of a solicitor and client relationship and/or in contemplation of litigation. The fact that the information comes from a public meeting or from public sources may make it possible for someone else to testify about it. However, the solicitor may not.

[17] I have read the Kennedy affidavit. There are small portions that are not privileged. However, they are not substantive and do not address the question in issue, whether Parlee McLaws has documents and is withholding them. No useful purpose would be served by severing the affidavit and permitting the limited inconsequential portions to be filed, while excising the approximate 90% that is subject to privilege. The affidavit contains a few paragraphs referring to events after June 1996, but the record is not clear as to when Ms. Kennedy precisely ceased acting for the KLFN and First Nation Society. Without definite evidence as to when that retainer ended, I am not prepared to say that privilege is not applicable over the entire series of events referred to in the affidavit.

[18] The motion for leave to file the affidavit of Ms. Kennedy under subsection 84(2) is dismissed. The parties shall contact the Registrar to arrange for a conference call to dispose of the matter of costs.

*supra*, ne peut être invoquée par un avocat pour témoigner de plein gré sur des renseignements confidentiels. Quoi qu'il en soit, l'équité et la cohérence imposent la divulgation dans des cas exceptionnels, par exemple le cas où la divulgation d'une fraction de la communication vaut renonciation à l'ensemble, ou le cas où la citation d'une consultation juridique à l'appui d'un chef de demande ou de défense vaut renonciation au caractère secret de cette consultation; voir *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Avenue Herring Producers Ltd.* (1983), 35 C.P.C. 146 (C.S.C.-B.), en page 149, motifs prononcés par le juge McLachlin.

[16] Les demandeurs font valoir que certains renseignements divulgués dans l'affidavit étaient déjà publiquement connus. Cela n'en justifie pas la divulgation par cette avocate, qui a obtenu cette information dans le contexte des communications entre avocat et client ou en vue d'une action en justice. Le fait qu'elle provienne d'une réunion publique ou de sources publiques signifie que quelqu'un d'autre pourrait témoigner à ce sujet, mais non cette avocate.

[17] J'ai lu l'affidavit de M<sup>me</sup> Kennedy. Il y a des petits passages qui ne sont pas protégés par le secret professionnel. Cependant, ces passages ne touchent pas au fond de la question de savoir si Parlee McLaws a ces documents en sa possession et refuse de les restituer. Il ne servirait à rien de découper cet affidavit et d'autoriser le dépôt des passages sans importance, tout en supprimant les quelque 90 p. 100 qui sont protégés par le secret professionnel. Cet affidavit comporte quelques paragraphes mentionnant des faits qui se sont produits après juin 1996, mais le dossier ne permet pas de voir quand exactement M<sup>me</sup> Kennedy a cessé d'occuper pour la PNKL et la Société de la Première nation. Sans preuve concluante sur la date où ces services ont pris fin, je ne suis pas enclin à conclure que le secret professionnel ne recouvre pas tous les faits mentionnés dans l'affidavit.

[18] La Cour rejette la requête en autorisation de déposer l'affidavit de M<sup>me</sup> Kennedy sous le régime du paragraphe 84(2). Les parties se mettront en rapport avec le greffier pour arranger une conférence téléphonique en vue de régler la question des frais et dépens.

<sup>1</sup> 84. . . .

(2) A party who has cross-examined the deponent of an affidavit filed in a motion or application may not subsequently file an affidavit in that motion or application, except with the consent of all other parties or with leave of the Court.

<sup>1</sup> 84. [ . . . ]

(2) La partie qui a contre-interrogé l'auteur d'un affidavit déposé dans le cadre d'une requête ou d'une demande ne peut par la suite déposer un affidavit dans le cadre de celle-ci, sauf avec le consentement des autres parties ou l'autorisation de la Cour.