

A-263-97

The Honourable Sinclair M. Stevens (*Appellant*)
(*Applicant*)

v.

The Prime Minister of Canada (The Privy Council)
(*Respondent*) (*Respondent*)

INDEXED AS: STEVENS v. CANADA (PRIME MINISTER) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson J.J.A.—
Toronto, April 22; Ottawa, June 5, 1998.

Practice — Privilege — Whether lawyer's billing accounts protected by solicitor-client privilege from disclosure under Access to Information Act — Appellant, former federal cabinet minister, subject of Commission of Inquiry regarding conflict of interest allegations arising from business dealings — Application to Information Commissioner for disclosure of billing accounts, supporting documents of Commission counsel partially successful — Trial Judge finding expurgated material protected by solicitor-client privilege as directly related to seeking, formulating, giving of legal advice — Conflict between public interest in free communication between lawyers, clients, and in disclosure of relevant evidence before court — Solicitor-client privilege, guarantee of confidentiality distinguished — Privilege protecting communications only, not acts of counsel, mere statements of fact — Bills of accounts privileged under case law on tax litigation — Privilege substantive right, not merely rule of evidence — Narrative portions of bills of accounts communications for purpose of obtaining legal advice.

Access to information — Appellant seeking disclosure under Access to Information Act of billing accounts, supporting documents of Commission of Inquiry — Provided with 336 pages of legal accounts, receipts, other related documents, but narrative portions on 73 pages of disclosed accounts expurgated on basis of solicitor-client privilege under Act, s. 23 — Privilege designed to promote free flow of communication between lawyer, client — Narrative portions of bills of account communications for purpose of obtaining legal advice — Government having released more

A-263-97

L'honorable Sinclair M. Stevens (*appellant*) (*demandeur*)

c.

Le Premier ministre du Canada (le Conseil privé)
(*intimé*) (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: STEVENS c. CANADA (PREMIER MINISTRE) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,
J.C.A.—Toronto, 22 avril; Ottawa, 5 juin 1998.

Pratique — Communications privilégiées — Les relevés de services d'un avocat sont-ils protégés par le secret des communications entre client et avocat contre la divulgation sous le régime de la Loi sur l'accès à l'information? — L'appelant, un ancien ministre du cabinet fédéral, était l'objet d'une commission chargée d'enquêter sur des allégations de conflit d'intérêts relativement à certaines transactions commerciales — La demande déposée auprès du Commissaire à l'information en vue d'obtenir la divulgation des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives soumis par les conseillers juridiques de la Commission a été partiellement accueillie — Le juge de première instance a conclu que les passages occultés étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, car ils portaient directement sur les consultations, conseils et services juridiques — Il existe une tension entre l'intérêt public que représente la libre communication entre les conseillers juridiques et leurs clients et l'intérêt public que représente la divulgation d'éléments de preuve pertinents devant le tribunal — Distinction entre le secret des communications entre l'avocat et son client et la garantie de confidentialité — Le privilège ne protège que les communications et non les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits — Il ressort de la jurisprudence en matière fiscale que les mémoires de frais sont privilégiés — Le privilège est un droit et non simplement une règle de preuve — Les passages descriptifs des relevés de services constituant des communications visant à obtenir des conseils juridiques.

Accès à l'information — L'appelant demandait la divulgation, conformément à la Loi sur l'accès à l'information, des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives d'une Commission d'enquête — Il a reçu communication de 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes, mais les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat en vertu de l'art. 23 de la Loi — Le secret vise à promouvoir la libre communication entre avocats et clients — Les passages

information than legally necessary — Government perhaps more ready than private client to waive privilege under policy of transparency — Discretion exercised properly under Act, s. 23.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application under section 41 of the *Access to Information Act* for review of the Information Commissioner's decision. The appellant, a former federal cabinet minister, was the subject of an inquiry into conflict of interest allegations arising from certain business dealings. After the Parker Commission of Inquiry had submitted a report to the House of Commons on December 3, 1987, which was critical of the appellant, the latter made an application to the Information Commissioner, under the *Access to Information Act*, for disclosure by the Privy Council Office (PCO) of the billing accounts and supporting documents of Commission counsel. The appellant sought these documents in support of his allegation that Commissioner Parker had allowed Commission counsel to write, or at least assist in the preparation of the Report. He was provided with 336 pages of legal accounts, receipts and other related documents, but the narrative portions on 73 pages of the disclosed accounts were expurgated on the basis of solicitor-client privilege under section 23 of the Act. The appellant was informed by the Information Commissioner that the expurgated material had been properly withheld from disclosure. On application for judicial review to the F.C.T.D., Rothstein J. found that the material was protected by the solicitor-client privilege, as it was "directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance". He also ruled that disclosure to the PCO did not constitute disclosure to a third party, as the PCO is simply another department of government, and that there was no waiver of the privilege. The main issue on appeal was whether and to what extent a lawyer's billing accounts are protected by solicitor-client privilege from disclosure under the *Access to Information Act*.

Held, the appeal should be dismissed.

The history of solicitor-client privilege is one of a tension between the public interest in maintaining free communication between lawyers and clients and the public interest in the disclosure of relevant evidence before the court. The underlying justification in either case is the fair and proper administration of justice. This doctrine, which dates back to the 16th century, has evolved over the years. Nowadays any communication between a lawyer and a client in the course

descriptifs des relevés de services sont des communications visant à obtenir des conseils juridiques — Le gouvernement a communiqué plus de renseignements qu'il n'était légalement nécessaire — Il peut avoir plus de raisons de renoncer à son privilège qu'un particulier à cause d'une politique de transparence — Le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 23 de la Loi a été exercé à bon droit.

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande, déposée en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, visant à obtenir l'examen de la décision du Commissaire à l'information. L'appellant, un ancien ministre du cabinet fédéral, était l'objet d'une enquête sur les allégations de conflit d'intérêts relativement à certaines transactions commerciales. Après que la Commission d'enquête Parker eut déposé, à la Chambre des communes le 3 décembre 1987, un rapport sévère à l'égard de l'appellant, celui-ci a demandé au Commissaire à l'information, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, la divulgation par le Bureau du Conseil privé (BCP) des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives soumis par les conseillers juridiques de la Commission. L'appellant cherchait à obtenir ces documents pour étayer son allégation selon laquelle le commissaire Parker avait permis aux conseillers juridiques de la Commission de rédiger le rapport ou, à tout le moins, de participer à sa rédaction. Il a reçu communication de 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes, mais les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat en vertu de l'article 23 de la Loi. Le Commissaire à l'information a informé l'appellant que la non-communication des renseignements occultés était justifiée. Saisi d'une demande de contrôle judiciaire, le juge Rothstein de la Section de première instance, a conclu que les documents étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, car ils portaient «directement sur les consultations, conseils et services juridiques». Il a également décidé que la divulgation faite au BCP ne valait pas divulgation à une tierce partie, car le BCP est tout simplement un autre ministère; il n'y avait donc pas eu renonciation à la protection. La question principale à trancher dans le présent appel est de savoir si, et dans quelle mesure, les relevés de services d'un avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat contre la divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

L'histoire du secret des communications entre client et avocat est celle d'une tension entre l'intérêt public que représente le maintien de la libre communication entre les conseillers juridiques et leurs clients et l'intérêt public que représente la divulgation d'éléments de preuve pertinents devant le tribunal. La justification sous-jacente dans l'un ou l'autre cas est l'administration juste et saine de la justice. Cette doctrine, qui remonte au 16^e siècle, a évolué au fil des

of obtaining, formulating or giving legal advice is privileged and may not be disclosed without the client's consent. Canadian law has sought to strike an appropriate balance between openness and secrecy by creating two exceptions to the privilege. The first exception is for communications which are themselves criminal or which counsel a criminal act. The second exception relates to information which is not a communication but is rather evidence of an act done by counsel or is a mere statement of fact. The solicitor-client privilege is different from a guarantee of confidentiality: it has been primarily a rule of evidence, while the rule that a client's confidence must not be betrayed is an ethical or equitable doctrine. The law may in certain circumstances compel someone to betray a mere confidence, but may not compel someone to reveal something which is the subject of solicitor-client privilege. The duty of confidentiality is much broader than the protection provided by the solicitor-client privilege. While the privilege has traditionally been regarded as a rule of evidence, it has evolved over the years and has become a substantive right. The identity of the client is irrelevant to the scope or content of the privilege. A government is not granted less protection than any other client by the law of solicitor-client privilege. More importantly, the privilege protects communications only, not acts of counsel or mere statements of fact, the protection of which would have a detrimental effect on litigation. The privilege is of such importance to the administration of justice that a court, on its own motion, may raise it in order to protect the sanctity of the solicitor-client relationship.

The privilege protects the integrity of the solicitor-client relationship. A solicitor's bills of account are at the heart of that relationship. The terms and amounts of the retainer, the arrangements with respect to payment, the types of services rendered and their cost are also central to the relationship. The terms of a solicitor's retainer contain elements of a market transaction. Just as obtaining legal aid is part of obtaining legal advice, so too is the negotiation of financial terms of the relationship with a solicitor. The bills of account presented under that arrangement are merely an extension of those negotiations. They are privileged, but a lawyer's trust accounts and other accounting records are not so privileged. Many of the decisions which found that bills of accounts are privileged arose in the context of tax litigation. Courts have consistently ruled that bills of account are not "an accounting record of a lawyer", and have found them not to be within the statutory exception. The statement of account is privileged because it is integral to the seeking,

ans. De nos jours, toute communication qui est échangée entre le conseiller juridique et son client et qui porte sur les consultations, conseils et services juridiques est protégée par le secret professionnel et ne peut être divulguée sans le consentement du client. Le droit canadien a cherché à établir un équilibre approprié entre la transparence et le secret en créant deux exceptions au privilège. La première exception a trait aux communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui conseillent à quelqu'un de perpétrer un acte criminel. La seconde exception porte sur les renseignements qui ne constituent pas une communication, mais plutôt la preuve d'un acte accompli par le conseiller juridique ou qui constitue un simple exposé des faits. Le secret des communications entre l'avocat et son client ne doit pas être assimilé à une garantie de confidentialité: il a été principalement une règle de preuve, alors que la règle selon laquelle les confidences du client ne doivent pas être trahies constitue une doctrine ressortissant à la déontologie ou à l'*equity*. Dans certaines circonstances, le droit peut obliger quelqu'un à trahir une simple confiance, mais il ne peut contraindre celui-ci à révéler une chose qui est protégée par le secret des communications entre client et avocat. L'obligation de confidentialité est beaucoup plus étendue que la protection qu'offre le secret des communications entre client et avocat. Si, traditionnellement, le privilège était considéré comme une règle de preuve, il a évolué avec le temps et il est devenu un droit. L'identité du client est sans importance quant à la portée ou au contenu du privilège. Le droit relatif au secret des communications entre client et avocat n'accorde pas moins de protection à un gouvernement qu'à tout autre client. Chose plus importante, le privilège ne protège que les communications et non les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits, vu l'effet préjudiciable sur les litiges qu'aurait la protection de ces derniers. Le privilège est d'une telle importance pour l'administration de la justice qu'un tribunal, de sa propre initiative, peut l'invoquer afin de protéger l'inviolabilité de la relation avocat-client.

Le secret des communications entre client et avocat protège l'intégrité de la relation avocat-client. Le relevé de services d'un avocat est au cœur de cette relation. Les modalités et le montant des honoraires, les arrangements ayant trait au paiement et les genres de services rendus et leur coût sont également au centre de la relation. Les modalités du contrat de services juridiques qui interviennent entre l'avocat et son client comportent des éléments d'une opération commerciale. Tout comme l'obtention de l'aide juridique fait partie de l'obtention de conseils juridiques, ainsi en est-il de la négociation des modalités financières de la relation avec un avocat. Les mémoires de frais présentés dans le cadre de cet arrangement constituent simplement une extension de ces négociations. Ils sont privilégiés, mais les comptes en fiducie et autres relevés comptables d'un avocat ne le sont pas. Plusieurs des décisions qui ont conclu que les mémoires de frais sont privilégiés ont été rendues dans des litiges en matière fiscale. Les tribunaux ont conclu de façon

formulating and giving of legal advice. The trust account ledger is not protected because it relates to acts done by counsel. Similarly, where the communication itself constitutes a criminal act, or counsels someone to commit a crime, a client or a solicitor cannot hide behind the privilege. The existence of these two exceptions to the solicitor-client privilege makes a broad ambit for its scope both desirable from an administrative point of view, and logical because it is consistent with the intention of Parliament. The privilege protects not only the communications between a solicitor and his client in a particular case, but also any future communications between clients and their lawyers in general. In the case at bar, the narrative portions of the bills of account were communications for the purpose of obtaining legal advice.

The Trial Judge's analysis of the waiver and discretion issues was correct. Given the importance of the right to communicate freely and openly with one's solicitor without fear of disclosure of that communication, the case law provided ample support for his conclusions. The Government has released more information than was legally necessary. The itemized disbursements and general statements of account detailing the amount of time spent by the Commission counsel and the amounts charged for that time were all privileged. By disclosing portions of the accounts, the Government was merely exercising its discretion in that regard. It may be that government will be more ready than a private party to waive privilege so that its activities will be transparent. Such discretion was exercised properly under section 23 of the Act.

constante que les mémoires de frais ne constituent pas «un relevé comptable d'un avocat» et qu'ils ne sont donc pas visés par l'exception légale. L'état de compte est protégé parce qu'il constitue une partie intégrante de la consultation et de la fourniture de conseils juridiques. Le grand livre de compte en fiducie n'est pas protégé parce qu'il se rapporte aux actes accomplis par l'avocat. De la même façon, si la communication elle-même constitue un acte criminel ou conseille à quelqu'un de perpétrer un crime, le client ou l'avocat ne peut s'abriter derrière la protection. L'existence de ces deux exceptions au privilège du secret des communications entre client et avocat fait en sorte qu'il est souhaitable, dans une perspective administrative, et logique, car cela est conforme à l'intention du Parlement, que sa portée soit largement définie. Le privilège ne protège pas uniquement les communications entre l'avocat et son client dans un cas particulier, mais doit protéger de façon générale toutes les communications futures entre les clients et leurs avocats. En l'espèce, les passages descriptifs des relevés de services constituaient des communications échangées dans le but d'obtenir des conseils juridiques.

L'analyse du juge de première instance concernant la renonciation et le pouvoir discrétionnaire était bien fondée. Compte tenu de l'importance du droit de communiquer librement et ouvertement avec son avocat sans craindre que les communications soient divulguées, la jurisprudence fournit un solide appui à ses conclusions. Le gouvernement a communiqué plus de renseignements qu'il n'était légalement nécessaire. Les débours particularisés et les états de compte généraux indiquant le détail des heures de travail consacrées par les conseillers juridiques de la Commission ainsi que les sommes facturées pour ces heures étaient tous protégés. En divulguant des parties des relevés, le gouvernement exerçait tout simplement son pouvoir discrétionnaire à cet égard. Un organisme public peut avoir plus de raisons de renoncer à son privilège que des particuliers, car il peut vouloir suivre une politique de transparence concernant ses activités. Ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à bon droit dans le contexte de l'article 23 de la Loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 23, 25.

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 232(1) "solicitor-client privilege".

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 232(1)(e).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

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.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 232(1) «privilège des communications entre client et avocat».

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 232(1)e).

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 23, 25.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

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.

APPLIED:

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; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134; 31 B.C.L.R. (3d) 203; 71 C.P.R. (3d) 337 (S.C.); *Double-E, Inc. v. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 F.C. 163; (1988), 20 C.I.P.R. 109; 21 C.P.R. (3d) 195; 21 F.T.R. 121 (T.D.); *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (S.C.).

CONSIDERED:

Greenough v. Gaskell (1833), 39 E.R. 618 (Ch.); *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 494; (1981), 128 D.L.R. (3d) 193; 62 C.C.C. (2d) 193; 23 C.P.C. 99; 23 C.R. (3d) 338; 38 N.R. 588; *Sandford v. Remington* (1793), 30 E.R. 587 (Ch.); *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568; 48 B.C.L.R. 111; 38 C.P.C. 87 (C.A.); *Beer v. Ward* (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Ainsworth v. Wilding*, [1900] 2 Ch. 315; *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (B.C.S.C.); *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61; 84 DTC 6177 (Ont. H.C.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302; (1985), 85 DTC 5155 (Ont. S.C.); *Romeo's Place Victoria Ltd. and The Queen, Re* (1981), 128 D.L.R. (3d) 279; 23 C.P.C. 194; [1981] CTC 380; 81 DTC 5295 (F.C.T.D.); *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328; 146 D.L.R. (3d) 73; 21 B.L.R. 37; 33 C.P.C. 270 (Div. Ct.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217; 382 A.P.R. 217 (S.C.T.D.).

REFERRED TO:

Berd v. Lovelace (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.); *Slavutych v. Baker et al.*, [1976] 1 S.C.R. 254; (1975), 55 D.L.R. (3d) 224; [1975] 4 W.W.R. 620; 75 CLLC 14,263; 38 C.R.N.S. 306; 3 N.R. 587; *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.); *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] S.C.R. 664; (1968), 68 D.L.R. (2d) 751; *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; *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134; 31 B.C.L.R. (3d) 203; 71 C.P.R. (3d) 337 (C.S.); *Double-E, Inc. c. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 C.F. 163; (1988), 20 C.I.P.R. 109; 21 C.P.R. (3d) 195; 21 F.T.R. 121 (1^{re} inst.); *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (C.S.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Greenough v. Gaskell (1833), 39 E.R. 618 (Ch.); *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario) et autre*, [1981] 2 R.C.S. 494; (1981), 128 D.L.R. (3d) 193; 62 C.C.C. (2d) 193; 23 C.P.C. 99; 23 C.R. (3d) 338; 38 N.R. 588; *Sandford v. Remington* (1793), 30 E.R. 587 (Ch.); *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568; 48 B.C.L.R. 111; 38 C.P.C. 87 (C.A.); *Beer v. Ward* (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Ainsworth v. Wilding*, [1900] 2 Ch. 315; *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (C.S.C.-B.); *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61; 84 DTC 6177 (H.C. Ont.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302; (1985), 85 DTC 5155 (C.S. Ont.); *Romeo's Place Victoria Ltd. et La Reine, Re* (1981), 128 D.L.R. (3d) 279; 23 C.P.C. 194; [1981] CTC 380; 81 DTC 5295 (C.F. 1^{re} inst.); *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328; 146 D.L.R. (3d) 73; 21 B.L.R. 37; 33 C.P.C. 270 (Cour div.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217; 382 A.P.R. 217 (C.S. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Berd v. Lovelace (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.); *Slavutych c. Baker et autres*, [1976] 1 R.C.S. 254; (1975), 55 D.L.R. (3d) 224; [1975] 4 W.W.R. 620; 75 CLLC 14,263; 38 C.R.N.S. 306; 3 N.R. 587; *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.); *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] R.C.S. 664; (1968), 68 D.L.R. (2d) 751; *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; *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39.

AUTHORS CITED

- Canada. Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987 (Commissioner: William D. Parker).
- Hazard, Geoffrey C., Jr. "An Historical Perspective on the Attorney-Client privilege" (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061.
- Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, as adopted by Convocation of The Law Society of Upper Canada on 30 January 1987, as amended to 27 October 1996.
- Louisell, David W. "Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today" (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101.
- Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
- Morgan, E. M. "Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence" (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.
- Morris, Michael H. "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Phipson on Evidence*, 14th ed. by Howard, N. M. et al. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a Trial Division decision ([1997] 2 F.C. 759; (1997), 144 D.L.R. (4th) 553; 72 C.P.R. (3d) 129; 127 F.T.R. 90) dismissing an application for judicial review of the refusal, based on solicitor-client privilege, to disclose portions of solicitors' accounts relating to a Commission of Inquiry into allegations of conflict of interest in respect of the appellant. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

- Peter R. Jervis and Elizabeth Grace* for appellant (applicant).
Richard Kramer for respondent (respondent).

SOLICITORS:

- Lerner & Associates*, Toronto, for appellant (applicant).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent).

DOCTRINE

- Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, adopté par le Conseil du Barreau du Haut-Canada le 30 janvier 1987, modifié jusqu'au 27 octobre 1996.
- Canada. Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1987 (Commissaire: William D. Parker).
- Hazard, Geoffrey C., Jr. «An Historical Perspective on the Attorney-Client privilege» (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061.
- Louisell, David W. «Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today» (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101.
- Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
- Morgan, E. M. «Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence» (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.
- Morris, Michael H. «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Phipson on Evidence*, 14th ed. by Howard, N. M. et al. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEL d'un jugement de la Section de première instance ([1997] 2 C.F. 759; (1997), 144 D.L.R. (4th) 553; 72 C.P.R. (3d) 129; 127 F.T.R. 90) rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus, fondé sur le secret des communications entre client et avocat, de divulguer des parties de relevés de services d'avocats relatifs à une commission d'enquête sur des allégations de conflit d'intérêts concernant l'appellant. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

- Peter R. Jervis et Elizabeth Grace* pour l'appellant (demandeur).
Richard Kramer pour l'intimé (défendeur).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

- Lerner & Associates*, Toronto, pour l'appellant (demandeur).
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé (défendeur).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: The main issue in this appeal is whether and to what extent the billing accounts of a lawyer are protected by the solicitor-client privilege from disclosure under the provisions of the federal *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act).

[2] The appellant, the Honourable Sinclair Stevens, a former federal cabinet minister, was the subject of an inquiry commissioned to investigate allegations of conflict of interest arising from certain business dealings. The Commissioner of the Inquiry was Mr. Justice W. D. Parker. Commission counsel were David Scott, Marlys Edwardh, and Edward Belobaba. Counsel for Mr. Stevens was John Sopinka and for the Crown was Ian Binnie. During the course of the Inquiry, Commission counsel allegedly took a strong, adversarial stance against Mr. Stevens. Before the conclusion of the Inquiry, it is said that Mr. Justice Parker indicated to counsel for the appellant that Commission counsel would not be involved in drafting the report. The final report was submitted to the House of Commons on December 3, 1987 [Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report.*]. It was very critical of the appellant. He commenced an action in the Federal Court in 1987, challenging the substantive and procedural fairness of the Parker Commission of Inquiry and seeking to set aside the Report. One of the allegations in the action is that the Commissioner allowed Commission counsel to write or to assist in the preparation of the Report.¹

[3] In December 1992, the appellant in accordance with the *Access to Information Act*, made an application to the Information Commissioner for disclosure by the Privy Council Office (PCO) of, *inter alia*, the billing accounts and the supporting documents of Commission counsel.² The request specified that the appellant sought the following information:

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La question principale à trancher dans le présent appel est de savoir si, et dans quelle mesure, les relevés de services d'un avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat contre la divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[2] L'appellant, l'honorable Sinclair Stevens, ancien ministre du cabinet fédéral, était l'objet d'une commission chargée d'enquêter sur les allégations de conflit d'intérêts relativement à certaines transactions commerciales. Le commissaire chargé de l'enquête était le juge W. D. Parker. Les conseillers juridiques de la Commission étaient David Scott, Marlys Edwardh et Edward Belobaba. Le conseiller juridique de M. Stevens était John Sopinka et celui de la Couronne était Ian Binnie. Au cours de l'enquête, les conseillers juridiques de la Commission auraient manifesté une forte attitude antagoniste à l'endroit de M. Stevens. Avant la conclusion de l'enquête, on dit que le juge Parker a indiqué au conseiller juridique de l'appellant que les conseillers juridiques de la Commission ne participeraient pas à la rédaction du rapport. Le rapport final a été soumis à la Chambre des communes le 3 décembre 1987 [Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport.*]. Il était très sévère à l'endroit de l'appellant. Ce dernier a introduit une action à la Cour fédérale en 1987 attaquant l'équité de la Commission d'enquête Parker tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure et demandant que le rapport soit annulé. Entre autres allégations, l'action affirmait que le commissaire avait permis aux conseillers juridiques de la Commission de rédiger le rapport ou de participer à sa rédaction¹.

[3] En décembre 1992, l'appellant a, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, demandé, au Commissaire à l'information la divulgation par le Bureau du Conseil privé (BCP), entre autres, des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives soumis par les conseillers juridiques de la Commission². La demande précisait que l'appellant sollicitait les renseignements suivants:

All legal accounts submitted by and cheque requisitions or authorizations, subsequent to February 15th, 1987, until the present, for David W. Scott of Scott and Ayles; Edward P. Belobaba of Gowling and Henderson; and Marlys Edwardh of Ruby and Edwardh relating to the Commission of Inquiry into Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens³

The request was partially successful, the appellant being provided with approximately 336 pages of legal accounts, receipts and other related documents. Typically, the legal accounts showed the names of the lawyer providing the services rendered, the dates on which the services were rendered, and the time spent each day. Disbursements were listed in detail. The total billings for the three Commission counsel amounted to over \$230,000 for over 1,700 billed hours. However, the narrative portions on 73 pages of the disclosed accounts were expurgated on the basis of solicitor-client privilege pursuant to section 23 of the Act, which states:

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

The Information Commissioner, after being requested to review the released material on June 17, 1993, wrote to the appellant on August 30, 1993, informing him that the expurgated material was properly withheld from disclosure. That letter stated in part:

. . . some information concerns solicitors accounts submitted to the Parker Commission by its counsel for repayment. In particular, these portions reveal the precise nature of the services rendered by the solicitors to their client. Because of the insight these portions gave into the affairs of the "client", I conclude that they properly fall within the ambit of solicitor-client privilege. In my view, then, the records are legitimately withheld under the provisions of section 23 of the Act.⁴

[4] The appellant filed an application in the Trial Division of this Court, pursuant to section 41 of the Act, for a review of the decision. Mr. Justice Rothstein heard the matter at trial and dismissed the application in a decision dated February 29, 1997 [[1997] 2 F.C. 759].

[TRADUCTION] Tous les relevés de services d'avocat soumis après le 15 février 1987 jusqu'à cette date par David W. Scott du cabinet Scott et Ayles, par Edward P. Belobaba du cabinet Gowling et Henderson, et par Marlys Edwardh du cabinet Ruby et Edwardh, ainsi que toutes les demandes ou autorisations de chèque y afférentes, dans le cadre de la Commission d'enquête sur les allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens³

La demande a été partiellement accueillie, l'appelant recevant communication de quelque 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes. Dans l'ensemble, ces relevés donnent le nom de l'avocat qui a effectué le service, la date de ce service et le temps que cet avocat y a consacré chaque jour. Les débours sont indiqués en détail. Pour les trois conseillers juridiques de la Commission, la facture s'élevait à plus de 230 000 \$ pour plus de 1 700 heures de travail. Cependant, les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat en vertu de l'article 23 de la Loi qui prévoit ce qui suit:

23. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

Le Commissaire à l'information, après avoir reçu une demande d'examen des documents communiqués le 17 juin 1993, a écrit à l'appelant le 30 août 1993 pour l'informer que la non-communication des renseignements occultés était justifiée. La lettre disait en partie:

[TRADUCTION] . . . certains renseignements ont trait aux relevés de services d'avocat soumis à la Commission Parker par ses conseillers juridiques pour règlement. En particulier, ces parties révèlent la nature précise des services rendus par les avocats à leur «client». En raison de la lumière que ces parties jettent sur les affaires du «client», je conclus qu'ils relèvent à bon droit du secret des communications entre client et avocat. À mon avis, la non-communication est légitimée par les dispositions de l'article 23 de la Loi⁴.

[4] L'appelant a déposé à la Section de première instance de notre Cour, en vertu de l'article 41 de la Loi, une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Le juge Rothstein a instruit l'affaire et rejeté la demande dans une décision en date du 29 février 1997 [[1997] 2 C.F. 759].

The Decision of the Trial Judge

[5] A number of issues were dealt with by Rothstein, J. The fundamental question was whether the expurgated material was subject to solicitor-client privilege. Further, there was the matter of the waiver of the privilege. This point was raised because the client was Mr. Justice Parker and the solicitor was Commission counsel. However, the solicitors' accounts were submitted not to the client for payment, but to the PCO. It was argued that this constituted disclosure to a third party and, therefore, amounted to a waiver of the privilege. As well, there was disclosure of the unexpurgated records in two instances. This, it was contended, amounted to partial disclosure, and, therefore, consistency and fairness demanded that all the accounts be disclosed. Also, the appellant alleged that, in releasing expurgated records, the client has waived privilege with respect to the whole of the records. Finally, there was a question as to whether the government head's discretion was exercised properly and whether reasons should have been given for that decision.

[6] Rothstein J. found that the material was protected by the solicitor-client privilege, as it was "directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance."⁵ He also decided that disclosure to the PCO did not constitute disclosure to a third party, as the PCO is simply another department of government; therefore, there was no waiver of the privilege. Even in the event that the PCO were a third party, disclosure to that office still would not amount to waiver, as the disclosure was compulsory pursuant to Order in Council P.C. 1986-1139. As well, the disclosure of some material did not amount to waiver as this disclosure was inadvertent. Likewise, he held that disclosure of part of the records, in the context of the Act, does not amount to waiver of the privilege attaching to the expurgated material. Finally, Rothstein J. found that there was nothing improper about the discretionary decision and that there was no duty to give reasons for that decision. He concluded:

La décision du juge de première instance

[5] Le juge Rothstein a examiné un certain nombre de questions. La question fondamentale était de savoir si les documents occultés étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat. Une autre question avait trait à la renonciation au secret des communications entre client et avocat. Cette question a été soulevée parce que le client était le juge Parker et l'avocat était le conseiller juridique de la Commission. Toutefois, les relevés de services avaient été soumis pour règlement non pas au client, mais au BCP. Cette transmission, a-t-on prétendu, constituait divulgation à une tierce partie et, par conséquent, valait renonciation à leur protection. Par ailleurs, des renseignements non occultés avaient été divulgués par deux fois, ce qui, a-t-on fait valoir, valait divulgation partielle; les principes de cohérence et d'équité exigeaient donc que tous les relevés soient divulgués. De plus, l'appelant a prétendu que le client, en communiquant les renseignements occultés, avait renoncé à la protection relativement à l'ensemble des relevés. Enfin, la question a été soulevée de savoir si l'autorité responsable avait convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire et si sa décision aurait dû être motivée.

[6] Le juge Rothstein a conclu que les documents étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, car ils portaient «directement sur les consultations, conseils et services juridiques»⁵. Il a également décidé que la divulgation faite au BCP ne valait pas divulgation à une tierce partie, car le BCP est tout simplement un autre ministère; il n'y avait donc pas eu renonciation à la protection. Quand bien même le BCP aurait été une tierce partie, la divulgation qui lui avait été faite ne vaudrait pas non plus renonciation à la protection, puisque cette divulgation était obligatoire suivant le décret C.P. 1986-1139. Par ailleurs, la divulgation d'une partie des documents ne valait pas renonciation à leur protection, car la divulgation avait été faite par inadvertance. Dans la même veine, il a statué que la divulgation d'une partie des renseignements, dans le contexte de la Loi, ne vaut pas renonciation à la protection relative aux renseignements occultés. Enfin, le juge Rothstein a statué que la décision discrétionnaire n'était entachée d'aucune erreur et qu'aucune obligation n'était faite de la motiver. Il a conclu:

I find that the narrative portions expurgated by the Privy Council Office from the solicitors' accounts are subject to solicitor-client privilege. There has been no waiver of privilege express or implied, nor has the Privy Council Office failed to exercise discretion or erred in the exercise of discretion.⁶

It is this decision that is before us on appeal.

Submissions of the Parties

[7] The appellant submits that Rothstein J. erred in finding that the material was subject to privilege. First, it is argued that the solicitor-client privilege should be applied narrowly in the context of the Act, which is designed to promote disclosure. Second, it is urged that only communications made for the purpose of obtaining legal advice are privileged. The accounts in question are not communications, it is said, but are acts of counsel to which privilege does not attach according to the authorities. What the appellant seeks is evidence that Commission counsel spent time doing research for the Parker Commission Report or otherwise assisting in the Report's preparation. The narrative portion of the accounts which the appellant seeks, it is said, are simply evidence of acts done by counsel and are not communications. The appellant submits that as long as the information does not disclose Commission counsel's actual research topics, the results of their research, what the drafts said, or the actual contents of their consultations with Commissioner Parker then no solicitor-client privilege attaches.

[8] The respondent submits that Rothstein J.'s decision regarding the nature of solicitor-client privilege was correct. Specifically, it was consistent with the principles laid down by the Supreme Court in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*,⁷ which held that,

Je conclus que les passages descriptifs que le Bureau du Conseil privé a occultés des relevés de services d'avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat. Il n'y a eu renonciation ni expresse ni tacite à cette protection, ni défaut du Bureau du Conseil privé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en la matière, ni erreur dans l'exercice de ce pouvoir⁶.

C'est cette décision dont nous sommes saisis en appel.

Prétentions et moyens invoqués par les parties

[7] Selon l'appelant, le juge Rothstein a commis une erreur en concluant que les documents étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat. En premier lieu, fait-on valoir, le secret des communications entre client et avocat devrait s'appliquer étroitement dans le contexte de la Loi, dont l'objet est d'encourager la communication des renseignements. En second lieu, on soutient que seules les communications échangées dans le but d'obtenir des avis juridiques bénéficient de cette protection. Les relevés en question ne sont pas des communications, dit-on, mais des actes accomplis par des conseillers juridiques qui, selon la jurisprudence, ne bénéficient pas de la protection du secret des communications entre client et avocat. Ce que l'appelant cherche à obtenir, c'est la preuve que les conseillers juridiques de la Commission ont consacré du temps à faire de la recherche pour les fins du rapport de la Commission Parker ou ont aidé de quelque manière à sa préparation. Les passages descriptifs des relevés que sollicite l'appelant, dit-on, sont tout simplement une preuve des actes accomplis par les conseillers juridiques et ne sont pas des communications. L'appelant affirme que tant que ces renseignements ne révèlent pas les sujets sur lesquels la recherche des conseillers juridiques de la Commission portait effectivement, les résultats de leur recherche, la teneur des ébauches ou le contenu même de leurs consultations avec le commissaire Parker, ils n'étaient pas protégés par le secret des communications entre client et avocat.

[8] Selon l'intimé, la décision du juge Rothstein concernant la nature du secret des communications entre client et avocat est bien fondée. Plus précisément, elle était conforme aux principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Descôteaux et autre c.*

where rights to disclosure are in conflict with rights to confidentiality and privilege, the preference should be in favour of maintaining confidentiality and privilege. Further, the respondent says that where a statute provides for the disclosure of privileged material, that statute should be interpreted restrictively. Lastly, solicitors' accounts that make reference to the actual professional services rendered by lawyers on behalf of their clients have repeatedly been held to be protected by the privilege.

Some Background

[9] The history of solicitor-client privilege is the history of a tension between the private right to maintain a confidence with regard to consultations with one's lawyer, and the public right of a court to have all the relevant evidence before it in order to function properly. This dichotomous approach is perhaps misleading, as it is unfair to characterize the right to absolute confidentiality in legal matters as a purely private right. The doctrine of solicitor-client privilege protects not only the particular client but protects all clients. Its goal is to promote the free flow of communication between clients and lawyers. This allows for lawyers to do their job more effectively and in turn promotes the public interest in the proper and fair administration of justice.

[10] This tension, then, may also be described as one between the public interest in maintaining free communication between lawyers and clients and the public interest in the disclosure of relevant evidence before the court. The underlying justification in either case, disclosure or confidence, is the fair and proper administration of justice.

[11] Solicitor-client privilege dates back to the 16th century. Originally, it grew out of the sense of honour on the part of lawyers and meant only that the lawyer

*Mierzwinski*⁷, laquelle a statué que, lorsque les droits à la divulgation entrent en conflit avec les droits à la confidentialité et au privilège, la préférence doit être accordée au maintien de la confidentialité et du privilège. De plus, dit l'intimé, toute loi qui prévoit la divulgation de documents bénéficiant de la protection du secret des communications entre client et avocat, doit être interprétée de façon restrictive. Enfin, les tribunaux ont décidé à maintes reprises que les relevés de services d'avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat s'ils mentionnent les services professionnels qui ont été effectivement rendus au nom du client.

Survol du contexte

[9] L'histoire du secret des communications entre client et avocat est celle d'une tension entre le droit privé de maintenir la confidentialité des consultations avec son avocat et le droit public d'un tribunal d'être saisi de tous les éléments de preuve pertinents afin de bien s'acquitter de sa charge. Cette conception dichotomique est peut-être trompeuse, car il est injuste de qualifier le droit à la confidentialité absolue en matière juridique de droit purement privé. La doctrine du secret des communications entre client et avocat protège non seulement le client en cause, mais tous les clients. Elle vise à promouvoir le libre échange de communications entre les conseillers juridiques et leurs clients. Cela permet aux conseillers juridiques de faire leur travail de façon beaucoup plus efficace, ce qui favorise du même coup l'intérêt public que représente une administration juste et saine de la justice.

[10] Aussi, cette tension peut-elle également être décrite comme une tension entre l'intérêt public que représente le maintien de la libre communication entre les conseillers juridiques et leurs clients et l'intérêt public que représente la divulgation d'éléments de preuve pertinents devant le tribunal. La justification sous-jacente dans l'un ou l'autre cas, la divulgation ou la confidentialité, est l'administration juste et saine de la justice.

[11] Le privilège du secret des communications entre client et avocat remonte au 16^e siècle. À l'origine, il émanait du sens de l'honneur qu'éprouvaient les

was not compellable as a witness in a proceeding for the purpose of testifying as to discussions with the client.⁸ It was recognized very early on that the solicitor-client relationship was a special one and that different rules would apply than did with respect to other professional relationships. This, it has been said, arose not so much out of respect for lawyers, nor for their clients, but because it was a necessary element of the legal system. Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell*⁹ stated the justification for the privilege in this way:

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.¹⁰

The doctrine has evolved over the years. Nowadays any communication between a lawyer and a client in the course of obtaining, formulating or giving legal advice is privileged and may not be disclosed without the client's consent. The great Dean Wigmore has explained the privilege as follows:

*Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to the purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.*¹¹

[12] This is the basic rule as it applies in Canadian law today. The rationale of the privilege is to ensure that a client is free to tell his or her lawyer anything and everything that is pertinent to the case, without any fear that this information may subsequently be divulged and used against them. Without this freedom, there is the possibility that the lawyer may not have

conseillers juridiques et signifiait simplement que le conseiller juridique ne pouvait être contraint à témoigner en justice à propos des discussions qu'il a eues avec son client⁸. Très tôt, la relation entre le conseiller juridique et son client avait été reconnue comme une relation spéciale et, relativement à d'autres relations professionnelles, elle était régie par des règles différentes. Ce privilège, a-t-on dit, ne découlait pas tellement du respect que l'on témoignait aux conseillers juridiques ou à leurs clients, que du fait qu'il constituait un élément nécessaire du système juridique. Dans l'arrêt *Greenough v. Gaskell*⁹, le lord chancelier Brougham a expliqué en ces termes comment le privilège se justifiait:

[TRADUCTION] Mais il existe par égard pour les intérêts de la justice, qui ne pourraient être défendus, et pour l'administration de la justice, qui ne pourrait suivre son cours, sans l'aide de personnes versées dans la science du droit, dans les règles de procédure des tribunaux et dans les questions touchant les droits et les obligations qui forment l'objet de tous les litiges soumis aux tribunaux. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun en serait réduit à ses propres ressources en matière juridique; privée de toute aide professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste et n'oserait confier à son avocat que la moitié des faits de son cas¹⁰.

La doctrine a évolué au fil des ans. De nos jours, toute communication qui est échangée entre le conseiller juridique et son client et qui porte sur les consultations, conseils et services juridiques est protégée par le secret professionnel et ne peut être divulguée sans le consentement de celui-ci. Le célèbre doyen Wigmore a expliqué comme suit la nature de ce privilège:

[TRADUCTION] *Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection*¹¹.

[12] Voilà la règle de base qui s'applique en droit canadien aujourd'hui. Le privilège se justifie par la nécessité d'assurer que le client soit libre de tout dire à son conseiller juridique, qu'il lui dise tout ce qui se rapporte à sa cause sans craindre que ses confidences soient ultérieurement divulguées et se retournent contre lui. Sans cette liberté, le conseiller juridique

the benefit of all the relevant information, and may not be able to do his or her job effectively. And that possibility must be avoided as contrary to the interests of justice.

[13] A further basis for the privilege, one which approaches the privilege from a different angle, is that offered by Professor David Louisell, who highlights the privacy interests advanced by the right. He states:

Primarily they [privileges] are a right to be let alone, a right to unfettered freedom, in certain narrowly prescribed relationships, from the state's coercive or supervisory powers and from the nuisance of its eavesdropping. Even when thrown into the lap of litigation, they are not the property of the adversaries as such; even in litigation, they may be exclusively the property of perfectly neutral persons who wish to preserve despite litigation, just as they preserved prior to litigation, their right to be left alone in their confidences.¹²

Though the administration of justice is an important consideration, Professor Louisell points to the more basic and intuitive idea that what is being protected is the privacy of the individual and the right to conduct his or her affairs without the intrusion of the state. Where the relationship involved is of such importance as the one existing between a solicitor and client, it is a vital value of our society to ensure that those dealings remain the business of the participants to the relationship and of no one else. Professor Louisell questions whether the free flow of communications between the solicitor and the client is actually promoted by the privilege.¹³

[14] Of course, any rule of privilege works against another key interest in the administration of justice that all relevant material be placed before the court in order for it to perform its truth-finding function properly. One Canadian text on the law of evidence states:

Accordingly, there always exists a tension when the doctrine of privilege is invoked as it consequentially obstructs the truth finding process. That being the natural result, the Courts have not shown great eagerness to proliferate the

pourrait ne pas avoir le bénéfice de tous les renseignements pertinents et ne pas être en mesure, par conséquent, de bien faire son travail. Et cette possibilité doit être évitée parce qu'elle est contraire aux intérêts de la justice.

[13] Un autre fondement du privilège, fondement qui envisage le privilège d'un point de vue différent, est celui qu'a proposé le professeur David Louisell, qui souligne l'intérêt à la protection de la vie privée que procure ce droit. Il dit:

[TRADUCTION] [Les privilèges] sont principalement un droit de ne pas se faire importuner, un droit à une liberté sans entrave, exercé dans les limites de certains rapports étroitement prescrits, face aux pouvoirs de coercition et de surveillance de l'État et à la nuisance que constitue son écoute clandestine. Même lorsqu'ils sont mis en cause dans les litiges, ils ne sont pas par le fait même la propriété des adversaires; même dans un litige, ils peuvent appartenir exclusivement à des personnes parfaitement neutres qui désirent conserver, malgré le litige, tout comme ils l'ont fait avant le litige, le droit de faire leurs confidences en toute tranquillité¹².

Bien que l'administration de la justice soit une considération importante, le professeur Louisell énonce l'idée plus fondamentale et intuitive que l'objet de la protection est la vie privée de l'individu et le droit qu'il possède de mener ses affaires sans l'intrusion de l'État. Lorsque la relation en jeu est aussi importante que celle qui existe entre le conseiller juridique et son client, une valeur vitale de notre société oblige à s'assurer que cette relation demeure l'affaire des personnes intéressées et de personne d'autre. Le professeur Louisell se demande si le privilège a effectivement pour effet d'assurer le libre échange de communications entre le conseiller juridique et le client¹³.

[14] Évidemment, tout privilège fait échec à un autre intérêt déterminant dans l'administration de la justice, celui qui veut que le tribunal soit saisi de tous les documents pertinents afin de lui permettre d'exercer convenablement sa fonction de recherche de la vérité. Selon un ouvrage canadien en droit de la preuve:

[TRADUCTION] Aussi une tension apparaît-elle toujours lorsque la doctrine du privilège est invoquée, car elle fait nécessairement obstacle au processus de recherche de la vérité. Ce résultat étant tout naturel, on comprend pourquoi

areas of privilege.¹⁴

There is a fine line to be drawn between these two vital interests. The courts have sought an equilibrium in this regard, one which maintains a respect for the sanctity of the relationship between a solicitor and his or her client, but also recognizes the importance of promoting full disclosure of all material relevant to the truth-finding process. Professor Geoffrey Hazard, describing this dilemma, wrote:

... the definition of the privilege will express a value choice between protection of privacy and discovery of truth and the choice of either involves the acceptance of an evil—betrayal of confidence or suppression of truth.¹⁵

[15] It will be seen that Canadian law has sought to strike an appropriate balance between openness and secrecy by creating two exceptions to the privilege. One exception, which will be discussed later, is for communications which are themselves criminal or which counsel a criminal act (e.g. where a lawyer advises a client to conceal evidence). The second exception, which will be analysed in depth later, relates to that information which is not a communication but is rather evidence of an act done by counsel or is a mere statement of fact. This prevents a stifling of the discovery process which would take place if a client could, by merely communicating a fact to his or her lawyer, prevent the discovery of that fact. Similarly, a person is not immune from discovery with regard to certain transactions merely because they were performed by counsel. Both exceptions acknowledge the tension involved in this area of the law, and both accept that justice is better served by lifting the privilege in those cases.

Some Preliminary Matters

[16] In attempting to resolve this particular problem in the law of solicitor-client privilege as it relates to lawyers' bills of costs, there are some matters to be

les tribunaux ne se sont pas montrés très enclins à multiplier les privilèges¹⁴.

Il y a une ligne mince à établir entre ces deux intérêts vitaux. Les tribunaux ont cherché à réaliser un équilibre à cet égard, qui maintient le respect dû à l'inviolabilité des relations entre un conseiller juridique et son client, mais qui reconnaît par ailleurs l'importance de promouvoir la divulgation pleine et entière de tous les documents pertinents au cours du processus de recherche de la vérité. Décrivant ce dilemme, le professeur Geoffrey Hazard écrit:

[TRADUCTION] ... la définition du privilège exprimera un choix de valeur entre la protection de la vie privée et la découverte de la vérité et le choix de l'une ou l'autre valeur implique l'acceptation d'un mal—la trahison de la confiance faite ou la suppression de la vérité¹⁵.

[15] On verra que le droit canadien a cherché à établir un équilibre approprié entre la transparence et le secret en créant deux exceptions au privilège. La première, qui sera examinée plus loin, a trait aux communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui conseillent à quelqu'un de perpétrer un acte criminel (par exemple lorsqu'un conseiller juridique conseille à un client de cacher des éléments de preuve). La seconde, qui sera examinée de façon approfondie plus loin, porte sur les renseignements qui ne constituent pas une communication, mais plutôt la preuve d'un acte accompli par le conseiller juridique ou qui constitue un simple exposé des faits. Cela empêche qu'on n'étouffe le processus de communication de la preuve qui aurait lieu si le client pouvait, en communiquant tout simplement un fait à son avocat, en empêcher la divulgation. De la même façon, une personne ne peut se soustraire à la communication de la preuve à l'égard de certaines opérations tout simplement parce qu'elles ont été exécutées par son conseiller juridique. Les deux exceptions reconnaissent la tension qui existe dans ce domaine du droit tout en acceptant que la justice est mieux servie en supprimant le privilège dans ces cas.

Quelques questions préliminaires

[16] Afin de tenter de résoudre ce problème particulier du droit relatif au secret des communications entre l'avocat et son client en ce qu'il se rapporte aux

considered. The first of these is that the solicitor-client privilege is not identical with a guarantee of confidentiality. It is more accurate to say that the privilege is a type of confidentiality; the former is narrow and very strong, whereas the latter is broader and more prone to exception. Essentially, solicitor-client privilege has been primarily a rule of evidence, while the rule that a client's confidence must not be betrayed is an ethical or equitable doctrine. The law may in certain circumstances compel someone to betray a mere confidence, but the law may not compel someone to reveal something which is the subject of solicitor-client privilege.

[17] The rule of confidentiality is an ethical and equitable doctrine which may be enforced through professional sanctions or through equitable remedies.¹⁶ For example, Rule 4 of the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada, which is not atypical of the rules in other provinces, states:

The lawyer has a duty to hold in strict confidence all information concerning the business and affairs of the client acquired in the course of the professional relationship, and should not divulge any such information unless expressly or impliedly authorized by the client or required by law to do so.¹⁷

Where a lawyer is required by law to disclose information, and that information is not protected by solicitor-client privilege, then a lawyer must be careful to disclose only as much information as is required and no more.

[18] This duty of confidentiality is much broader than the protection provided by the solicitor-client privilege. The classic elements of a legally protected privilege were enunciated by Dean Wigmore:

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

relevés de services d'avocat, certaines questions doivent être examinées. La première est que le secret des communications entre l'avocat et son client ne doit pas être assimilé à une garantie de confidentialité. Il est plus juste de dire que ce privilège est un type de confidentialité: le concept de secret a un sens étroit et très fort alors que celui de garantie de confidentialité est plus large et plus susceptible d'exception. Essentially, le secret des communications entre client et avocat a été principalement une règle de preuve, alors que la règle selon laquelle les confidences du client ne doivent pas être trahies constitue une doctrine ressortissant à la déontologie ou à l'*equity*. Dans certaines circonstances, le droit peut obliger quelqu'un à trahir une simple confiance, mais le droit ne peut contraindre celui-ci à révéler une chose qui est protégée par le secret des communications entre client et avocat.

[17] La règle de la confidentialité est une doctrine qui ressortit à la déontologie et à l'*equity* et dont l'application peut être assurée au moyen de sanctions professionnelles ou par des recours en *equity*¹⁶. Par exemple, la règle 4 du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada, qui n'est pas très différente des règles des autres provinces, dispose:

L'avocate ou l'avocat est tenu de garder le plus grand secret sur ce qu'il apprend des affaires et des activités de son client ou de sa cliente au cours de leurs rapports professionnels. L'avocate ou l'avocat ne peut rien divulguer sauf si son client ou sa cliente y consent expressément ou tacitement ou si la loi l'ordonne¹⁷.

Lorsque la loi oblige un avocat à divulguer des renseignements, lesquels ne sont pas protégés par le secret des communications entre client et avocat, l'avocat doit prendre soin de ne divulguer que la quantité de renseignements requis et pas plus.

[18] Cette obligation de confidentialité est beaucoup plus étendue que la protection qu'offre le secret des communications entre client et avocat. Les éléments classiques d'un privilège légalement protégé ont été énoncés par le doyen Wigmore:

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

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

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

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.¹⁸

Laskin C.J.C., in *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) et al.*,¹⁹ confirmed that the Wigmore criteria are a satisfactory guide with which to determine whether a privilege attaches to a given communication. Of course, there is no doubt that they are applicable to the relationship of a solicitor and his or her client. At the same time, they clearly indicate that, while confidentiality is certainly a necessary condition of solicitor-client privilege, it is by no means a sufficient condition.

[19] While the privilege has traditionally been regarded as a rule of evidence, it has evolved over the years and, in *Solosky v. The Queen*,²⁰ the Supreme Court established that it had become a substantive right. In that case, an inmate of a penitentiary claimed that the institution was violating his right to solicitor-client privilege when, for security reasons, it opened and inspected correspondence from his lawyer. Dickson J. (as he then was) stated:

Recent case law has taken the traditional doctrine of privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room. The courts, unwilling to so restrict the concept, have extended its application well beyond those limits.²¹

[20] This is not to say that the solicitor-client privilege has lost its evidentiary basis. In *Solosky* the Court found that it was being asked to extend the doctrine too far. In *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*²² Lamer J. (as he then was) commented on the rationale in *Solosky*. In Lamer J.'s opinion the Court was

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

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

(4) Le *préjudice* permanent que subirait les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable* que l'*avantage* à retirer d'une juste décision¹⁸.

Dans l'arrêt *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario) et autre*¹⁹, le juge en chef Laskin a confirmé que les règles Wigmore constituaient un guide satisfaisant pour déterminer si un privilège s'applique à une communication donnée. Évidemment, il ne fait aucun doute qu'elles s'appliquent à la relation avocat-client. Dans le même souffle, elles indiquent clairement que, si la confidentialité est, à n'en pas douter, une condition nécessaire du secret des communications entre client et avocat, il ne s'agit aucunement d'une condition suffisante.

[19] Si, traditionnellement, le privilège était considéré comme une règle de preuve, il a évolué avec le temps et, dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*²⁰, la Cour suprême a établi qu'il était devenu un droit. Dans cette affaire, un détenu d'un pénitencier prétendait que l'établissement violait son droit au secret des communications entre lui et son avocat lorsque, pour des raisons de sécurité, il ouvrait et examinait la correspondance provenant de son avocat. Le juge Dickson (alors juge puîné) a déclaré:

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège entre avocat et client sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites²¹.

[20] Cela ne veut pas dire que le secret des communications entre client et avocat n'est plus une règle de la preuve. Dans l'affaire *Solosky*, la Cour a conclu qu'on lui demandait d'étendre la doctrine de façon excessive. Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*²², le juge Lamer (alors juge puîné) s'est penché

not applying a rule of evidence, as there was no litigation or proceeding before a court in that case, but rather the Court was appealing to the doctrine of confidentiality, which was akin to the privilege in litigation. He went on to set out the substantive rule of confidentiality:

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.²³

[21] Lamer J. outlined a very liberal approach to the scope of the privilege by extending it to include all communications made "within the framework of the solicitor-client relationship".²⁴ The protection is very strong, as long as the person claiming the privilege is within that framework. If it is merely a claim for confidentiality, the protection, though broader, is not absolute, and it must be determined with a different set of criteria.

[22] A second preliminary matter that must be considered in resolving the problem before us is that the identity of the client is irrelevant to the scope or content of the privilege. Whether the client is an individual, a corporation, or a government body there is no distinction in the degree of protection offered by the rule. In the case of a corporation or government the precise identity of the client may be more problematic, which may give rise to difficulties in deter-

sur le raisonnement de l'arrêt *Solosky*. À son avis, la Cour n'appliquait pas une règle de preuve parce que le tribunal n'était aucunement saisi d'un litige ou d'une instance dans cette affaire, mais faisait plutôt appel à la doctrine de la confidentialité, laquelle était semblable au privilège dans un litige. Il a ensuite énoncé la règle de fond en matière de confidentialité:

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 les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.²³

[21] Le juge Lamer a énoncé une conception très libérale concernant la portée du privilège en l'étendant à toutes les communications faites «dans le cadre de la relation client-avocat»²⁴. La protection est très forte tant que le revendiquant du privilège demeure dans ce cadre. S'il ne s'agit que d'une revendication de la confidentialité, la protection, bien que plus large, n'est pas absolue et doit être déterminée compte tenu d'une série différente de critères.

[22] La deuxième question préliminaire qui doit être examinée dans la résolution du problème dont nous sommes saisis est que l'identité du client est sans importance quant à la portée ou au contenu du privilège. Que le client soit un particulier, une société ou un organisme public, il n'y a aucune distinction dans le degré de la protection qu'offre la règle. Dans le cas d'une société ou du gouvernement, l'identité précise du client peut devenir plus problématique, ce qui peut

mining whether or not the privilege has been waived. Also, it may be difficult to determine whether the privilege has been lost in some cases, where it is unclear who may claim the privilege and who may waive it within a corporate or a government context. However, these difficulties do not affect the substance of the right. Furthermore, I can find no support for the proposition that a government is granted less protection by the law of solicitor-client privilege than would any other client. A government, being a public body, may have a greater incentive to waive the privilege, but the privilege is still its to waive.

[23] This last point leads to a third matter relevant to the disposition of this appeal. The effect of the provisions of the Act on the content of the privilege is nil. It was correctly determined by Rothstein J. that section 23 of the Act incorporates *holus-bolus* the common law of solicitor-client privilege. That term is not defined elsewhere in the Act. Hence, it can only be presumed that what is covered by the words “solicitor-client privilege” is the common law doctrine of solicitor-client privilege. That being the case, it is necessary for the government head to determine, before considering the operation of the Act, whether a document is subject to the privilege. If it is, then he or she may refuse disclosure. But the preliminary question is determined not in the context of the Act, but in the context of the common law. If the material is subject to the privilege, then the discretionary decision under section 23, whether to disclose it or not, is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions.

[24] A related point is that, with respect to applications for information under the Act, it cannot be said that the appellant, by virtue of the particular purpose to which he wishes to put the information, has any more right to its disclosure than any other citizen who might make a similar application. The most that can be said is that the circumstances of the request may influence how the department head exercises his or her discretion, but it can have no relevance to whether

donner lieu à des difficultés lorsqu’il s’agit de savoir s’il y a eu renonciation au privilège. Aussi, il peut être difficile de déterminer si le privilège a été perdu dans certains cas, lorsqu’on ne peut dire clairement qui peut revendiquer le privilège et qui peut y renoncer au sein d’une société ou d’un gouvernement. Cependant, ces difficultés ne touchent pas le fond du droit. De plus, je ne peux trouver aucun fondement à la proposition selon laquelle le droit relatif au secret des communications entre client et avocat accorde moins de protection à un gouvernement qu’à tout autre client. Un gouvernement, étant un organisme public, peut être beaucoup plus enclin à renoncer au privilège, mais c’est toujours à lui qu’il appartient d’y renoncer.

[23] Ce dernier point mène à une troisième question pertinente quant à la solution du présent appel. L’effet des dispositions de la Loi sur le contenu de la protection est nul. Le juge Rothstein a décidé à bon droit que l’article 23 de la Loi comprend le principe du secret des communications entre client et avocat en common law. Ce terme n’est pas défini ailleurs dans la Loi. Aussi, on ne peut que présumer que ce que visent les mots «secret des communications entre client et avocat» est la doctrine du secret des communications entre client et avocat en common law. Cela étant, il est nécessaire pour l’autorité responsable de déterminer, avant d’examiner l’effet de la Loi, si un document est assujéti au privilège. Le cas échéant, elle peut alors en refuser la divulgation. Mais la question préliminaire est déterminée non pas dans le contexte de la Loi, mais dans le contexte de la common law. Si le document bénéficie de la protection, la décision discrétionnaire de divulguer ou non fondée sur l’article 23 est alors prise dans le contexte de la Loi accompagnée de ses presuppositions philosophiques.

[24] Un point connexe ayant trait aux demandes de communication de renseignements présentées sous le régime de la Loi est qu’on ne peut pas dire que l’appelant, en raison de l’objet particulier pour lequel il désire utiliser ces renseignements, peut avoir davantage droit à leur communication que tout autre citoyen qui pourrait présenter une demande semblable. Le plus que l’on puisse dire est que les circonstances de la demande peuvent influencer la façon dont l’autorité

there is any special entitlement to the information.

[25] Perhaps the most important distinction that needs to be highlighted is that it is only communications that are protected by the privilege. Acts of counsel or mere statements of fact are not protected. In *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*²⁵ Jackett P., after reviewing the rules relating to solicitor-client privilege stated:

What is important to note about both of these rules is that they do not afford a privilege against the discovery of facts that are or may be relevant to the determination of the facts in issue. What is privileged is the communications or working papers that came into existence by reason of the desire to obtain a legal opinion or legal assistance in the one case and the materials created for the lawyer's brief in the other case. The facts or documents that happen to be reflected in such communications or materials are not privileged from discovery if, otherwise, the party would be bound to give discovery of them.²⁶

The general rationale for not protecting matters of fact or acts done is the detrimental effect it would have on litigation. For example, a person cannot avail himself or herself of the privilege by simply communicating a fact to a lawyer or allowing the lawyer to perform an act in his or her place.

[26] The exclusion of acts from the ambit of privilege is a long-standing rule. Authority for it is found as early as *Sandford v. Remington*²⁷ in the 18th century. Loughborough L.C. in that case allowed a lawyer to be called as a witness to testify as to acts done by his client that took place in his presence. He stated:

This witness may be called on to disclose all, that did pass in his presence at the execution of the deed, as a witness; so his having been sent by his client with orders to put the judgment in execution: that is an act: but he is not to disclose the private conversation as to the deed with regard to what was communicated as to the reasons for making it.²⁸

responsable exerce son pouvoir discrétionnaire, mais elles ne peuvent avoir aucune pertinence quant à la question de savoir s'il existe un droit spécial à la communication de l'information.

[25] Peut-être la distinction la plus importante qui doit être soulignée est que le privilège ne protège que les communications. Les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits ne sont pas protégés. Dans l'arrêt *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*²⁵, le président Jackett, après avoir examiné les règles ayant trait au secret des communications entre client et avocat, a déclaré:

[TRADUCTION] Ce qu'il importe de noter au sujet de ces deux règles, c'est qu'elles n'offrent pas une protection contre l'examen de faits qui sont ou pourraient être utiles pour décider les points en litige. Ce qui est protégé, ce sont, dans le premier cas, les communications ou les feuilles de travail dont l'existence résulte du désir d'obtenir un avis juridique ou un service juridique et, dans l'autre cas, les pièces établies pour le dossier de l'avocat. Les faits ou documents qui se trouvent reflétés dans ces communications ou pièces ne sont pas protégés contre une enquête préalable, lorsque la partie serait tenue par ailleurs de les communiquer²⁶.

La justification générale pour la non-protection des questions de fait ou des actes accomplis est l'effet préjudiciable que leur protection aurait sur les litiges. Par exemple, une personne ne pourrait revendiquer la protection en communiquant simplement un fait à un avocat ou en permettant à l'avocat d'accomplir un acte à sa place.

[26] L'exclusion des actes de la portée du privilège est une règle de longue date. Les précédents à l'appui de cette règle remontent aussi loin qu'à l'arrêt du 18^e siècle *Sandford v. Remington*²⁷. Dans cette affaire, le lord chancelier Loughborough a autorisé qu'un avocat soit cité à témoigner à propos des actes accomplis en sa présence par son client. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Ce témoin peut être cité pour divulguer tout ce qui s'est passé en sa présence comme témoin lors de la passation de l'acte de transfert. Ainsi, quand son client lui a donné instruction de faire exécuter le jugement, il s'est agi alors d'un acte. Toutefois, il ne devra pas divulguer la conversation privée qu'il a eue au sujet de l'acte de transfert relativement à la teneur des communications relatives aux motifs de l'acte de transfert²⁸.

Although a great deal of importance is placed on protecting the relationship between a solicitor and his or her client, the paramount task is the administration of justice. To that end the privilege will be interpreted so that it protects only what it is intended to protect and nothing more.

[27] The exception relating to statements of fact is also well established, dating as far back as *Lyell v. Kennedy (No. 2)*²⁹ in the 19th century. As with acts of counsel, a person cannot shield facts from discovery simply by communicating them to his or her lawyer. In the case of *Dusik v. Newton et al.*³⁰ a defendant, Mr. Newton, was questioned as to his knowledge of facts which he had learned from his solicitor, Mr. Norton. The facts stemmed from a conversation between Mr. Norton and a third party, Mr. Gooderham. Mr. Newton refused to answer the questions on the basis that the knowledge was privileged. Seaton J.A. held that the knowledge was privileged as the questions pertained to the communication between the lawyer and his client. He concluded:

The Norton-Gooderham discussion is not privileged. Either of them can be asked about it. Newton's knowledge of what happened in that discussion is not privileged. He can be asked about it. What is privileged is the communication from Norton to Newton. It was a solicitor-client communication and neither Newton nor Norton can be required to answer questions about it.³¹

Thus statements of fact are not themselves privileged. It is the communication of those facts between a client and a lawyer that is privileged.

[28] The last preliminary matter is that the privilege is of such importance to the administration of justice and held in such high regard by the courts that it is not necessary that the client personally object to the disclosure of the material. A court, on its own motion, may raise the matter of the privilege in order to protect the sanctity of the solicitor-client relationship. In *Beer v. Ward*,³² Lord Chancellor Eldon stated:

Bien que beaucoup d'importance ait été accordée à la protection de la relation entre un avocat et son client, la tâche prépondérante est l'administration de la justice. À cette fin, le secret des communications entre client et avocat sera interprété de manière à protéger uniquement ce qu'il est censé protéger et rien de plus.

[27] L'exception relative aux exposés des faits est également bien établie, remontant aussi loin qu'à l'arrêt *Lyell v. Kennedy (No. 2)*²⁹ rendu au 19^e siècle. Tout comme avec les actes accomplis par les avocats, une personne ne peut empêcher la communication préalable de faits tout simplement en les communiquant à son avocat. Dans l'affaire *Dusik v. Newton et al.*³⁰ le défendeur, M. Newton, était interrogé quant à sa connaissance des faits qu'il avait appris de son avocat, M^c Norton. Les faits découlaient d'une conversation entre M^c Norton et une tierce partie, M. Gooderham. M^c Newton a refusé de répondre aux questions pour le motif que l'information était privilégiée. Le juge d'appel Seaton a statué que l'information était privilégiée car les questions avaient trait à des communications échangées entre l'avocat et son client. Il a conclu:

[TRADUCTION] La conversation entre Norton et Gooderham n'est pas privilégiée. L'un ou l'autre peut se voir interroger à ce sujet. La connaissance de Newton de ce qui s'est passé dans la discussion n'est pas privilégiée. Il peut se voir interroger là-dessus. Ce qui est privilégié c'est la communication échangée entre Norton et Newton. Il s'agissait d'une communication entre client et avocat et ni Newton ni Norton ne peut se voir poser des questions là-dessus³¹.

Ainsi, les exposés des faits ne sont pas eux-mêmes privilégiés. C'est la communication de ces faits entre un client et un avocat qui est privilégiée.

[28] La dernière question préliminaire est que le privilège est d'une telle importance pour l'administration de la justice et est tenu en si haute estime par les tribunaux qu'il n'est pas nécessaire que le client s'oppose personnellement à la divulgation des renseignements. Un tribunal, de sa propre initiative, peut soulever la question du secret des communications entre client et avocat afin de protéger l'inviolabilité de la relation avocat-client. Dans l'affaire *Beer v. Ward*³², le lord chancelier Eldon a déclaré:

. . . the Court knows the privilege of the client, and it must be taken for granted that the attorney will act rightly, and claim that privilege; or that if he does not, the Court will make him claim it.³³

This *dictum* underscores the idea that the protection of the privilege is not merely in the interest of the individual client in the particular circumstances, but it is also important to all present and future clients. The public should have the security of knowing that all communications with lawyers will be regarded as inviolate. Therefore, it is not only in the individual client's interest to assert the privilege, it is also in the court's interest, as long as no waiver has been given. Only in this way will the privilege facilitate the giving of advice in general.

Analysis

[29] The judgment of the Supreme Court in *Descôteaux* is the natural starting place for any analysis of solicitor-client privilege today. Lamer J. determined that financial information given to a legal aid office for the purpose of obtaining legal aid was just as much subject to the privilege as any other information given in a solicitor-client relationship. He stated:

I therefore do not think that a distinction should be made between information that must be given in order to establish the probable existence of a valid claim and that given to establish eligibility from the point of view of financial means, since, on the one hand, information concerning the person's financial situation may be just as highly confidential as any other information and since, on the other hand, the fact of being unable to meet the eligibility requirements respecting financial means is no less fatal to the ability to obtain the services sought.³⁴

Information given in connection with arrangements in regard to the payment of fees, therefore, was held to be subject to the privilege. As well, it has already been noted that Lamer J. took a liberal approach to the interpretation of privilege. If a statement by the client as to his or her financial resources can be seen as

[TRADUCTION] . . . la Cour est consciente de la protection dont jouit le client et on doit tenir pour acquis que le procureur agira à bon escient et revendiquera la protection ou que, s'il n'en fait rien, la Cour le lui fera revendiquer³³.

Cette remarque incidente met en lumière l'idée que la protection du secret des communications n'est pas simplement dans l'intérêt du client individuel, dans les circonstances particulières de l'espèce, mais qu'elle est également importante pour tous les clients, présents et futurs. Le public devrait avoir l'assurance de savoir que toutes les communications échangées avec les avocats seront considérées comme inviolables. Ainsi, il n'est pas seulement dans l'intérêt du client individuel de revendiquer le secret, il est également dans l'intérêt du tribunal, tant qu'il n'y a pas eu renonciation au secret. Ce n'est que de cette façon que la protection facilitera de façon générale la fourniture de conseils.

Analyse

[29] Aujourd'hui, l'arrêt que la Cour suprême a rendu dans l'affaire *Descôteaux* est le point de départ naturel de toute analyse du secret des communications entre client et avocat. Le juge Lamer a conclu que les renseignements financiers donnés à un bureau de l'aide juridique dans le but d'obtenir de l'aide juridique étaient tout autant protégés par le secret des communications entre client et avocat que toute autre information communiquée dans le cadre de la relation client-avocat. Il a déclaré:

Je ne crois donc pas que l'on doive distinguer entre les renseignements obligatoirement donnés pour établir la vraisemblance du droit et ceux fournis pour établir l'éligibilité en regard des moyens financiers, puisque, d'une part, les renseignements concernant la situation financière peuvent être tout autant que les autres de nature hautement confidentielle et que, d'autre part, le fait de ne pas satisfaire aux critères d'éligibilité quant à ses moyens financiers n'est guère moins fatal pour les services recherchés³⁴.

Il a donc été jugé que les renseignements donnés relativement aux arrangements visant le paiement d'honoraires bénéficiaient de la protection. Par ailleurs, on a indiqué précédemment que le juge Lamer avait adopté une interprétation libérale du secret des communications entre client et avocat. Si on considère

privileged, it is not unreasonable to think that the information about what tasks the lawyer performed and for how much time and at what cost might also be privileged. As President Jockett has said in *Susan Hosiery Ltd.*:

... all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal adviser directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal adviser's working papers, directly related thereto) are privileged;³⁵

[30] It is essential to keep in mind that what the privilege protects is the integrity of the solicitor-client relationship. From a tactical point of view, in the context of litigation, clients should be free from the possibility that communications to their lawyers in "seeking, formulating or giving of legal advice" might be used against them. From a psychological point of view, in creating an atmosphere in which a client can be forthright and at ease, the privilege protects the relationship from the prying eyes of the state or other parties. A solicitor's bills of account are at the heart of that relationship. In my view, the terms and amounts of the retainer; the arrangements with respect to payment; the types of services rendered and their cost—all these matters are central to the relationship. If the relationship is indeed worth protecting, these matters must be immune to any intrusion.

[31] What Lamer J. recognizes in *Descôteaux*, and what must be recognized here, is that the terms of the retainer of a solicitor by a client contains elements of a market transaction. It is not simply a relationship between hypothetical persons bound by honour, toiling for the love of justice. It is very much like any other market transaction that must be entered into in this day and age. As such, there are some basic realities about it that cannot be ignored. Just as it was necessary for the client to provide private information to the Legal Aid office in an effort to obtain legal advice, any other client must provide personal information and otherwise negotiate the terms of the relationship into which he or she is entering. That relationship is protected and the communications made in respect of

que la déclaration qu'un client fait relativement à ses ressources financières est privilégiée, il n'est pas déraisonnable de penser que les renseignements concernant les tâches que l'avocat a accomplies, le temps qu'il y a consacré et leur coût peuvent également l'être. Comme le disait le président Jockett dans l'affaire *Susan Hosiery Ltd.*:

[TRADUCTION] ... toutes communications de caractère confidentiel, orales ou écrites, entre le client et l'avocat et qui se rapportent aux consultations, conseils et services juridiques (y compris les notes y afférentes de l'avocat) sont protégées³⁵;

[30] Il est essentiel de garder à l'esprit que ce que protège le secret des communications entre client et avocat c'est l'intégrité de la relation avocat-client. D'un point de vue tactique, en cas de litige, les clients doivent être assurés que les communications faites à leurs avocats «qui se rapportent aux consultations, conseils et services juridiques» ne seront pas utilisées contre eux. Psychologiquement parlant, en créant une atmosphère dans laquelle le client peut être honnête et à l'aise, le secret protège la relation entre lui et son avocat contre les yeux intrusifs de l'État ou d'autres parties. Le relevé de services d'un avocat est au cœur de cette relation. À mon avis, les modalités et le montant des honoraires, les arrangements ayant trait au paiement, les genres de services rendus et leur coût, toutes ces questions sont au centre de la relation. S'il vaut la peine de la protéger, ces questions doivent être à l'abri de toute intrusion.

[31] Ce que reconnaît le juge Lamer dans l'affaire *Descôteaux*, et ce qui doit être reconnu ici, c'est que les modalités du contrat de services juridiques qui intervient entre l'avocat et son client comportent des éléments d'une opération commerciale. Il ne s'agit pas simplement d'une relation entre des personnes fictives liées par le sens de l'honneur, travaillant pour l'amour de la justice. Cela ressemble fort à toute autre opération commerciale que l'on conclut de nos jours. Ainsi, certaines réalités fondamentales qui l'entourent ne peuvent être ignorées. Tout comme il était nécessaire pour le client de fournir des renseignements privés au bureau de l'aide juridique afin d'obtenir des conseils juridiques, tout autre client doit fournir des renseignements personnels et négocier par ailleurs les modalités

that relationship—the communications necessary to bring that relationship about—are also protected. I am in total agreement with Rothstein J. when he wrote that “solicitors’ accounts are directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance”.³⁶ This point was made by Lamer J. in *Descôteaux* when he stated:

It follows from the authorities referred to above that conversations with a solicitor’s agents held for the purpose of retaining him would also be privileged, even though the solicitor was not then, or ever, retained. In my view, the principle protects from disclosure a conversation between an applicant for legal aid and the non-lawyer official of the Legal Aid Society who interviews him to see if he is qualified.³⁷

Just as obtaining legal aid is part of obtaining legal advice, so too is the negotiation of financial terms of the relationship with a solicitor. The bills of account presented pursuant to that arrangement are merely a necessary extension of those negotiations.

[32] This position is in accord with the historical rule, which, for the most part, seems to have favoured the inclusion of solicitor’s bills of accounts within the ambit of the privilege. Professor Phipson, in his text on evidence, supported the view that solicitor’s accounts are subject to a broad privilege.³⁸ One of the leading cases in support of this proposition was *Chant v. Brown*,³⁹ where a solicitor’s clerk was called to testify as to the contents of a bill of costs that he had prepared on behalf of his employer. It was held by Vice-Chancellor Turner that the witness could only be examined for the purpose of proving the handwriting, but that was the extent of it. He stated:

An attorney’s bill of costs is, in truth, his history of the transactions in which he has been concerned; and if he cannot be called to prove the facts I think his clerk cannot be called to prove the history of them.⁴⁰

One should notice about this *dictum* that it does not appear to differentiate between communications which

de la relation dans laquelle il s’engage. Cette relation est protégée tout comme le sont les communications échangées dans le cadre de la relation—les communications nécessaires pour susciter cette relation. Je partage entièrement l’avis du juge Rothstein lorsqu’il écrit que «les relevés de services d’avocat portent directement sur les consultations, conseils et services juridiques»³⁶. Le juge Lamer avait déjà souligné ce point dans l’arrêt *Descôteaux* en déclarant:

Il ressort de la jurisprudence mentionnée ci-dessus que les conversations avec les représentants d’un avocat dans le but de retenir les services de celui-ci sont confidentielles, même si les services de l’avocat ne sont pas retenus à ce moment-là ou ne le sont jamais. A mon avis, le principe empêche la divulgation d’une conversation entre celui qui fait une demande d’aide juridique et le fonctionnaire qui n’est pas avocat de l’aide juridique qui l’interroge pour vérifier s’il est admissible³⁷.

Tout comme l’obtention de l’aide juridique fait partie de l’obtention de conseils juridiques, ainsi en est-il de la négociation des modalités financières de la relation avec un avocat. Les mémoires de frais présentés dans le cadre de cet arrangement constituent simplement une extension nécessaire de ces négociations.

[32] Cette position correspond à la règle historique qui, en grande partie, semble avoir favorisé l’inclusion des mémoires de frais de l’avocat dans le champ de cette protection. Le professeur Phipson, dans son ouvrage sur la preuve, a appuyé l’idée que les relevés de services d’avocat bénéficient d’une protection étendue³⁸. L’un des arrêts faisant autorité à l’appui de cette proposition est l’arrêt *Chant v. Brown*³⁹. Dans cette affaire, le clerk d’un avocat avait été cité à témoigner concernant le contenu d’un mémoire de frais qu’il avait rédigé pour son employeur. Le vice-chancelier Turner a statué que le témoin ne pouvait être interrogé que dans le seul et unique but d’établir qui était l’auteur de l’écriture. Il a déclaré:

[TRADUCTION] En vérité, le mémoire de frais de l’avocat constitue l’historique des opérations auxquelles il a été partie. S’il ne peut être cité dans le but de faire la preuve des faits, je pense que son clerk ne peut être cité pour établir leur historique⁴⁰.

Il y a lieu de remarquer au sujet de cette remarque incidente qu’elle ne semble pas établir de distinction

are privileged and facts, which are not privileged.

[33] The *Chant v. Brown* case was cited with general approval by Stirling J. in *Ainsworth v. Wilding*.⁴¹ In that case the plaintiff sought discovery of the defendant's bill of costs in related litigation as well as notes relating to matters that took place in chambers. Stirling J. paid close attention to the distinction between privileged communications and acts or mere statements of fact and found that the notes were privileged. As to the matter of the bill of costs, he was not required to determine the question with respect to the entire bills, as the defendant was willing to produce them. The objection was to disclosure of the notations and memoranda attached to the bills. Stirling J. examined some of the entries and came to this conclusion:

Now, as regards the first, there is a portion of that which is covered up which in my judgment is clearly protected, but there is a portion of it which can be entirely severed from the rest, and consists of a simple statement of what took place in chambers. So in regard to the entry of November 15. It seems to me that too much has been covered up, and I should suggest, as the best way of dealing with the case, that the junior counsel for the defendant should examine the bills of costs, and I do not think he will have any difficulty in severing the portions which ought to be discovered from those which ought not.⁴²

Despite the fact that the defendant had not asked that the entire bills be privileged, if a general rule that they are privileged did exist then it seems hard to accept the judgment that "too much has been covered up." It also seems quaint from a modern legal perspective that the parties would be willing to trust junior counsel for the defendant to examine the accounts for the purposes of determining what was privileged.

[34] In modern Canadian jurisprudence the law is not entirely clear. There is authority that appears to go both ways. A number of authorities have expressly found that solicitor's accounts are privileged, while others seem to disagree.⁴³ Nevertheless, in my view,

entre les communications qui sont privilégiées et les faits qui ne le sont pas.

[33] Dans l'arrêt *Ainsworth v. Wilding*⁴¹, le juge Stirling a cité en l'approuvant de façon générale l'arrêt *Chant v. Brown*. Dans cette affaire, le demandeur cherchait à obtenir la communication du mémoire de frais du défendeur dans un litige connexe ainsi que des notes ayant trait à des événements survenus dans le cabinet du juge. Le juge Stirling a porté une attention toute particulière à la distinction à faire entre les communications privilégiées et les actes ou les simples exposés des faits et a conclu que les notes étaient protégées. Pour ce qui est du mémoire de frais, le juge n'avait pas à répondre à la question se rapportant à l'ensemble des mémoires, car le défendeur était disposé à les produire. L'objection avait trait à la divulgation des annotations et des notes annexées aux mémoires. Le juge Stirling a examiné certaines des inscriptions et est parvenu à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Or, en ce qui concerne la première, il y a une partie qui est occultée et qui, à mon avis, est clairement protégée, mais il y a une partie qui peut être complètement séparée du reste et qui ne constitue qu'un simple énoncé de ce qui s'est passé dans le cabinet du juge. Il en est ainsi pour ce qui est de l'inscription du 15 novembre. Il me semble que beaucoup trop de choses ont été occultées, et je proposerais que la meilleure façon de régler cette affaire est que le conseiller juridique en second du défendeur examine les mémoires de frais; je ne pense pas qu'il aura du mal à séparer les parties qui devraient être communiquées de celles qui ne le devraient pas⁴².

Malgré le fait que le défendeur n'avait pas demandé que l'ensemble des mémoires soit privilégié, s'il existait déjà une règle générale énonçant qu'ils sont protégés, il semble difficile d'accepter le jugement que «beaucoup trop de choses ont été occultées». Dans une perspective juridique moderne, il semble également bizarre que les parties soient disposées à faire confiance au conseiller juridique en second du défendeur pour qu'il examine les relevés de services dans le but de déterminer ce qui était privilégié.

[34] En jurisprudence canadienne moderne, les règles de droit ne sont pas entièrement claires. La jurisprudence semble partagée. Un courant jurisprudentiel a expressément établi que les relevés de services d'avocat sont protégés, alors qu'un autre courant semble ne

bills of account are privileged, but lawyer's trust accounts and other accounting records are not so privileged. What has been considered as two conflicting lines of authority can be reconciled.

[35] The decisions which find specifically that bills of accounts are privileged are, in my view, the most influential, and so I shall deal with them first. Many of these arose in the context of tax litigation, where aspects of the solicitor-client privilege are defined in specific terms. Paragraph 232(1)(e) [now subsection 232(1)] of the *Income Tax Act*⁴⁴ states:

232. (1) . . .

“solicitor-client privilege” means the right, if any, that a person in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

Courts have consistently found that bills of account are not “an accounting record of a lawyer”, and have found them not to be within this statutory exception.

[36] In *Taves (K.E.G.) v. Canada*⁴⁵ the issue arose in the context of the *Income Tax Act*. One of the items in question in that case involved a letter from a solicitor to the client which included a cheque stub, a cheque requisition and a computer printed document entitled “Billing Memo” which listed unbilled time and disbursements on the file and which sought a direction from the solicitor for fees and disbursements to be billed. Baker J. found:

The letter in my view is privileged being in the nature of a statement of account which contains some description of services rendered.⁴⁶

pas être d'accord⁴³. Néanmoins, j'estime que les mémoires de frais sont privilégiés, mais les comptes en fiducie et autres relevés comptables d'un avocat ne le sont pas. On peut réconcilier ce que l'on a considéré comme deux courants jurisprudentiels contradictoires.

[35] Les décisions qui concluent expressément que les mémoires de frais sont privilégiés sont, à mon sens, les plus importantes, aussi vais-je commencer par les examiner. Plusieurs ont été rendues dans des litiges en matière fiscale, domaine où certains aspects du secret des communications entre client et avocat sont expressément définis. L'alinéa 232(1)e) [maintenant le paragraphe 232(1)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴⁴ dispose:

232. (1) . . .

«privilège des communications entre client et avocat» Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

Les tribunaux ont conclu de façon constante que les mémoires de frais ne constituent pas «un relevé comptable d'un avocat» et qu'ils ne sont donc pas visés par cette exception légale.

[36] Dans l'affaire *Taves (K.E.G.) v. Canada*⁴⁵, la question s'est posée dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'un des articles litigieux dans cette affaire était une lettre qu'un avocat avait envoyée au client et qui incluait un talon de chèque, une réquisition de chèque et un imprimé d'ordinateur intitulé [TRADUCTION] «Note de frais» qui énumérait les heures et les débours non facturés relativement au dossier et qui demandait à l'avocat des directives quant aux frais et débours à facturer. Le juge Baker a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] À mon avis, la lettre est privilégiée parce qu'elle est de la nature d'un état de compte contenant une description des services rendus⁴⁶.

The Court went on to find that, while the cheque stub had to be disclosed by virtue of paragraph 232(1)(e) of the *Income Tax Act*, the “Billing Memo” did not fall within the statutory exception to the privilege.

[37] In *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A. G. of Can.*⁴⁷ the Minister of National Revenue attempted to seize a number of documents which were communications between the insurance company and its lawyers. Southey J. found that:

The privilege attaches not only to communications made by the client but obviously to communications made by the solicitor to the client as well and generally speaking covers all communications relating to the obtaining of legal advice. That general rule in my view would cover a statement of account.⁴⁸

He went on to find, consistent with Baker J. in *Taves*, that the statement of account was not an accounting record of the lawyer, and so was not within the exception.

[38] This determination was echoed in *Playfair Developments Ltd v D/MNR*⁴⁹ where Galligan J. was required to determine whether inter-office communications pertaining to the transactions involving client’s accounts were privileged. In that case, as with *Mut. Life Assur.*, paragraph 232(1)(e) of the *Income Tax Act* deemed lawyers’ accounting records and any supporting voucher or cheques not to be communications covered by solicitor-client privilege. He stated:

It seems to me that instructions given by solicitors to the accounting department which resulted in various financial activities that are recorded in the accounts do not fall within the meaning of “accounting record” or any “supporting voucher or cheque”. Nor do I think that they form any part of the financial transactions themselves. It is my opinion therefore that all of those inter-office communications are privileged and I so rule.⁵⁰

This ruling pertained not to the accounts themselves, but only to office communications.

La Cour a ensuite conclu que, si le talon de chèque devait être divulgué en raison de l’alinéa 232(1)e) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, la [TRADUCTION] «Note de frais» ne relevait pas de l’exception légale au privilège des communications entre client et avocat.

[37] Dans l’affaire *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A. G. of Can.*⁴⁷ le ministre du Revenu national avait tenté de saisir un certain nombre de documents qui étaient des communications échangées entre la compagnie d’assurance et ses conseillers juridiques. Le juge Southey a conclu:

[TRADUCTION] Le privilège s’applique non seulement aux communications faites par le client, mais, aussi, évidemment, aux communications faites par l’avocat au client, et, en général, il couvre toutes les communications relatives à l’obtention de conseils juridiques. Cette règle générale s’appliquerait, selon moi, à un état de compte.⁴⁸

Puis il a conclu, à l’instar du juge Baker dans l’affaire *Taves*, que l’état de compte n’étant pas un relevé comptable de l’avocat, il ne relevait pas de l’exception.

[38] Cette conclusion a trouvé écho dans l’arrêt *Playfair Developments Ltd v D/MNR*⁴⁹ où le juge Galligan était appelé à déterminer si des communications internes concernant les opérations relatives aux comptes d’un client étaient protégées. Dans cette affaire, tout comme dans *Mut. Life Assur.*, l’alinéa 232(1)e) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* présumait que les relevés comptables d’un avocat et les pièces justificatives ou chèques n’étaient pas des communications protégées par le secret des communications entre client et avocat. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Il me semble que les instructions que donnent les avocats au service de comptabilité et qui ont donné lieu à diverses opérations financières inscrites dans les comptes n’ont pas le sens de ce qu’il faut entendre par «relevé comptable» ou toute «pièce justificative ou chèque». Je ne pense pas non plus qu’elles constituent une partie quelconque des opérations financières elles-mêmes. C’est pourquoi toutes ces communications internes sont privilégiées et je statue ainsi.⁵⁰

Cette décision avait trait non pas aux comptes eux-mêmes, mais uniquement aux communications internes.

[39] One of the best treatments of the issue was written by Holmes J. in *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*.⁵¹ This case did not involve the *Income Tax Act*, but was decided in the context of the access to information legislation in British Columbia. The respondent in that case had requested from the Information Commissioner disclosure of the government's legal bills with respect to a piece of litigation. The Information Commissioner had determined that the bills were not privileged. Holmes J. noted that the Information Commissioner had considered the decisions in *Mut. Life Assur. Co. of Can.* and *Taves*, but distinguished them on the basis that the account in question did not describe the legal services rendered to the client. In Holmes J.'s view this amounted to a "very narrow and restrictive test as to privilege attaching to a legal account".⁵² He concluded:

Communications of course need not contain legal advice to attract privilege, suffice they relate to obtaining advice of a lawyer and are made in confidence

An important and obvious breach of privilege, however, in my view occurred here because the information in the document reveals terms of the retainer.

The terms of a solicitor/client relationship are privileged, although the existence of the relationship in itself is not. The privilege includes but is not limited to financial arrangements between the solicitor and the client.⁵³

[40] These cases are in sharp distinction to those which find that trust account ledgers and other financial records of that type are not privileged. None of these cases deals specifically with bills of account, and so cannot be relied on without understanding the nature of the material which was sought to be disclosed. Ultimately, these cases can be distinguished because acts of counsel or statements of fact are not privileged. In *Re Romeo's Place Victoria Ltd. and The Queen*,⁵⁴ for example, a client was being investigated and the trust account ledgers of the client's solicitor were ordered to be disclosed. Collier J. held that it

[39] L'une des meilleures analyses de la question a été rédigée par le juge Holmes dans l'arrêt *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*.⁵¹ L'affaire n'avait pas trait à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais avait été décidée dans le contexte de la loi de la Colombie-Britannique sur l'accès à l'information. L'intimée avait demandé au commissaire à l'information de lui communiquer les relevés de services juridiques du gouvernement ayant trait à un certain litige. Le commissaire à l'information avait jugé que ces relevés de services n'étaient pas privilégiés. Le juge Holmes a fait remarquer que le commissaire à l'information avait examiné les arrêts *Mut. Life Assur. Co. of Can.* et *Taves*, mais qu'il les avait distingués pour le motif que le relevé en question ne décrivait pas les services juridiques rendus au client. De l'avis du juge Holmes, cela constituait un [TRADUCTION] «critère très étroit et restrictif quant à la protection applicable à un relevé de services d'avocat»⁵². Il a conclu:

[TRADUCTION] Évidemment, il n'est pas nécessaire que les communications contiennent des conseils juridiques pour bénéficier du privilège; il suffit qu'elles se rapportent à l'obtention de conseils juridiques et qu'elles aient été faites sous le sceau de la confiance

À mon avis, en l'espèce, il s'est cependant produit une violation importante et évidente de ce privilège parce que les renseignements que comporte le document énoncent les modalités du contrat de services juridiques.

Les modalités de la relation client-avocat sont protégées, même si l'existence de la relation elle-même ne l'est pas. Le privilège comprend, sans s'y limiter, les arrangements financiers conclus entre l'avocat et le client.⁵³

[40] Ces décisions se démarquent clairement de celles qui concluent que les grands livres de compte en fiducie et autres livres comptables de cette nature ne sont pas privilégiés. Aucune de ces décisions ne porte expressément sur les relevés de services, aussi ne peut-on les invoquer sans comprendre la nature des documents dont la communication était recherchée. En bout de ligne, une distinction peut être faite d'avec ces arrêts parce que les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les exposés des faits ne sont pas protégés. Dans l'arrêt *Re Romeo's Place Victoria Ltd. et La Reine*⁵⁴, par exemple, un client faisait l'objet d'une

was the record of the lawyer, and not of the client, and, therefore, not subject to privilege. However, other cases have found such items to be outside the ambit of the privilege on the more substantive ground that they do not disclose communications, but only acts. In *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*⁵⁵ the question of privilege arose in the context of a solicitor's activities with respect to money held in trust for the client. Southey J. held that the privilege did not attach to this activity. He stated:

Evidence as to whether a solicitor holds or has paid or received moneys on behalf of a client is evidence of an act or transaction, whereas the privilege applies only to communications. Oral evidence regarding such matters, and the solicitor's books of account and other records pertaining thereto (with advice and communications from the client relating to advice expunged) are not privileged . . .⁵⁶

The accounts were examined and those things revealing privileged communications were severed. This decision might, at first glance, appear to be in conflict with Southey J.'s decision in *Mut. Life Assur. Co. of Can.* However, as discussed *infra*, this decision is merely the proverbial exception that makes the rule—it deals with acts of counsel and not communications.

[41] In *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)*,⁵⁷ the RCMP attempted to seize documents in the possession of a lawyer relating to trust ledgers, general ledgers, and bank reconciliation ledgers which pertained to the dealings of a number of the lawyer's clients. MacDonald C.J.T.D. determined [at page 221]:

It is the communications between the client and his lawyer that are privileged. The trust ledgers, general ledgers and bank reconciliation ledgers are not communications between the solicitor and the client. These documents form part of

enquête et il avait été ordonné que les grands livres contenant les comptes en fiducie de son avocat soient divulgués. Le juge Collier a statué qu'il s'agissait du relevé de compte de l'avocat, et non pas du client, et que, par conséquent, il ne bénéficiait pas de la protection. Cependant, d'autres causes ont décidé que de tels articles ne bénéficient pas de la protection pour le motif plus fondamental qu'ils ne révèlent pas des communications, mais uniquement des actes. Dans l'affaire *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*⁵⁵, la question du privilège s'est posée dans le contexte des activités d'un avocat ayant trait à des fonds détenus en fiducie à l'intention d'un client. Le juge Southey a statué que le privilège ne protégeait pas cette activité. Il a déclaré:

[TRADUCTION] La preuve ayant trait à la question de savoir si un avocat détient, a payé ou a reçu des sommes pour le compte d'un client constitue la preuve d'un acte ou d'une opération, alors que le privilège s'applique uniquement aux communications. La preuve orale concernant ces questions, les relevés comptables de l'avocat et autres pièces s'y rapportant (les conseils et les communications émanant du client relatives aux conseils ayant été occultés) ne sont pas protégés . . .⁵⁶

Les comptes ont été examinés et les renseignements portant sur des communications privilégiées ont été enlevés. À première vue, cette décision peut paraître contredire la décision que le juge Southey a rendue dans l'affaire *Mut. Life Assur. Co. of Can.* Cependant, comme il est dit un peu plus loin, cette décision constitue seulement l'exception proverbiale qui confirme la règle—elle porte sur les actes accomplis par l'avocat et non sur des communications.

[41] Dans l'affaire *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)*⁵⁷, la GRC a tenté de saisir des documents en possession d'un avocat ayant trait à des grands livres de fiducie, à des grands livres généraux et à des grands livres de rapprochement bancaire concernant les opérations d'un certain nombre de clients de l'avocat. Le juge MacDonald, juge en chef de la Division de première instance, a conclu en ces termes [à la page 221]:

[TRADUCTION] Ce sont les communications échangées entre l'avocat et son client qui sont privilégiées. Les grands livres de fiducie, les grands livres généraux et les grands livres de rapprochement bancaire ne sont pas des communications

the solicitor's records and are reports of acts, not communications. Privilege does not attach to these documents.

[42] Thus, the jurisprudence in this area is not really in conflict. It merely reflects the existence of a broad exception to the scope of the privilege, namely, that it is only communications which are protected. The acts of counsel or mere statements of fact are not protected. This is an important balancing mechanism which, along with the prohibition against protecting communications which are themselves criminal, takes into account the public interest inherent in the proper administration of justice.

[43] Where a lawyer is involved in the dealings of his or her client, like the disposition of funds held in trust for the client, as in *Greymac*, or the execution of an agreement for the purchase and sale of property, the existence or contents of these acts are not protected. The lawyer, in those situations, is not in the process of giving advice to the client, but is more like a witness to an objective state of affairs.

[44] This explains the apparent conflict between the reasons of Southey J. in *Greymac* and *Mut. Life Assur. Co. of Can.* In the former case the trust account was determined not to be protected by the privilege, while the solicitor's accounts in the latter case were held to be privileged. The statement of account is privileged because it is integral to the seeking, formulating and giving of legal advice. The trust account ledger is not protected because it relates to acts done by counsel.

[45] Similarly, where the communication itself constitutes a criminal act, or counsels someone to commit a crime, then a client (or a solicitor) cannot hide behind the privilege. This is made quite clear in *Descôteaux*, where Lamer J. refused to protect the legal aid information, which would otherwise be privileged, because those communications comprised

échangées entre l'avocat et le client. Ces documents font partie des dossiers de l'avocat et sont le relevé des actes, et non des communications. Le privilège ne protège pas ces documents.

[42] Ainsi, la jurisprudence dans ce domaine n'est vraiment pas contradictoire. Elle reflète simplement l'existence d'une grande exception à la portée du privilège, à savoir que seules les communications sont protégées; les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits ne le sont pas. C'est là un important mécanisme d'équilibre qui, avec l'interdiction de protéger les communications qui sont en elles-mêmes criminelles, tient compte de l'intérêt public inhérent à la bonne administration de la justice.

[43] Lorsqu'un avocat participe aux opérations de son client, comme la disposition de fonds détenus en fiducie pour le client, comme ce fut le cas dans l'affaire *Greymac*, ou la passation d'une convention d'achat-vente d'un bien, l'existence ou la teneur de ces actes ne sont pas protégées. Dans ces situations, l'avocat ne donne pas de conseils au client, mais ressemble plus à une personne qui a été témoin d'un état de choses objectif.

[44] Cela explique la contradiction apparente entre les motifs prononcés par le juge Southey dans *Greymac* et ceux qu'il a prononcés dans *Mut. Life Assur. Co. of Can.* Dans le premier cas, il avait conclu que le compte en fiducie n'était pas protégé par le privilège des communications entre client et avocat, alors que dans le second, il avait jugé que les relevés comptables d'un avocat étaient protégés. L'état de compte est protégé parce qu'il constitue une partie intégrante de la consultation et de la fourniture de conseils juridiques. Le grand livre de compte en fiducie n'est pas protégé parce qu'il se rapporte aux actes accomplis par l'avocat.

[45] De la même façon, si la communication elle-même constitue un acte criminel ou conseille à quelqu'un de perpétrer un crime, alors le client (ou l'avocat) ne peut s'abriter derrière la protection. Ce principe est clairement énoncé dans l'arrêt *Descôteaux*, où le juge Lamer a refusé de protéger les renseignements relatifs à l'aide juridique, lesquels, dans d'autres

the substantive elements of the crime of fraud. He concluded:

Thus communications that are in themselves criminal or that are made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime will not be privileged⁵⁸

This exception for criminal acts, ensures that the solicitor-client privilege cannot be used as a cloak for scoundrels who might seek to hide the truth for their own benefit. Society, despite the importance of fostering the sacred relationship between a solicitor and his or her client, will not allow it to become a cover for thievery and thuggery.⁵⁹

[46] The existence of these two exceptions to the solicitor-client privilege makes a broad ambit for its scope both desirable and logical. It is desirable from an administrative perspective. By giving bills of accounts the benefit of a blanket protection, the court avoids the procedural difficulties that would otherwise arise.⁶⁰ In each case it would be necessary for the judge to inspect the accounts, and no doubt the lawyers for the parties would want to see them as well. This might put counsel in the awkward position of being privy to information that might be ordered not to be disclosed to his or her client—a situation that is better to avoid. It would be better avoided not only because it may not be practical, but because the very fact that the opposing party's lawyer might get to know about the privileged communication may have a negative impact on the freedom of communication between the client and the lawyer. Furthermore, the blanket approach to protection of solicitor's bills of account prevents the pernicious prying of lawyers who might insist that each bill be viewed and judged individually in an effort to determine if any of the material contained therein could be disclosed. This would promote a situation where it was tactically advisable for the lawyer to persist in his or her efforts to effect discovery of the accounts in the hope that, because of some error induced by the sheer volume of documents, some privileged information will fall into their hands. I do not think that such a state of affairs would promote the free flow of communication

circonstances, seraient protégés, parce que ces communications comprenaient les éléments de fond d'une fraude. Il a conclu:

Ainsi, entre autres, ne jouiront pas du privilège de confidentialité les communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui sont faites en vue d'obtenir un avis juridique devant faciliter la perpétration d'un crime⁵⁸.

Cette exception relative aux actes criminels assure que le secret des communications entre client et avocat n'est pas utilisé comme un écran pour les crétiens qui pourraient chercher à dissimuler la vérité à leur propre avantage. Bien qu'il soit important de favoriser la relation sacrée avocat-client, la société ne permettra pas qu'elle devienne une façade pour le vol et le gangstérisme⁵⁹.

[46] L'existence de ces deux exceptions au privilège du secret des communications entre client et avocat fait en sorte qu'il est souhaitable et logique que sa portée soit largement définie. Cela est souhaitable dans une perspective administrative. En accordant le bénéfice d'une protection générale aux relevés de services, le tribunal évite les difficultés procédurales qui se produiraient autrement⁶⁰. Dans chaque cas, il serait nécessaire que le juge examine les comptes et nul doute que les avocats des parties voudraient les consulter également. Cela pourrait mettre l'avocat dans une situation embarrassante car il serait au courant de renseignements qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance de non-divulgaration à son client,—situation qu'il vaut mieux éviter. Il vaudrait mieux l'éviter non seulement parce qu'elle peut ne pas être pratique, mais parce que le fait même que l'avocat de la partie adverse puisse être au courant de la communication privilégiée pourrait nuire à la liberté de communication entre l'avocat et son client. Au surplus, la protection générale accordée aux relevés de services d'avocat empêche une ingérence pernicieuse des avocats qui pourraient insister pour que chaque relevé soit examiné et jugé individuellement en vue de déterminer si tout élément qui y est consigné pourrait être divulgué. Cela pourrait encourager une situation où, sur le plan tactique, il pourrait être avantageux pour l'avocat de persister dans ses efforts pour obtenir la communication des comptes dans l'espoir que, en raison de quelque erreur résultant uniquement du volume des

between lawyer and client, which the privilege is designed to foster.

[47] We must always remember that the privilege does not protect only the communications between a solicitor and his or her client in the particular case at hand, but it must protect any future communications between clients and their lawyers in general. This is especially true in light of the Supreme Court's determination that this is now a substantive right and not merely a rule of evidence.

[48] The rule is logical because it is consistent with the intention of Parliament. The Act does not contain any special definition of solicitor-client privilege. It was fully within the power of Parliament to insert a provision whereby these items would be specifically excluded from the ambit of privilege's protection. The expenses of government bodies, pertaining to legal fees or otherwise, are always of interest to the public. It is public money that is being spent. In so far as the intent of the Act is generally to promote the transparency of government activity, the incorporation of the common law doctrine of solicitor-client privilege indicates that it was meant to be excluded from the operation of the Act. This same privilege, when considered by Parliament in the context of the *Income Tax Act*, led to a recognition that in the interests of collecting revenue, the privilege that might otherwise protect some solicitor's financial records, was dispensable. Parliament did not make that same determination in enacting this Act.

[49] In the case at bar, though the appellant contends that the information which he seeks relates only to acts of counsel and therefore should not be privileged, I am satisfied that the narrative portions of the bills of account are indeed communications. This is not

documents, certains renseignements protégés se retrouvent entre ses mains. Je ne pense pas qu'un tel état de choses favoriserait le libre échange de communications entre client et avocat, que cette protection vise à susciter.

[47] Nous devons toujours nous rappeler que le secret des communications entre client et avocat ne protège pas uniquement les communications entre l'avocat et son client dans un cas particulier, mais doit protéger de façon générale toutes les communications futures entre les clients et leurs avocats. Cela est particulièrement vrai à la lumière de la décision de la Cour suprême selon laquelle cette protection est maintenant devenue un droit et non plus une simple règle de preuve.

[48] La règle est logique parce qu'elle est conforme à l'intention du Parlement. La Loi ne contient aucune définition particulière du secret des communications entre client et avocat. Le Parlement avait pleinement le pouvoir d'insérer une disposition prévoyant que ces renseignements seraient expressément exclus de la protection assurée par le privilège. Les dépenses d'organismes publics, ayant trait aux services juridiques ou autrement, suscitent toujours un intérêt au sein du public. Ce sont des deniers publics qui sont dépensés. Dans la mesure où l'intention de la Loi est de promouvoir de façon générale la transparence de l'activité gouvernementale, l'incorporation de la doctrine de common law en matière de secret des communications entre client et avocat indique qu'on entendait l'exclure du champ d'application de la Loi. Cette même protection, lorsqu'elle a été envisagée par le Parlement dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, a mené à la reconnaissance que, dans l'intérêt de la perception du revenu, le secret des communications entre client et avocat qui pourrait autrement protéger certains dossiers financiers de l'avocat était superflu. Le Parlement n'a pas pris la même décision en adoptant cette Loi.

[49] En l'espèce, même si l'appelant fait valoir que les renseignements qu'il cherche à obtenir ont trait uniquement à des actes accomplis par des conseillers juridiques et ne devraient donc pas être protégés, je suis convaincu que les passages descriptifs des relevés

analogous to a situation where a lawyer sells a piece of property for the client or otherwise acts on the client's behalf. The research of a subject or the writing of an opinion or any other matter of that type are directly related to the giving of advice. Despite the fact that the appellant is content to have the specific topic of research remain privileged, those other portions of the bills of account still constitute communications for the purpose of obtaining legal advice. In those circumstances the lawyer is not merely a witness to an objective state of affairs, but is in the process of forming a legal opinion. This is true whether the lawyer is conducting research (either academic or empirical), interviewing witnesses or other third parties, drafting letters or memoranda, or any of the other myriad tasks that a lawyer performs in the course of his or her job. It is true that interviewing a witness is an act of counsel, and that a statement to that effect on a bill of account is a statement of fact, but these are all acts and statements of fact that relate directly to the seeking, formulating or giving of legal advice. And when these facts or acts are communicated to the client they are privileged. This is so whether they are communicated verbally, by written correspondence, or by statement of account.

The Other Issues

[50] I am satisfied that Rothstein J.'s analysis of the waiver and discretion issues was correct. Given the importance of the right involved—the right to communicate freely and openly with one's solicitor without fear of disclosure of that communication—the case law provides ample support for the Trial Judge's conclusions. The question of whether or not people have waived their right to privilege, absent explicit waiver, is one which must be judged according to all the circumstances. This approach to the application of solicitor-client privilege is clearly described by Muldoon J. in *Double-E, Inc. v. Positive Action Tool Western Ltd.*⁶¹

Having, through the canons of thorough discovery proceedings, practically eliminated trial by ambush, the Court ought

de services constituent effectivement des communications. Cela n'est pas analogue à la situation où un avocat vend un bien pour son client ou agit autrement pour le compte de celui-ci. La recherche portant sur un sujet, la rédaction d'un avis ou toute autre question de ce genre se rapporte directement à la fourniture de conseils. En dépit du fait que l'appelant voudrait maintenir la protection relativement aux questions précises objet de la recherche, les autres parties des relevés de services constituent toujours des communications échangées dans le but d'obtenir des conseils juridiques. Dans ces circonstances, l'avocat n'est pas simplement témoin d'un état de choses objectif, mais il est en voie de se former un avis juridique. Cela est vrai que l'avocat effectue une recherche (théorique ou empirique), interroge des témoins ou autres tierces parties, rédige des lettres ou des notes ou effectue l'une ou l'autre des nombreuses tâches qu'un avocat effectue dans le cadre de son travail. Il est vrai que le fait d'interroger un témoin constitue un acte qu'accomplit un conseiller juridique, et une inscription à cet effet dans un relevé de services est une déclaration de fait, mais ce sont tous là des actes et des exposés des faits qui portent directement sur les consultations, conseils et services juridiques. Et lorsque ces faits ou ces actes sont communiqués au client, ils sont protégés. Il en est ainsi, qu'ils soient communiqués verbalement, par écrit ou par état de compte.

Les autres questions

[50] Je suis convaincu que l'analyse du juge Rothstein concernant la renonciation et le pouvoir discrétionnaire était bien fondée. Compte tenu de l'importance du droit en cause, le droit de communiquer librement et ouvertement avec son avocat sans craindre que les communications seront divulguées, la jurisprudence fournit un solide appui aux conclusions du juge de première instance. La question de savoir si quelqu'un a renoncé à son droit au privilège, si ce n'est par renonciation expresse, doit être jugée à la lumière de l'ensemble des circonstances. Cette façon d'appliquer le privilège du secret des communications entre client et avocat est clairement décrite par le juge Muldoon dans l'arrêt *Double-E, Inc. c. Positive Action Tool Western Ltd.*⁶¹:

Ayant, grâce aux principes régissant la tenue d'interrogatoires préalables complets, presque éliminé les guet-apens à

not, as it did not in *Kulchar*, resort to permitting loss of privilege by inadvertence.⁶²

[51] With respect to the release of portions of the records, a similar view has been adopted in British Columbia. In *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.*⁶³ Finch J. emphasized that all the circumstances must be taken into consideration and that the conduct of the party and the presence of an intent to mislead the court or another litigant are of primary importance. I believe that this approach is appropriate in this case, particularly in light of section 25 of the Act, which allows the disclosure of portions of privileged information. This is an attempt to balance the rights of individuals to access to information, on the one hand, while maintaining confidentiality where other persons are entitled to that confidentiality on the other hand. It would be a perverse result if the operation of section 25 of the Act were thereby to abrogate the discretionary power given to the government head under section 23 of the Act.

[52] I would add, with respect to the release of portions of the records, that, in light of these reasons, the Government has released more information than was legally necessary. The itemized disbursements and general statements of account detailing the amount of time spent by Commission counsel and the amounts charged for that time are all privileged. But it is the Government *qua* client which enjoys the privilege; the Government may choose to waive it, if it wishes, or it may refuse to do so. By disclosing portions of the accounts the Government was merely exercising its discretion in that regard. As I mentioned earlier, a government body may have more reason to waive its privilege than private parties, for it may wish to follow a policy of transparency with respect to its activity. This is highly commendable; but the adoption of such a policy or such a decision in no way detracts from the protection afforded by the privilege to all clients.

[53] I am not persuaded that the discretion exercised under section 23 of the Act was exercised improperly.

l'étape du procès, les tribunaux ne doivent pas permettre, comme on ne l'a pas permis dans l'affaire *Kulchar*, que l'exemption de communication soit perdue par inadvertance.⁶²

[51] En ce qui concerne la communication de parties des documents, un point de vue semblable a été adopté en Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Lowry c. Can. Mountain Holidays Ltd.*⁶³, le juge Finch a insisté sur le fait qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances et que la conduite de la partie et la présence d'une intention de tromper le tribunal ou un autre plaideur sont d'une importance capitale. J'estime que cette démarche s'impose ici particulièrement dans le contexte de l'article 25 de la Loi, qui permet la divulgation de parties de renseignements protégés. C'est là une tentative de mettre en balance les droits des particuliers d'avoir accès à l'information, d'une part, tout en maintenant la confidentialité là où d'autres personnes ont droit à cette confidentialité, d'autre part. Ce serait malheureux si l'effet de l'article 25 de la Loi était de permettre l'abrogation du pouvoir discrétionnaire accordé à l'autorité responsable par l'article 23 de la Loi.

[52] J'ajouterais, en ce qui concerne la communication des parties des documents, que, vu les présents motifs, le gouvernement a communiqué plus de renseignements qu'il n'était légalement nécessaire. Les débours particularisés et les états de compte généraux indiquant le détail des heures de travail consacrées par les conseillers juridiques de la Commission ainsi que les sommes facturées pour ces heures sont tous protégés. Mais, c'est le gouvernement, en qualité de client, qui bénéficie de cette protection; il peut choisir d'y renoncer, s'il le désire, ou refuser de le faire. En divulguant des parties des relevés, il exerçait tout simplement son pouvoir discrétionnaire à cet égard. Comme je l'ai mentionné précédemment, un organisme public peut avoir plus de raisons de renoncer à son privilège que des particuliers, car il peut vouloir suivre une politique de transparence concernant ses activités. Cette attitude est très louable, mais l'adoption d'une telle politique ou la prise d'une telle décision ne fait aucunement obstacle à la protection que le privilège accorde à tous les clients.

[53] Je ne suis pas persuadé que le pouvoir discrétionnaire exercé dans le contexte de l'article 23 de la

There is simply no evidence of this. Furthermore, the decision cannot be impeached merely because no reasons were given. No statute or regulation requires reasons to be given and there is no particular reason why reasons should be necessary in this case.⁶⁴

Conclusion

[54] The appeal, therefore, should be dismissed with costs.

STONE J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

Loi a été exercé à mauvais droit. La preuve ne l'établit tout simplement pas. Au surplus, la décision ne peut être attaquée pour la simple raison qu'elle n'a pas été motivée. Aucune loi ou aucun règlement n'exige que des motifs soient donnés, et aucune raison particulière ne commande que des motifs soient énoncés en l'espèce⁶⁴.

Conclusion

[54] En conséquence, l'appel doit être rejeté avec dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

¹ That law suit continues. A companion proceeding to remove Mr. Justice Parker as a party from that action is being disposed of along with this matter [*Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry)*, [1998] 4 F.C. 125 (C.A.)].

² This was the second information request for the same documents. The first was unsuccessful and is not relevant in this proceeding.

³ Appeal Book, Vol. III, at p. 415.

⁴ Letter from the Information Commissioner of Canada dated August 30, 1993, Appeal Book, Vol. XIII, at p. 1420.

⁵ [1997] 2 F.C. 759 (T.D.), at p. 771.

⁶ *Ibid.*, at pp. 787-788.

⁷ [1982] 1 S.C.R. 860.

⁸ *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.)

⁹ (1833), 39 E.R. 618 (Ch.).

¹⁰ *Ibid.*, at p. 621.

¹¹ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, Vol. 8, at para. 2292.

¹² David W. Louisell, "Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today" (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101, at pp. 110-111.

¹³ See also E. M. Morgan, "Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence" (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.

¹⁴ J. Sopinka, S. Lederman and A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), at pp. 625-626.

¹⁵ Geoffrey C. Hazard, Jr., "An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege" (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061, at p. 1085.

¹⁶ See *Slavutych v. Baker et al.* [1976] 1 S.C.R. 254.

¹ Cette action se poursuit. Une action parallèle visant à mettre hors cause le juge Parker dans cette action est tranchée en même temps que la présente affaire [*Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête)*, [1998] 4 C.F. 125 (C.A.)].

² Il s'agissait de la deuxième demande de communication des mêmes documents. La première avait été rejetée et n'a pas de pertinence quant à la présente instance.

³ Dossier d'appel, Vol. III, à la p. 415.

⁴ Lettre du Commissaire à l'information du Canada en date du 30 août 1993, Dossier d'appel, Vol. XIII, à la p. 1420.

⁵ [1997] 2 C.F. 759 (1^{re} inst.), à la p. 771.

⁶ *Ibid.*, aux p. 787 et 788.

⁷ [1982] 1 R.C.S. 860.

⁸ *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.).

⁹ (1833), 39 E.R. 618 (Ch.).

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 621.

¹¹ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. Révision McNaughton, Vol. 8, au par. 2292.

¹² David W. Louisell, «Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today» (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101, aux p. 110 et 111.

¹³ Voir également E. M. Morgan, «Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence» (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.

¹⁴ J. Sopinka, S. Lederman et A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), aux p. 625 et 626.

¹⁵ Geoffrey C. Hazard, Jr., «An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege» (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061, à la p. 1085.

¹⁶ Voir *Slavutych c. Baker et autres*, [1976] 1 R.C.S. 254.

¹⁷ *Rules of Professional Conduct* as adopted by Convocation of the Law Society of Upper Canada, 30 January 1987 (as amended).

¹⁸ Wigmore, *supra*, note 10, at para. 2285.

¹⁹ [1981] 2 S.C.R. 494.

²⁰ [1980] 1 S.C.R. 821.

²¹ *Ibid.*, at p. 836.

²² *Supra*, note 7.

²³ *Ibid.*, at p. 875.

²⁴ *Ibid.*, at p. 893.

²⁵ [1969] 2 Ex. C.R. 27.

²⁶ *Ibid.*, at p. 34.

²⁷ (1793), 30 E.R. 587 (Ch.).

²⁸ *Ibid.*, at p. 587.

²⁹ (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.).

³⁰ (1983), 1 D.L.R. (4th) 568 (B.C.C.A.).

³¹ *Ibid.*, at p. 573.

³² (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); see also *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] S.C.R. 664; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353 (*per* Wilson J.).

³³ *Ibid.*, at p. 780.

³⁴ *Descôteaux*, *supra*, note 7, at pp. 877-878.

³⁵ *Supra*, note 25, at p. 33.

³⁶ *Supra*, note 5, at p. 771.

³⁷ *Descôteaux*, *supra*, note 7, at p. 880.

³⁸ Howard, Crane, Hochberg, eds. *Phipson on Evidence*, 14th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1990), at p. 508.

³⁹ (1852), 68 E.R. 735.

⁴⁰ *Ibid.*, at p. 737.

⁴¹ [1900] 2 Ch. 315; see also *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39 for a decision that envisions a general privilege but ordered the disclosure of certain aspects in the bill of costs.

⁴² *Ibid.*, at p. 325.

⁴³ R. Manes and M. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), at p. 173, where the authors state:

... entries in the lawyer's books and records consisting of dockets, accounts, cheques and the like are also not privileged because they also relate to acts.

⁴⁴ S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 232(1)).

⁴⁵ [1995] 2 C.T.C. 347 (B.C.S.C.).

⁴⁶ *Ibid.*, at p. 349.

⁴⁷ (1984), 42 C.P.C. 61 (Ont. H.C.).

⁴⁸ *Ibid.*, at p. 64.

⁴⁹ [1985] 1 CTC 302 (Ont. S.C.).

⁵⁰ *Ibid.*, at p. 305.

⁵¹ (1996), 143 D.L.R. (4th) 134 (B.C.S.C.).

⁵² *Ibid.*, at p. 138.

⁵³ *Ibid.*, at p. 139 (citations omitted).

⁵⁴ (1981), 128 D.L.R. (3d) 279 (F.C.T.D.).

⁵⁵ (1983), 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.).

⁵⁶ *Ibid.*, at p. 337.

⁵⁷ (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217 (S.C.T.D.).

¹⁷ *Code de déontologie* adopté par le Conseil du Barreau du Haut-Canada, 30 janvier 1987 (modifié).

¹⁸ Wigmore, précité, note 10, au par. 2285.

¹⁹ [1981] 2 R.C.S. 494.

²⁰ [1980] 1 R.C.S. 821.

²¹ *Ibid.*, à la p. 836.

²² Précité, note 7.

²³ *Ibid.*, à la p. 875.

²⁴ *Ibid.*, à la p. 893.

²⁵ [1969] 2 R.C.É. 27.

²⁶ *Ibid.*, à la p. 34.

²⁷ (1793), 30 E.R. 587 (Ch.).

²⁸ *Ibid.*, à la p. 587.

²⁹ (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.).

³⁰ (1983), 1 D.L.R. (4th) 568 (C.A. C.-B.).

³¹ *Ibid.*, à la p. 573.

³² (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); voir également *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] R.C.S. 664; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 (le juge Wilson).

³³ *Ibid.*, à la p. 780.

³⁴ *Descôteaux*, précité, note 7, aux p. 877 et 878.

³⁵ Précité, note 25, à la p. 33.

³⁶ Précité, note 5, à la p. 771.

³⁷ *Descôteaux*, précité, note 7, à la p. 880.

³⁸ Howard, Crane, Hochberg, eds., *Phipson on Evidence*, 14^e éd., (London: Sweet & Maxwell, 1990), à la p. 508.

³⁹ (1852), 68 E.R. 735.

⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 737.

⁴¹ [1900] 2 Ch. 315; voir également *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39, décision qui envisage une protection générale, mais qui a ordonné la divulgation de certains éléments contenus dans le mémoire de frais.

⁴² *Ibid.*, à la p. 325.

⁴³ R. Manes et M. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), à la p. 173, où les auteurs disent:

[TRADUCTION] ... les inscriptions dans les livres et registres de l'avocat consistant en numéros de dossier, comptes, chèques et ainsi de suite ne bénéficient pas non plus de la protection parce qu'ils se rapportent également aux actes.

⁴⁴ S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 232(1)).

⁴⁵ [1995] 2 C.T.C. 347 (C.S. C.-B.).

⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 349.

⁴⁷ (1984), 42 C.P.C. 61 (H.C. Ont.).

⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 64.

⁴⁹ [1985] 1 CTC 302 (C.S. Ont.).

⁵⁰ *Ibid.*, à la p. 305.

⁵¹ (1996), 143 D.L.R. (4th) 134 (C.S. C.-B.).

⁵² *Ibid.*, à la p. 138.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 139 (citations omises).

⁵⁴ (1981), 128 D.L.R. (3d) 279 (C.F. 1^{re} inst.).

⁵⁵ (1983), 41 O.R. (2d) 328 (C. div.).

⁵⁶ *Ibid.*, à la p. 337.

⁵⁷ (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217 (C.S. 1^{re} inst.).

⁵⁸ *Descôteaux*, *supra*, note 7, at p. 893.

⁵⁹ See Hazard, *supra*, note 15, at p. 1091.

⁶⁰ This is in conflict with the approach taken by Stirling J. in *Ainsworth v. Wilding*, *supra*.

⁶¹ [1989] 1 F.C. 163 (T.D.).

⁶² *Ibid.*, at p. 172.

⁶³ (1984), 59 B.C.L.R. 137 (S.C.), at p. 143.

⁶⁴ See generally Michael H. Morris, "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.

⁵⁸ *Descôteaux*, précité, note 7, à la p. 893.

⁵⁹ Voir Hazard, précité, note 15, à la p. 1091.

⁶⁰ Cela entre en conflit avec la démarche adoptée par le juge Stirling dans l'arrêt *Ainsworth v. Wilding*, précité.

⁶¹ [1989] 1 C.F. 163 (1^{re} inst.).

⁶² *Ibid.*, à la p. 172.

⁶³ (1984), 59 B.C.L.R. 137 (C.S.), à la p. 143.

⁶⁴ Voir de façon générale Michael H. Morris, «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.