

City of Montréal *Appellant*

v.

**Foster Wheeler Power
Company Ltd.** *Respondent*

and

**Barreau du Québec and Canadian
Bar Association** *Interveners*

**INDEXED AS: FOSTER WHEELER POWER CO.
v. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET
D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC.**

Neutral citation: 2004 SCC 18.

File No.: 28967.

2003: November 12; 2004: March 25.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil law — Professional secrecy — Lawyers — Obligation of confidentiality — Immunity from disclosure — Means of exercising professional secrecy — Content and scope of obligation of confidentiality.

Civil law — Professional secrecy — Obligation of confidentiality — Waiver — Whether questions asked during examinations on discovery violate lawyer's obligation of confidentiality — Whether professional secrecy was waived.

Evidence — Professional secrecy — Burden of proof — Whether party invoking professional secrecy has initial burden of proving that information sought is protected by obligation of confidentiality.

The respondent brought an action in damages against the municipal authorities further to the cancellation of a project involving the construction of a solid waste recycling centre and a municipal incinerator and to the resiliation of the contracts related to the project. During examinations on discovery after defence, the appellant's lawyers wanted to ask questions about information

Ville de Montréal *Appelante*

c.

**Société d'énergie Foster
Wheeler ltée** *Intimée*

et

**Barreau du Québec et Association du
Barreau canadien** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE FOSTER
WHEELER LTÉE c. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE
DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS
(SIGED) INC.**

Référence neutre : 2004 CSC 18.

N° du greffe : 28967.

2003 : 12 novembre; 2004 : 25 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit civil — Secret professionnel — Avocats — Obligation de confidentialité — Immunité de divulgation — Modalités d'exercice du secret professionnel de l'avocat — Contenu et portée de l'obligation de confidentialité.

Droit civil — Secret professionnel — Obligation de confidentialité — Renonciation — Les questions posées lors de l'interrogatoire préalable violent-elles l'obligation de confidentialité de l'avocat? — Y a-t-il eu renonciation au secret professionnel?

Preuve — Secret professionnel — Fardeau de la preuve — La partie qui invoque le secret professionnel a-t-elle le fardeau de preuve initial de démontrer que l'information recherchée est protégée par l'obligation de confidentialité?

L'intimée intente une poursuite en dommages-intérêts contre les autorités municipales à la suite de l'annulation d'un projet de construction d'un centre de recyclage de déchets solides et d'un incinérateur municipal et de la résiliation de contrats visant sa réalisation. Au cours d'interrogatoires préalables après défense, les avocats de l'intimée veulent poser des questions sur des informations

obtained from lawyers retained by the municipal authorities to create the project's legal framework and obtain the necessary government approvals. The municipal authorities then objected, claiming that the information sought was protected by professional secrecy and could not be disclosed in a judicial proceeding. Initially, objections were made against 43 questions dealing with the nature of the reports on the project allegedly submitted by the lawyers at a meeting held in December 1995 and during the period of time around that meeting. Other questions focussed on documentation available to counsel or on the drafting of resolutions respecting the resiliation of the contracts with the respondent. The trial judge dismissed almost all of the objections on the ground that the questions, as a general rule, sought only factual information not protected by professional secrecy. The Court of Appeal also allowed almost all of the questions, upholding, however, objections to certain questions which violated professional secrecy. It also found that other objections were premature, and that the trial judge would have to examine the documents in question first to determine if they were subject to immunity from disclosure.

Held: The appeal should be dismissed.

The institution of professional secrecy in Quebec civil law has two components: first, an obligation of confidentiality, which imposes a duty of discretion on lawyers and creates a correlative right to their silence on the part of their clients; then, in relation to third parties, an immunity from disclosure that protects the content of information against compelled disclosure, even in judicial proceedings, subject to any other applicable legal rules or principles. Notwithstanding the social importance of professional secrecy in maintaining a properly functioning justice system and preserving the rule of law in Canada, not every aspect of relations between a lawyer and a client is necessarily confidential. The scope and intensity of the protection may vary according to the nature of the duties carried out and the services rendered. When the professional relationship arises out of a complex and prolonged mandate, as here, the limits of the scope of application of the obligation of confidentiality may require the court to take a close look at the relationship between the parties, including the nature and context of the professional services rendered.

As to the burden of proof, the appropriate approach may vary according to the circumstances of a case. In the case of an individual professional act, there would appear to be a need only for simple or summary evidence and the burden of proof could be placed on the person claiming

obtenues d'avocats mandatés par les autorités municipales pour créer la structure juridique du projet et obtenir les approbations gouvernementales nécessaires. Les autorités municipales objectent alors que les informations recherchées tombent sous le sceau du secret professionnel et ne peuvent être divulguées dans une instance judiciaire. Ces objections visent à l'origine 43 questions. Ces questions portent sur la nature des rapports qu'auraient présentés les avocats sur le projet lors d'une réunion en décembre 1995 et au cours de la période contemporaine à celle-ci. D'autres visent les documents à la disposition des avocats ou la rédaction des résolutions relatives à la résiliation des contrats avec l'intimée. Le juge de première instance rejette la quasi-totalité des objections, les questions ne recherchant en règle générale que des informations factuelles non visées par le secret professionnel. La Cour d'appel permet également la grande majorité des questions, mais elle fait droit à certaines objections à des questions qui violent le secret professionnel. Elle exprime aussi l'avis que d'autres objections sont prématurées et que le juge de première instance doit examiner les documents litigieux afin de déterminer si l'immunité de divulgation s'applique à eux.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

En droit civil québécois, le secret professionnel de l'avocat est une institution qui comporte deux composantes : d'abord, une obligation de confidentialité qui impose à l'avocat un devoir de discrétion et crée un droit corrélatif à son silence en faveur de son client; ensuite, à l'égard des tiers, une immunité de divulgation qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée, même dans les instances judiciaires, sous les réserves et les limites prévues par les règles et principes juridiques applicables. Malgré l'importance sociale du secret professionnel de l'avocat pour le fonctionnement du système de justice canadien et la préservation de la primauté du droit dans notre pays, tout n'est pas nécessairement confidentiel lorsqu'un avocat est entré en rapport avec un client. L'intensité et la portée de la protection est susceptible de varier suivant la nature des fonctions remplies et des services rendus. Lorsque, comme en l'espèce, la relation professionnelle découle d'un mandat complexe, à exécution prolongée, la délimitation de l'aire d'application de l'obligation de confidentialité peut exiger du tribunal une analyse poussée des rapports entre les parties, comme de la nature et du contexte des services professionnels rendus.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, l'approche appropriée peut varier selon les circonstances. Dans le cas d'un acte professionnel ponctuel, une preuve simple ou sommaire suffirait sans doute et la charge de la preuve paraît pouvoir être imposée au titulaire du secret

professional secrecy without compromising the exercise and integrity of the institution. In the case of complicated and prolonged mandates, there would be a rebuttable presumption to the effect that all communications between client and lawyer and the information they shared would be considered *prima facie* confidential in nature. The opposing party would then have to give a specific indication of the nature of the information sought and show that it is subject neither to the obligation of confidentiality nor to immunity from disclosure, or that this is a case where the law authorizes disclosure notwithstanding professional secrecy.

Five of the 43 questions that were initially challenged are still at issue, but they have been profoundly reworked and their scope narrowed over the course of the proceedings. Some questions aim solely to obtain information about two specific facts — the identity of the project submitted to the regulatory approval process and the status of that process — which does not engage an obligation of confidentiality on the part of the lawyer, and the disclosure of which is not prohibited. Any problems raised by or subsequent questions stemming from the answers to these questions could be dealt with by the trial judge. The remaining questions seek the production of various documents, many of which are allegedly covered by an immunity from disclosure, which in Quebec law is roughly equivalent to the common law's litigation privilege. The Court of Appeal rightly allowed the appeal in part on this point and ordered the trial judge to examine the documents before ruling on whether immunity from judicial disclosure should be accorded. After examining the documents, the trial judge may rule on the admissibility of the request for access. The municipal authorities' opposition to the trial judge examining these documents is unjustified. Every day, judges must inspect or hear evidence before excluding it, and this duty is an indispensable part of their role in the conduct of civil or criminal trials.

The presence of a professional facilitator hired for the purpose of chairing the December 1995 meeting concerning this project does not imply a waiver of professional secrecy, since the facilitator was a temporary participant in the municipal organization in charge of the project and its deliberations, performing a function necessary for its effective operation. The meeting still took place *in camera*, with a view to maintaining the confidentiality that was so critical to the participants' discussions.

Cases Cited

Referred to: *Montreal Street Railway Co. v. Feigleman* (1912), 22 Que. K.B. 102; *Maranda v. Richer*,

professionnel sans compromettre le fonctionnement et l'intégrité de l'institution. Dans le cas des mandats complexes et à exécution prolongée, une présomption réfragable s'appliquerait selon laquelle l'ensemble des communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle. Il appartiendrait à la partie adverse de préciser la nature des informations qu'elle recherche et de justifier qu'elles ne sont soumises ni à l'obligation de confidentialité, ni à l'immunité de divulgation, ou qu'il s'agit d'un cas où la loi autoriserait la divulgation en dépit de l'existence du secret professionnel.

Des 43 questions litigieuses à l'origine, cinq demeurent en discussion, mais profondément remaniées et précisées quant à leur portée au cours des débats. Certaines visent seulement à obtenir des informations sur deux faits précis — soit l'identité du projet soumis à la procédure d'approbation réglementaire et l'état de cette procédure — qui ne relèvent pas de l'obligation de confidentialité de l'avocat et dont la divulgation n'est pas interdite. Toute difficulté que poseraient les réponses à ces questions et les nouvelles questions qui en découleraient devront être réglées par le juge de première instance. Les questions restantes demandent la production de documents dont plusieurs seraient couverts par une immunité de divulgation qui, en droit québécois, correspondrait au « *litigation privilege* » de common law. C'est à bon droit que la Cour d'appel a accueilli en partie l'appel sur ce point pour ordonner au juge de première instance d'examiner les documents avant de statuer sur l'application de l'immunité de divulgation judiciaire. Après cet examen, il statuera sur la recevabilité de cette demande de communication de documents. L'opposition des autorités municipales à ce que le juge de première instance en prenne connaissance n'est pas justifiée. Les juges doivent quotidiennement examiner et entendre des éléments de preuve avant de les écarter et cette fonction constitue une part indispensable de leur rôle dans la conduite des procès civils ou criminels.

La présence d'une animatrice professionnelle, comme présidente d'assemblée, à la réunion de décembre 1995 qui portait sur l'examen du projet n'implique pas une renonciation au secret professionnel, car l'animatrice s'intégrait temporairement à l'organisme municipal en charge du projet et à sa procédure de délibération pour remplir une fonction nécessaire à la bonne marche de celle-ci. La rencontre restait à huis clos, toujours dans une perspective de confidentialité indispensable des échanges entre les intervenants.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Montreal Street Railway Co. c. Feigleman* (1912), 22 B.R. 102; *Maranda c. Richer*,

[2003] 3 S.C.R. 193, 2003 SCC 67; *R. v. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Legault*, [1989] R.J.Q. 229; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Poulin v. Prat*, [1994] R.D.J. 301; *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James v. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637; *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247; *Lab Chrysotile Inc. v. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641; *Pfieffer et Pfieffer Inc. v. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, ss. 128, 129, 131.
Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 53.1.
By-laws of the Bar (Quebec) (1955), s. 66(21).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 9.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2858.
Code of Civil Procedure (1867), art. 275.
Code of Civil Procedure (1897), art. 332.
Notarial Act, S.Q. 1952-53, c. 54, s. 50.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26, s. 60.4.
Quebec Act, 1774, R.S.C. 1985, App. II, No. 2.
Quebec Medical Act, R.S.Q. 1941, c. 264, s. 60(2).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.04(6).
Rules of Court (New Brunswick), r. 31.04(4).
Rules of Practice of the Superior Court of Québec in Civil Matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, s. 15.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.
 Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
 Cardinal, Alain. "Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat" (1984), 44 *R. du B.* 237.
 Morissette, Yves-Marie, et Daniel W. Shuman. "Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve" (1984), 25 *C. de D.* 501.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

[2003] 3 R.C.S. 193, 2003 CSC 67; *R. c. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault*, [1989] R.J.Q. 229; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Poulin c. Prat*, [1994] R.D.J. 301; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637; *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247; *Lab Chrysotile Inc. c. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641; *Pfieffer et Pfieffer Inc. c. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1.

Lois et règlements cités

Acte de Québec de 1774, L.R.C. 1985, app. II, n^o 2.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2858.
Code de procédure civile (1867), art. 275.
Code de procédure civile (1897), art. 332.
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 60.4.
Loi du notariat, S.Q. 1952-53, ch. 54, art. 50.
Loi médicale de Québec, S.R.Q. 1941, ch. 264, art. 60(2).
Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128, 129, 131.
Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 53.1.
Règlements du Barreau (Québec) (1955), art. 66(21).
Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, art. 15.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 30.04(6).
Règles de procédure (Nouveau-Brunswick), r. 31.04(4).

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.
 Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto : Emond Montgomery, 1993.
 Cardinal, Alain. « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237.
 Morissette, Yves-Marie, et Daniel W. Shuman. « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve » (1984), 25 *C. de D.* 501.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 2461, [2001] Q.J. No. 4823 (QL), reversing in part decisions of the Superior Court dismissing in whole or in part objections raised by the appellant during examinations on discovery after defence. Appeal dismissed.

Réal Forest, Claude Marseille and Enrico Forlini, for the appellant.

Olivier F. Kott, Bernard P. Quinn and Mercedes Glockseisen, for the respondent.

Giuseppe Battista, for the intervenor Barreau du Québec.

Denis Jacques, for the intervenor the Canadian Bar Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ This appeal is incidental to an action for damages brought by the respondent, Foster Wheeler Power Company Ltd. (“Foster”), against the appellant, the City of Montréal (the “City”), further to the cancellation of a project involving the construction of a solid waste recycling centre and a municipal incinerator (the “project”). During examinations on discovery after defence, Foster’s lawyers and lawyers representing some of the interveners wanted to ask witnesses questions about information related to certain aspects of the project that was obtained from lawyers representing the municipal authorities in the matter of that project. Although the appellant objected that these questions violated professional secrecy, the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal allowed a certain number of these questions. This appeal concerns the scope of professional secrecy in Quebec civil law and the means of

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Walton, Frederick Parker. *Le domaine et l’interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [2001] R.J.Q. 2461, [2001] J.Q. n° 4823 (QL), qui a infirmé en partie des décisions de la Cour supérieure rejetant en tout ou en partie des objections soulevées par l’appelante dans le cadre d’interrogatoires après défense. Pourvoi rejeté.

Réal Forest, Claude Marseille et Enrico Forlini, pour l’appelante.

Olivier F. Kott, Bernard P. Quinn et Mercedes Glockseisen, pour l’intimée.

Giuseppe Battista, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

Denis Jacques, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Ce pourvoi constitue un incident d’une poursuite en dommages-intérêts engagée par l’intimée, la Société d’énergie Foster Wheeler Itée (« Foster ») contre l’appelante, la Ville de Montréal (la « Ville »), à la suite de l’annulation d’un projet de construction d’un centre de recyclage de déchets solides et d’un incinérateur municipal (le « projet »). Au cours d’interrogatoires préalables après défense, les avocats de Foster et ceux de certains intervenants voulurent poser des questions à des témoins sur des informations obtenues d’avocats qui représentaient les autorités municipales pour la réalisation de ce projet, au sujet de certains aspects de celui-ci. Malgré des objections basées sur le secret professionnel de l’avocat, la Cour supérieure et la Cour d’appel du Québec ont autorisé un certain nombre de ces questions. Le présent appel remet ainsi en cause l’étendue et les

exercising it, specifically with respect to one of its components, namely, the immunity from disclosing confidential information to others in a judicial proceeding. For the reasons I shall give here, I would dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal's disposition with respect to the admissibility of the questions at issue between the parties.

II. Origin of the Case

The case arises out of a major project involving the construction of a recycling centre and a garbage incinerator on the Island of Montréal. When the planning stage of the project began, the merger of the Island's municipalities had not yet taken place. Two intermunicipal bodies, the Régie intermunicipale de gestion des déchets sur l'île de Montréal (the "Régie") and the Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets Inc. (the "SIGED"), were given responsibility for preparing and carrying out the project. The complex nature of the project, the environmental problems it could raise and the demanding review and approval process to which it would be subject made it less than certain that the project would actually be carried out.

In this context, contracts for the preparation and eventual construction of the project were signed between the SIGED and Foster. The Régie acted as guarantor with regard to the SIGED's commitments. Because of the inherent uncertainty involved in the government approval process, the agreements were based on a mutual commitment to cooperating on efforts to obtain the required authorizations and go ahead with construction. The Régie and the SIGED retained Pierre Meunier and Daniel Picotte, two lawyers from the firm of Fasken, Martineau (Martineau, Walker at the time) in Montreal, to create the project's legal framework and obtain the necessary approvals.

Despite years of work, the project ran into opposition. Disputes broke out among representatives of the Island of Montréal's municipalities. On December 2, 1995, the project was reviewed at a raucous meeting of the Régie. On December 7,

modalités d'exercice du secret professionnel en droit civil québécois, plus particulièrement quant à l'une de ses composantes, l'immunité de divulgation d'informations confidentielles à l'occasion d'une instance judiciaire. Pour les motifs que j'expose ici, je suggère de rejeter le pourvoi et de confirmer le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel quant à la recevabilité des questions qui demeurent en litige entre les parties.

II. L'origine du litige

Cette affaire trouve son origine dans un projet important de construction d'un centre de recyclage et d'un incinérateur à déchets sur l'île de Montréal. Au moment où commence la planification de ce projet, la fusion des municipalités de l'île n'est pas encore réalisée. Deux organismes intermunicipaux, la Régie intermunicipale de gestion des déchets sur l'île de Montréal (la « Régie ») et la Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets Inc. (la « SIGED ») sont donc chargés de préparer et de réaliser ce projet. La complexité de ce projet, les problèmes environnementaux qu'il peut soulever et les exigences du mécanisme d'examen et d'approbation réglementaire auquel il est soumis laissent alors une part d'incertitude quant à sa réalisation.

Dans ce contexte, des contrats interviennent entre la SIGED et Foster pour la préparation et la construction éventuelle du projet. La Régie cautionne les engagements de la SIGED. En raison des incertitudes inhérentes à la procédure d'approbation gouvernementale, les conventions reposent sur un engagement mutuel de coopération pour obtenir les autorisations requises et réaliser éventuellement la construction du projet. La Régie et la SIGED mandatent deux avocats du cabinet Fasken, Martineau (à l'époque, le cabinet Martineau, Walker) à Montréal, M^{es} Pierre Meunier et Daniel Picotte, pour créer la structure juridique du projet et obtenir les approbations nécessaires.

Malgré des années de travail, la mise sur pied du projet rencontre des oppositions. Des conflits éclatent entre les représentants des municipalités de l'île de Montréal. Le 2 décembre 1995, une assemblée houleuse de la Régie examine le projet.

2

3

4

1995, the Régie's executive came under the control of the project's adversaries, including Messrs. Bossé and Zampino, both mayors of municipalities on the Island of Montréal. A few months later, the contracts with Foster were resiliated, and the project was cancelled.

5

Foster then filed suit against the SIGED and the Régie. Foster alleged a breach of their obligation to co-operate in good faith and of having deliberately scuttled the project. Foster claimed \$62,951,393 in damages. The defendants contested the claim and retained the firm of Fasken, Martineau to represent them. Some municipalities whose representatives had supported the project joined the case as interveners. After the defence was filed, Foster's lawyers and those of the interveners began a series of examinations on discovery of the defendants' representatives, including Messrs. Bossé and Zampino and Ms. Méthot, Director General of the Régie. Foster's lawyers hoped to uncover evidence showing that the mayors were well aware of the nature and state of the project and had tried to halt it, specifically by inciting government authorities to block the issuance of certain crucial permits and authorizations.

6

Difficulties arose during these examinations. Foster's lawyers and those of the interveners asked a series of questions about information that Messrs. Meunier and Picotte had apparently given to their clients and about various aspects of the documentation they had compiled for the project. The defendants' lawyers objected, claiming that the information sought was protected by professional secrecy and could not be disclosed in a judicial proceeding.

III. Judicial History

7

The appeal record indicates that the parties could not agree on the admissibility of 43 questions. Most of these questions deal with the nature of the reports on the project allegedly submitted by Messrs. Meunier and Picotte at the meeting of December 2, 1995 and during the period of time around that

Le 7 décembre 1995, l'exécutif de cet organisme passe sous le contrôle d'adversaires du projet, dont MM. Bossé et Zampino, tous deux maires de municipalités de l'île de Montréal. Quelques mois plus tard, les contrats intervenus avec Foster sont résiliés et le projet annulé.

Foster fait alors signifier une action à la SIGED et à la Régie. La demanderesse leur reproche d'avoir violé leur obligation de collaborer de bonne foi et d'avoir fait délibérément échouer le projet. Elle réclame en conséquence des dommages-intérêts qu'elle évalue à 62 951 393 \$. Les défenderesses contestent l'action et mandatent le cabinet Fasken, Martineau à cette fin. Certaines municipalités, dont les représentants appuyaient le projet, interviennent dans ce litige. Après le dépôt de la défense, les avocats de Foster et ceux des intervenants entament une série d'interrogatoires préalables de représentants des défenderesses, notamment MM. Bossé et Zampino et M^{me} Méthot, directrice générale de la Régie. Les avocats de Foster espèrent découvrir des éléments de preuve démontrant que les maires connaissaient bien la nature et l'état du projet et ont tenté de le faire avorter, particulièrement en poussant les autorités gouvernementales à surseoir à la délivrance des permis et autorisations indispensables.

Au cours de ces interrogatoires, des difficultés surviennent. Les avocats de Foster et ceux des intervenants posent une série de questions sur les informations que M^{es} Meunier et Picotte auraient transmises à leurs clients et sur divers éléments de la documentation qu'ils ont réunie au sujet de ce projet. Les avocats des défenderesses objectent alors que les informations recherchées tombent sous le sceau du secret professionnel et ne peuvent être divulguées dans une instance judiciaire.

III. L'historique judiciaire

Le dossier d'appel indique que les parties ne s'entendaient pas sur la recevabilité de 43 questions. Celles-ci portaient d'abord sur la nature des rapports qu'auraient présentés M^{es} Meunier et Picotte sur le projet à la réunion du 2 décembre 1995 et au cours de la période contemporaine à celle-ci. D'autres

meeting. Other questions focussed on documentation available to counsel or on the drafting of resolutions respecting the resiliation of the contracts with Foster.

The parties submitted the questions and the objections to Normand J. of the Superior Court, who dismissed almost all of the objections. In his opinion, as a general rule, research information was not protected by the immunity from disclosing confidential information covered by professional secrecy. He held that the questions sought factual information not protected by professional secrecy.

The defendants then appealed this decision to the Quebec Court of Appeal. Although they agreed that the appeal should be allowed in part, Rochette and Pelletier J.J.A. nevertheless wrote separate opinions in which they set out conceptions of the exercise of professional secrecy that were, in part, divergent. Deschamps J.A. concurred with the reasons for judgment of Rochette J.A. The judgment upheld objections to certain questions which, according to the Court of Appeal, violated professional secrecy and touched on information that could not be disclosed at trial. In other cases, the Court of Appeal essentially found that the objections were premature, and that the trial judge would have to examine the documents in question first to determine if they were subject to immunity from disclosure. The Court of Appeal nevertheless allowed almost all of the questions, as their subject matter did not, in that court's opinion, fall within the ambit of professional secrecy ([2001] R.J.Q. 2461). The defendants were given leave to appeal that judgment. Foster did not dispute the conclusions which upheld certain objections in whole or in part. In the meantime, the merger of the Island of Montréal's municipalities became a reality. The City succeeded to the rights of the SIGED and the Régie. The intervenor cities were thus absorbed into the City's legal personality and, for this reason, disappeared from the legal debate, leaving only the City and Foster as parties.

visaient les documents à la disposition des avocats ou la rédaction des résolutions relatives à la résiliation des contrats conclus avec Foster.

Les parties soumièrent les questions et les objections à un juge de la Cour supérieure, le juge Normand. Celui-ci rejeta la quasi-totalité des objections. À son avis, en règle générale, les informations recherchées ne tombaient pas sous l'application de l'immunité de divulgation, qui protège les informations confidentielles visées par le secret professionnel. Les questions n'auraient recherché que des informations factuelles que ne visait pas le secret professionnel.

Les défenderesses interjetèrent alors appel devant la Cour d'appel du Québec. D'accord pour accueillir en partie le pourvoi, les juges Rochette et Pelletier rédigèrent néanmoins des opinions distinctes où ils exposèrent des conceptions en partie différentes de la mise en œuvre du secret professionnel de l'avocat. La juge Deschamps donna son concours aux motifs du juge Rochette. L'arrêt fit droit à certaines objections à des questions qui, selon la Cour d'appel, violaient le secret professionnel et visaient des informations qui ne sauraient être divulguées au cours d'un procès. Dans d'autres cas, la Cour d'appel exprima en substance l'avis que les objections étaient prématurées et que le juge de première instance devait examiner les documents litigieux, afin de déterminer si l'immunité de divulgation s'appliquait à eux. La Cour d'appel permit toutefois la grande majorité des questions, les sujets visés ne se situant pas à son avis dans l'aire d'application du secret professionnel ([2001] R.J.Q. 2461). Les défenderesses obtinrent la permission de se pourvoir contre ce jugement. Foster n'attaqua pas les conclusions de l'arrêt qui accueillaient en tout ou en partie certaines objections. Entre-temps, la fusion des municipalités de l'île de Montréal devint une réalité. La Ville se trouve maintenant aux droits de la SIGED et de la Régie. Les villes intervenantes ont été absorbées dans la personnalité juridique de la Ville et, pour cette raison, sont disparues du débat judiciaire. Celui-ci n'oppose plus que la Ville et Foster.

IV. Issues Before the Supreme Court

10

The manner in which the dispute arose and was brought before this Court poses an initial difficulty, that is, the problem of correctly identifying the nature of the issues we must now examine. The parties' factums and oral arguments revealed that the questions objected to had in reality been rephrased and limited by Foster's lawyers to such a degree that, in my opinion, the questions appearing in the appeal record no longer accurately reflect the nature of the legal debate subsisting in this appeal. I shall therefore turn to the task of characterizing the real issues still in dispute and their limits, giving particular attention to the admissions and concessions made by Foster's counsel in their factum and at the hearing.

11

The appellant's record contains a table of 43 distinct questions that were submitted to Normand J. in the Superior Court. The Quebec Court of Appeal had upheld objections to five of these questions. The respondent does not contest this decision. Still at issue, however, are the 38 other questions. Having examined the record and heard the parties' submissions, we now have a substantially different picture of the dispute. There are actually five questions still at issue, but Foster's counsel have profoundly reworked and narrowed the scope of these questions over the course of proceedings before the Superior Court, the Court of Appeal and this Court. These five questions bring into play the problems of defining and applying professional secrecy as they pertain to this case, but in a much narrower and better defined framework than it would appear in the appellant's pleadings.

12

At discovery, most of the contentious questions were originally asked by lawyers representing interveners who are no longer involved in this case. Counsel for Foster emphasized that they would not ask these questions again and that they would be limiting themselves to the five questions that they themselves had formulated and then redefined. The appellant argued that this Court should nevertheless

IV. Les questions en jeu devant la Cour suprême

La manière dont le débat a été engagé puis porté devant notre Cour pose une première difficulté, celle d'identifier correctement la nature des problèmes qu'il faut maintenant examiner. Les mémoires des parties et leurs plaidoiries orales à l'audience ont révélé que les questions auxquelles des objections avaient été présentées, avaient été en réalité reformulées et limitées par les avocats de Foster, à un tel point, qu'à mon avis, les questions reproduites au dossier d'appel ne rendent plus correctement compte de la nature du débat judiciaire qui subsiste dans ce pourvoi. Je m'attacherai donc à préciser en quoi consistent les véritables questions encore en cause et leurs limites, en prenant particulièrement en considération les admissions et concessions faites par les avocats de Foster dans leur mémoire et à l'audience.

Le dossier de l'appelante contient un tableau de 43 questions distinctes que les parties soumièrent au juge Normand en Cour supérieure. L'arrêt de la Cour d'appel du Québec avait accueilli des objections à cinq d'entre elles. L'intimée ne conteste pas le bien-fondé de cette décision. Restaient apparemment en discussion quelque 38 questions différentes. Après l'étude du dossier et l'audition des observations des parties, le portrait du litige s'avère substantiellement différent. En réalité, cinq questions demeurent en discussion, mais profondément remaniées et précisées quant à leur portée par les avocats de Foster au cours des débats devant la Cour supérieure, la Cour d'appel et notre Cour. Ces cinq questions mettent en jeu les problèmes de définition et de mise en application du secret professionnel que le présent pourvoi entend soulever, mais dans un cadre beaucoup plus restreint et mieux défini que ce qu'annonçaient les actes de procédure de l'appelante.

D'abord, en effet, durant les interrogatoires préalables, la plupart des questions litigieuses ont été posées par les avocats d'intervenants qui ne sont plus impliqués dans le litige. Les avocats de Foster ont souligné devant notre Cour qu'ils ne reprenaient pas ces questions et s'en tenaient aux cinq questions qu'ils avaient eux-mêmes formulées puis redéfinies. L'appelante a plaidé que notre Cour devrait

rule on all 38 questions under appeal, since the judge at discovery or at trial could feel bound by the decisions rendered in this regard. I do not think that this Court needs to give particular attention to a series of questions that have been abandoned because of the advancement of proceedings and that the respondent does not accept as its own. Moreover, any issues of principle they might raise will be examined and resolved when we address the five questions that the respondent still intends to put to Messrs. Zampino and Bossé and Ms. Méthot.

These five questions were substantially rethought and circumscribed, such that their true substance, as counsel for Foster described it, corresponded only partially with their initial formulation. The real dispute between the parties must therefore be situated within this context and not be limited exclusively to the questions' initial wording.

These five questions, in their original formulation, are as follows:

[TRANSLATION]

- | | |
|---|---|
| 4. Georges Bossé
Oct. 22, 1998
Obj. No. 4 | At the meeting (of December 2, 1995), what questions did Mr. Bossé ask about the project? |
| 8. Josée Méthot
Feb. 23, 1999
Obj. Nos. 21, 22, 23 and 25 | Could you describe the presentation given by Mr. Meunier? Could you describe Mr. Picotte's presentation? How long did each of these presentations last? |
| 19. Georges Bossé
Oct. 22, 1998
Eng. UGB-16 | Produce any documents reporting on dealings with the Ministère de l'Environnement et de la Faune that were submitted by Josée Méthot or Pierre Meunier to the executive committee of the Régie or to the SIGED. |

néanmoins se prononcer sur l'ensemble des 38 questions visées par son appel, puisqu'un juge lors des interrogatoires ou du procès pourrait se sentir lié par les décisions rendues à leur sujet. Je ne crois pas que notre Cour devrait examiner de façon particulière une série de questions abandonnées en raison du déroulement des procédures et que l'intimée ne fait pas siennes. De plus, les questions de principe qu'elles pouvaient soulever seront étudiées et réglées à l'occasion de l'examen des cinq questions que l'intimée entend toujours poser à MM. Zampino et Bossé et à M^{me} Méthot.

Ces cinq questions ont été substantiellement repensées et circonscrites, à tel point que leur teneur réelle, comme l'ont décrite les avocats de Foster, ne correspond que partiellement à leur formulation initiale. Il faut donc situer le véritable débat entre les parties dans ce cadre, sans s'arrêter uniquement à la rédaction initiale de ces questions.

Ces cinq questions, dans leur formulation originale, sont les suivantes :

- | | |
|--|---|
| 4. Georges Bossé
22 oct. 1998
Obj. n ^o 4 | Quelles questions ont été posées par monsieur Bossé lors de la réunion (du 2 décembre 1995) pour s'informer au sujet du projet? |
| 8. Josée Méthot
23 fév. 1999
Obj. n ^{os} 21, 22, 23 et 25 | Quelle a été, pouvez-vous décrire, la présentation faite par M ^e Meunier? Par M ^e Picotte? Combien de temps ont duré chacune de ces présentations? |
| 19. Georges Bossé
22 oct. 1998
Eng. UGB-16 | Produire les documents qui auraient été déposés par M ^{me} Josée Méthot ou M ^e Pierre Meunier auprès de l'exécutif de la Régie ou de la SIGED et faisant état des démarches effectuées auprès du ministère de l'Environnement et de la Faune. |

13

14

- | | | | |
|---|--|--|--|
| 20. Frank Zampino
Jan. 27, 1999
Obj. No. 25 | [TEXT] “And they (Martineau Walker) were available to answer your questions concerning the discussions between the Régie and the government concerning the project?” | 20. Frank Zampino
27 jan. 1999
Obj. n° 25 | [TRADUCTION] « Et ils (Martineau Walker) étaient disponibles pour répondre à vos questions au sujet des discussions entre la Régie et le gouvernement concernant le projet? » |
| 23. Georges Bossé
Oct. 22, 1998
Eng. UGB-18 | (A) Give the names of persons consulted from December 7, 1995 to March 18, 1996 before coming to the decision to resiliate the contracts.

(B) Provide all documents pertaining to the project that were received by Mr. Bossé or any other member of the Régie’s executive committee. | 23. Georges Bossé
22 oct. 1998
Eng. UGB-18 | A) Fournir les noms des personnes consultées du 7 décembre 1995 au 18 mars 1996 pour en arriver à la décision de résilier les contrats.

B) Fournir tous les documents reçus par M. Bossé ou un autre membre du comité exécutif de la Régie qui porteraient sur le projet. |

15

The appellant objected to each of these questions on the grounds that they were covered by immunity from disclosure, one of the components of professional secrecy under Quebec civil law. Questions 19 and 23(B) appear to raise the issue of the application of the immunity from disclosing documents prepared for the purposes of a trial, which corresponds to the common law concept of litigation privilege (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 745-46; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at pp. 868-72). The Superior Court dismissed the objections to these two questions. The Court of Appeal rendered a more subtly qualified decision. It upheld the objection in part, ruling that the trial judge should have examined the documents before rendering a decision. The appellant still maintains that the Superior Court should have upheld the objection without reviewing the documents. The respondent had no objections to the solution adopted by the Court of Appeal. With respect to the other questions still in issue, the objections were rejected unreservedly. Nevertheless, the respondent still argues that the presence of a third party, a facilitator who chaired the meeting of December 2, 1995,

À chacune de ces questions, l’appelante a opposé une objection basée sur l’immunité de divulgation qui constitue l’une des composantes du secret professionnel en droit civil du Québec. Les questions 19 et 23B) semblaient mettre en cause l’application de l’immunité de divulgation à l’égard de documents préparés en vue d’un procès, ce qui correspondrait au « *litigation privilege* » de la common law (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 745-746; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3^e éd. 2003), p. 868-872). Dans le cas de ces deux questions, la Cour supérieure avait rejeté les objections. La Cour d’appel a rendu une décision plus nuancée. Elle a accueilli l’objection en partie, en indiquant que le premier juge aurait dû prendre connaissance des documents avant de rendre sa décision. L’appelante soutient toujours que la Cour supérieure aurait dû faire droit à son objection sans examen préalable des documents. L’intimée se satisfait de la solution adoptée par la Cour d’appel. Dans le cas des autres questions encore en litige, les objections ont été rejetées sans aucune réserve. De plus, toutefois, l’intimée plaide toujours que la présence d’une tierce personne, l’animatrice qui présidait l’assemblée du 2 décembre

amounted to an implied waiver of professional secrecy.

As general and preliminary as these questions may have appeared, we must now clarify the content ascribed to them by the respondent since the outset of this matter. In this action for damages, we must bear in mind that Foster alleged that the City had breached its obligation to cooperate in carrying out the project and that municipal officials had acted in bad faith, deliberately blocking construction. During discovery, counsel for Foster tried to secure admissions from the mayors of certain Island of Montréal municipalities that they were familiar with the nature and status of the project and had received a large amount of information from a variety of sources. According to Mr. Kott's arguments before this Court, the examinations of Messrs. Zampino and Bossé had been difficult and not terribly productive. The witnesses maintained that they had had little knowledge of the nature and status of the project during its lifespan, particularly at the time of the meeting of December 2, 1995. In order to verify these claims, a series of questions about information they had received from their lawyers before, during and after the meeting, was put to these two witnesses. As indicated in the declaration of inscription on the roll for hearing submitted by Foster pursuant to s. 15 of the *Rules of Practice of the Superior Court of Québec in Civil Matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, Foster planned to call Meunier and Picotte as witnesses at trial and question them, if necessary, about information communicated to their client. Foster also wanted them to produce all documents relating to the project's preparation, to dealings with government authorities responsible for approving the project and to the resiliation of the contracts.

The original questions were very broad in scope, probably too broad, eliciting equally broad objections. These objections are completely understandable, however, given their possible repercussions on relations between municipal entities and their lawyers. At any rate, it is now known that Foster is not seeking information on opinions provided by the appellant's lawyers, billing information, draft

1995, impliquait une renonciation au secret professionnel.

Si générales, si préliminaires qu'aient paru ces questions, il faut maintenant préciser le contenu que leur a donné l'intimée depuis le début de cette affaire. Dans cette poursuite en dommages-intérêts, on se rappellera que Foster invoque la violation d'une obligation de coopération assumée par la Ville pour la réalisation du projet et la mauvaise foi des dirigeants municipaux qui auraient fait délibérément avorter la construction. Au cours des interrogatoires préalables, les avocats de Foster tentaient de faire admettre par les maires de certaines municipalités de l'île de Montréal qu'ils connaissaient la nature et l'état d'avancement du projet et avaient reçu une quantité importante d'informations de sources diverses. Selon la plaidoirie de M^e Kott devant notre Cour, les interrogatoires de MM. Zampino et Bossé s'étaient révélés difficiles et peu fructueux. Ces témoins auraient soutenu n'avoir eu que peu de connaissance de la nature et de l'état du projet, notamment lors de l'assemblée du 2 décembre 1995. Dans le but de vérifier ces assertions, on a alors posé des questions à ces deux témoins sur les informations reçues de leurs avocats avant, pendant et après la réunion. Comme l'indique la déclaration de mise au rôle d'audience produite par Foster en vertu de l'art. 15 des *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, elle envisageait d'assigner M^{es} Meunier et Picotte comme témoins au procès pour les interroger, si nécessaire, sur les informations communiquées à leur client. Foster voulait aussi faire produire un ensemble de documents relatifs à la préparation du projet, aux démarches entreprises auprès des autorités gouvernementales chargées de l'examen et de l'approbation du projet et à la résiliation des contrats.

Posées de manière très — probablement trop — large à l'origine, ces questions provoquèrent des objections aussi larges, mais fort compréhensibles en raison de leurs répercussions possibles sur les rapports entre les organismes municipaux et leurs avocats. Quoi qu'il en soit, on sait maintenant que Foster ne recherche pas d'informations sur des opinions données par les avocats de l'appelante, sur

16

17

resolutions prepared for the Régie or other subjects of a similar nature. Essentially, the questions were designed to have the witnesses say whether Messrs. Meunier and Picotte had clearly explained the nature of the project and talked about the status of dealings relating to the project's approval and to make the witnesses describe the nature of the information they received regarding these aspects of the case. Foster also wanted to obtain a set of documents that neither this Court nor the Superior Court has had the opportunity to examine. We must now decide whether, under the law of evidence applicable to civil cases in Quebec, this information is confidential and thus subject to immunity from disclosure pursuant to the legal rules governing professional secrecy in Quebec. We must also investigate whether the manner in which the meeting of December 2, 1995 was structured and carried out constitutes an implied waiver of professional secrecy, as the Quebec Court of Appeal held, because a third party was present to chair the meeting.

V. Legal Framework of Professional Secrecy in Quebec Legislation

18 Any study of professional secrecy, its scope and its application requires a careful examination of the legislative framework that has gradually been put in place in Quebec. Despite its diverse sources, professional secrecy is now governed by a set of superimposed statutes with a common objective of securing the recognition and protection of professional secrecy.

19 The most important provision is now found in the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Section 9 of the *Charter* declares professional secrecy to be a fundamental human right:

9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who

leurs comptes d'honoraires, sur les projets de résolutions préparées pour la Régie, etc. En substance, les questions posées visent à faire dire aux témoins si M^{es} Meunier et Picotte avaient précisé la nature du projet soumis et exposé l'état des démarches relatives à son approbation et à leur faire décrire la nature de l'information reçue à propos de ces aspects du dossier. Foster entend aussi obtenir un ensemble de documents que notre Cour n'a jamais vus et que la Cour supérieure n'a jamais examinés. Il s'agit maintenant de décider si, selon le droit de la preuve applicable aux litiges civils au Québec, ces informations ont un caractère confidentiel et sont protégées par une immunité de divulgation, en vertu des règles juridiques gouvernant le secret professionnel au Québec. De plus, il faudra rechercher si, comme l'a décidé la Cour d'appel du Québec, le mode d'organisation et de conduite de l'assemblée du 2 décembre 1995 implique de toute façon une renonciation au secret professionnel, en raison de la présence d'une tierce personne qui en a assuré la présidence.

V. L'encadrement juridique du secret professionnel dans la législation québécoise

Toute étude du secret professionnel, de son étendue et de sa mise en application exige un examen attentif du cadre législatif qui a été mis graduellement en place au Québec. En effet, malgré la diversité de ses sources, le secret professionnel se trouve maintenant régi par un ensemble de législations superposées mais convergentes dans leur objectif de reconnaître et de protéger le secret professionnel.

La disposition la plus importante se retrouve maintenant dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. En effet, son art. 9 place le secret parmi les droits fondamentaux de la personne :

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a

confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

The *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, requires all members of professional orders, not just lawyers and notaries, to uphold professional secrecy (see: Y.-M. Morissette and D. W. Shuman, “Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve” (1984), 25 *C. de D.* 501, at p. 505). Section 60.4 of the *Professional Code* defines the obligation to uphold professional secrecy in the following terms:

60.4. Every professional must preserve the secrecy of all confidential information that becomes known to him in the practice of his profession.

He may be released from his obligation of professional secrecy only with the authorization of his client or where so ordered by law.

The professional may, in addition, communicate information that is protected by professional secrecy, in order to prevent an act of violence, including a suicide, where he has reasonable cause to believe that there is an imminent danger of death or serious bodily injury to a person or an identifiable group of persons. However, the professional may only communicate the information to a person exposed to the danger or that person's representative, and to the persons who can come to that person's aid. The professional may only communicate such information as is necessary to achieve the purposes for which the information is communicated.

Although the *Professional Code* imposes an obligation to uphold professional secrecy on all professionals, including lawyers, s. 131 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1, also addresses this issue. This section reaffirms the right to professional secrecy while setting out some of its limits, as the corresponding provision in the *Professional Code* also does:

131. (1) An advocate must keep absolutely secret the confidences made to him by reason of his profession.

(2) Such obligation, however, shall not apply when the advocate is expressly or implicitly relieved therefrom by the person who made such confidences to him or where so ordered by law.

fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

Ensuite, le *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, impose le respect du secret professionnel à tous les membres des ordres professionnels qu'il régit et non aux seuls avocats et notaires (voir : Y.-M. Morissette et D. W. Shuman, « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve » (1984), 25 *C. de D.* 501, p. 505). L'article 60.4 du *Code des professions* définit l'obligation de respect du secret professionnel dans ces termes :

60.4. Le professionnel doit respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle qui vient à sa connaissance dans l'exercice de sa profession.

Il ne peut être relevé du secret professionnel qu'avec l'autorisation de son client ou lorsque la loi l'ordonne.

Le professionnel peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, le professionnel ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. Le professionnel ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

Même si le *Code des professions* impose une obligation de respect du secret professionnel applicable aux avocats comme à tous les autres professionnels, la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1, traite aussi de la question à son art. 131. Celui-ci réaffirme le droit au secret professionnel, tout en précisant certaines de ses limites, comme le faisait d'ailleurs déjà le *Code des professions* :

131. 1. L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession.

2. Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences ou lorsque la loi l'ordonne.

(3) An advocate may, in addition, communicate information that is protected by professional secrecy, in order to prevent an act of violence, including a suicide, where the advocate has reasonable cause to believe that there is an imminent danger of death or serious bodily injury to a person or an identifiable group of persons. However, the advocate may only communicate the information to a person exposed to the danger or that person's representative, and to the persons who can come to that person's aid. The advocate may only communicate such information as is necessary to achieve the purposes for which the information is communicated.

22

For its part, the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, reinforces the obligation to uphold professional secrecy. In a title of the C.C.Q. respecting the law of evidence, art. 2858 provides that a judge must, *ex officio*, raise any breach of professional secrecy and exclude any evidence obtained as a result of that breach:

2858. The court shall, even of its own motion, reject any evidence obtained under such circumstances that fundamental rights and freedoms are breached and that its use would tend to bring the administration of justice into disrepute.

The latter criterion is not taken into account in the case of violation of the right of professional privilege.

23

This legislative framework attempts to organize an area of Quebec civil law and procedure that traces its origins to diverse sources in legislation and case law, in both the French civil law and English common law traditions. These mixed origins are without doubt at the root of the semantic, if not conceptual problems that continue to affect this field of law.

24

In a doctoral thesis written several years before the enactment of the Quebec *Charter* and the *Professional Code*, Jean-Louis Baudouin (now a judge of the Quebec Court of Appeal) gave an excellent account of the complexity of the sources of the law of evidence in Quebec (J.-L. Baudouin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve* (1965)). For many years, under France's *ancien régime*, royal orders had recognized the existence of an obligation to maintain confidentiality in relations between clients and lawyers and established an immunity from disclosure to protect

3. L'avocat peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, l'avocat ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. L'avocat ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, renforce de son côté l'obligation de respect du secret professionnel. Au titre du droit de la preuve, l'art. 2858 C.c.Q. dispose que le juge doit soulever d'office toute violation du secret professionnel et exclure tout élément de preuve qui en provient :

2858. Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au respect du secret professionnel.

Cet encadrement législatif tente d'organiser un domaine de la procédure et du droit civil québécois qui s'est développé à partir de sources diverses, législatives ou jurisprudentielles, relevant tantôt du droit civil d'origine française, tantôt de la common law. Cette mixité explique sans doute les difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit.

Écrite quelques années avant l'adoption de la *Charte* québécoise et du *Code des professions*, la thèse de doctorat du juge Jean-Louis Baudouin de la Cour d'appel du Québec a fort bien souligné la complexité des sources du droit de la preuve au Québec (J.-L. Baudouin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve* (1965)). De longue date, sous l'ancien régime français, des ordonnances royales avaient reconnu l'existence d'une obligation de confidentialité dans les rapports entre clients et avocats et établi une immunité de divulgation qui protégeait ceux-ci. Ces ordonnances faisaient partie

those relations. These orders were part of the law of New France before it was ceded to the British Crown. In the common law, case law had established a [TRANSLATION] “procedural privilege connected with the conduct of trials” that forbade the disclosure of confidential information obtained by lawyers in their relations with clients (Baudouin, *supra*, at pp. 8-9). Even after the *Quebec Act, 1774*, R.S.C. 1985, App. II, No. 2, restored the civil law, the law of evidence as applied in Quebec was still very much influenced by common law practices because of the establishment of a judicial structure and trial procedures patterned after the British model, such as with the formal adoption of the English law of evidence in commercial matters before the end of the 18th century, as Walton reminds us (F. P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1980), at p. 47; see also J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at pp. 687-89).

Quebec’s first legislation on professional secrecy exemplified this common law influence. Legislation enacted in the 19th century effectively approached professional secrecy as a procedural problem by recognizing, as the common law did, the existence of a privilege protecting clients against the disclosure of communications between them and their legal advisers. Article 275 of the *Code of Civil Procedure* of 1867 and art. 332 of the Code of 1897 both used this technique (A. Cardinal, “Quelques aspects modernes du secret professionnel de l’avocat” (1984), 44 *R. du B.* 237, at p. 246). According to this author, in the early 20th century, the Quebec Court of Appeal used this same method to recognize the existence in Quebec’s law of evidence of a “litigation privilege” designed to protect the confidentiality of documents prepared by lawyers for the purposes of a contemplated or ongoing litigation (Cardinal, *supra*, at p. 266; *Montreal Street Railway Co. v. Feigleman* (1912), 22 Que. K.B. 102, at p. 118). Thus, before addressing the subject matter of professional secrecy, the Quebec legislature contented itself with according professional secrecy a judicial protection connected with the exigencies of the adversarial civil trial process.

du droit applicable en Nouvelle-France avant sa cession à la Couronne britannique. En common law, la jurisprudence avait établi un privilège « d’origine procédurale rattaché à la conduite des procès » qui interdisait la divulgation d’informations confidentielles obtenues par les avocats dans leurs relations avec leurs clients (Baudouin, *op. cit.*, p. 8-9). Après le rétablissement du droit civil par l’*Acte de Québec de 1774*, L.R.C. 1985, app. II, n° 2, le droit de la preuve appliqué au Québec a été très influencé par les méthodes de la common law en raison de l’établissement d’une structure judiciaire et de méthodes de conduite des procès dérivées du modèle britannique, comme de l’adoption formelle du droit de la preuve anglais en matière commerciale, avant la fin du 18^e siècle, ainsi que le rappelle Walton (F. P. Walton, *Le domaine et l’interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), p. 47; voir aussi J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 687-689).

Les premières dispositions législatives québécoises sur le secret professionnel témoignent de cette influence de la common law. En effet, les textes législatifs adoptés au 19^e siècle abordaient le secret professionnel comme un problème de procédure, en reconnaissant, à l’instar de la common law, l’existence d’un privilège protégeant le client contre la divulgation des communications intervenues entre lui et son conseiller juridique. Les articles 275 du *Code de procédure civile* de 1867 et 332 de celui de 1897 ont employé cette technique (A. Cardinal, « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l’avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237, p. 246). Selon cet auteur, la Cour d’appel du Québec aurait d’ailleurs utilisé cette même méthode pour reconnaître l’existence du « *litigation privilege* », destiné à protéger la confidentialité des documents préparés pour un avocat dans la perspective d’un procès en cours ou appréhendé, en droit de la preuve du Québec au début du 20^e siècle (Cardinal, *loc. cit.*, p. 266; *Montreal Street Railway Co. c. Feigleman* (1912), 22 B.R. 102, p. 118). Ainsi, avant de se préoccuper du contenu du secret professionnel, le législateur québécois s’est satisfait de lui accorder une protection judiciaire, rattachée aux exigences du procès civil contradictoire.

26

A different approach, one centred on the creation of an obligation of silence and the resulting right to its protection, did not appear until later, in statutes governing the organization of professions, such as those of lawyer, notary and doctor (see *Notarial Act*, S.Q. 1952-53, c. 54, s. 50; *Quebec Medical Act*, R.S.Q. 1941, c. 264, s. 60(2)). In the case of lawyers, this legal framework was instead found in the professional order's ethics regulations, which imposed an obligation of confidentiality on lawyers (*By-laws of the Bar* (1955), s. 66(21); Baudouin, *supra*, at p. 9).

27

This *ad hoc* legislative and regulatory approach gave way to the complex legal framework described above. This framework seeks to extend and regulate professional secrecy as a substantive fundamental right designed to protect the client. Professional secrecy has two components that form the basis for its creation and protection. The first component recognizes the confidentiality of information generated by the lawyer-client relationship. Clients have the right to expect their legal advisers to remain silent about such information. This obligation of confidentiality gives rise to an immunity from disclosure which, except in limited circumstances, protects clients against the disclosure of that information, particularly in judicial proceedings (Royer, *supra*, at pp. 907-9).

28

The dual origins of the principle of professional secrecy in Quebec law and the use of a legislative technique to shape the creation of the substantive right, the protection of its content against disclosure and the exceptions within the same texts help explain the semantic difficulties encountered in the case law, especially when transferring the relevant concepts from French into English. These difficulties can be particularly acute in some very key areas of law, such as criminal law, because the common law continues to apply and uses the traditional categories of privileges that are limited to specific categories or situations (*Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193, 2003 SCC 67, at para. 11). This coexistence of different vocabularies and legal institutions organized according to different legal methods can sometimes lead to uncertainty in the terminology,

Une méthode différente, axée celle-là sur la création d'une obligation au silence d'où découlait un droit à sa protection, n'est apparue que plus tard dans des lois sur l'organisation de professions comme celle d'avocat, de notaire ou de médecin (voir *Loi du notariat*, S.Q. 1952-53, ch. 54, art. 50; *Loi médicale de Québec*, S.R.Q. 1941, ch. 264, par. 60(2)). Dans le cas des avocats, ce cadre juridique se retrouvait plutôt dans la réglementation déontologique de l'ordre professionnel qui imposait une obligation de confidentialité à l'avocat (*Règlements du Barreau* (1955), par. 66(21); Baudouin, *op. cit.*, p. 9).

Ces interventions législatives ou réglementaires ponctuelles ont fait place au cadre juridique complexe qui a été décrit plus haut. Celui-ci entend étendre et régir le secret professionnel comme un droit substantiel fondamental destiné à la protection du client. Ce secret comporte deux composantes autour desquelles sont aménagées la création et la protection du secret professionnel. La première reconnaît la confidentialité des informations qui naissent de la relation entre l'avocat et son client. Ce dernier a droit au silence de son conseiller juridique. Découle de cette obligation de confidentialité une immunité de divulgation qui, sauf exceptions en principe limitées, protège le client contre la divulgation de ces informations, particulièrement à l'occasion des instances judiciaires (Royer, *op. cit.*, p. 907-909).

La dualité des origines du principe du secret professionnel en droit québécois et l'emploi d'une technique législative qui aménage la création du droit substantiel, la protection de son contenu contre la divulgation et les exceptions à l'intérieur des mêmes textes expliquent parfois les difficultés sémantiques que l'on retrouve dans la jurisprudence, notamment lorsqu'il s'agit de transposer les concepts pertinents du français à l'anglais. Elles s'accroissent aussi du fait que, dans des domaines fort importants, comme le droit criminel, la common law continue à s'appliquer et à employer les catégories traditionnelles des privilèges limités à des catégories ou à des situations déterminées (*Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193, 2003 CSC 67, par. 11). Cette coexistence de vocabulaires différents et d'institutions juridiques organisées maintenant selon des méthodes

as is evidenced by the confusion surrounding the proper use of the terms solicitor-client privilege, professional secrecy, confidentiality and immunity from disclosure, a situation decried by Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1, at para. 30:

[TRANSLATION] The appellant's argument demonstrates a confusion between professional secrecy and solicitor-client privilege. I can hardly blame appellant's counsel for this, as the terms are frequently confused in the French translations of judgments of the Supreme Court of Canada rendered in English, as well as in some provisions of the *Criminal Code*. For example, in *Smith v. Jones* (the French translation of the opinion of Cory J.), the words "*secret professionnel*" are used to translate "solicitor-client privilege". However, and this is most relevant to the case at bar, in Part VI (ss. 183-196) of the *Criminal Code*, which concerns "Invasion of Privacy", the *Code* refers to the protection of "*communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client*" (s. 186(3)), whereas the English version uses the words "privileged communications", without referring to "solicitor-client privilege". To add to the confusion, in the provisions dealing with the seizure of documents in the possession of a lawyer, Parliament limited lawyers' ability to oppose such seizures to cases where "solicitor-client privilege" is claimed. This time, "solicitor-client privilege" is translated as "*privilège des communications entre client et avocat*" (s. 488.1(2)).

To avoid this type of problem, we must always bear in mind the rich and diverse content of the concept of professional secrecy and know how to distinguish the components touched upon by the specific issues referred to the courts. Instead of speaking about professional secrecy in indiscriminately and carelessly chosen terms, we must first determine whether we are concerned with the obligation of confidentiality or the right to silence, or with the immunity from disclosing confidential information, or with both. In the context of Quebec's statutory framework, the term "professional secrecy" refers to this institution in its entirety. Professional secrecy includes an obligation of confidentiality, which, in areas where it applies, imposes a duty of discretion on lawyers and creates a correlative right to their silence on the part of their clients. In relation to third parties, professional secrecy includes an

juridiques différentes conduit parfois à ces incertitudes terminologiques dont témoignent ces confusions entre privilège avocat-client, secret professionnel, confidentialité ou immunité de divulgation, que déplorait récemment le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1, par. 30 :

Cette proposition de l'appelante peut s'expliquer par une confusion entre le secret professionnel et le privilège avocat-client. Je ne saurais en blâmer l'avocat de l'appelante puisque cette confusion se retrouve fréquemment dans la traduction française de la version originale des jugements de la Cour suprême du Canada et aussi dans certaines dispositions du *Code criminel*. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Smith c. Jones* (la version française de l'opinion du juge Cory), les mots « secret professionnel » sont utilisés pour traduire le « solicitor-client privilege ». Par contre, et cela est important en l'espèce, dans la partie VI (art. 183 à 196) du *Code criminel*, qui concerne les « Atteintes à la vie privée », il est fait mention de la protection des « communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client » (art. 186(3) *C. cr.*) alors que, dans le texte anglais on utilise les mots « privileged communications » sans toutefois référer au « solicitor-client privilege ». Pour ajouter à la confusion, dans les dispositions qui traitent de la saisie de documents en possession d'un avocat, le législateur limite l'opposition de l'avocat au seul cas où le document fait l'objet du « solicitor-client privilege », traduit ici par le « privilège des communications entre client et avocat » (art. 488.1(2) *C. cr.*).

Pour éviter ce type de problème, il faut demeurer conscient de la richesse du contenu de la notion de secret professionnel et savoir distinguer les composantes que touchent les problèmes particuliers soumis aux tribunaux. Plutôt que de parler indistinctement et sans précautions de secret professionnel, il importe de déterminer si l'on traite d'abord de l'obligation de confidentialité ou du droit au silence ou encore de l'immunité de divulgation à l'égard d'informations confidentielles ou d'abord de l'une, puis de l'autre. Dans le cadre législatif québécois, on constate donc que l'expression « secret professionnel » vise l'institution dans son ensemble. Cette dernière inclut une obligation de confidentialité qui, dans les domaines où elle s'applique, impose à l'avocat un devoir de discrétion et crée un droit corrélatif à son silence en faveur de son client. Ensuite, à l'égard des tiers, le secret professionnel comprend

immunity from disclosure that protects the content of information against compelled disclosure, even in judicial proceedings, subject to any other applicable legal rules or principles. Therefore, in this appeal, in order to rule on the admissibility of the questions put to the witnesses summoned by Foster, we must examine the two components of professional secrecy in turn, first the scope of the lawyer's obligation of confidentiality and then the application of the immunity from disclosure designed to protect that confidentiality.

VI. Analysis

A. *Content of the Lawyer's Obligation of Confidentiality*

30 Before determining the effects of immunity from judicial disclosure, we must first define the content and scope of the lawyer's obligation of confidentiality. This exercise itself requires an examination of the methods to be used to establish the true content of professional secrecy in the context of actual lawyer-client relationships. At this stage, some delicate problems may arise, as illustrated by the debate in this case, in establishing the burdens of proof required to invoke professional secrecy or limit its scope.

31 The dispute arises in the context of a longstanding relationship between the City, including the municipal entities to which it succeeded, and the firm of Fasken, Martineau. For many years, lawyers from that firm were retained to represent the SIGED in its dealings with Foster, establish the contractual framework for their joint project and obtain the necessary authorizations from regulators. According to the record now before this Court, this mandate later extended to the legal problems leading up to and following the resiliation of the agreements with the respondent. From that point on, the mandate included defending the appellant in the action brought by Foster.

32 The length and apparent complexity of these mandates make a delicate task of determining what information is in fact protected by the obligation of

une immunité de divulgation qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée, même dans les instances judiciaires, sous les réserves et les limites prévues par les règles et principes juridiques applicables. Ainsi, dans le présent appel, il faudra examiner successivement les deux volets du secret professionnel, soit d'abord la portée de l'obligation de confidentialité de l'avocat, puis la mise en application de l'immunité de divulgation destinée à protéger cette confidentialité, pour statuer sur la recevabilité des questions posées aux témoins assignés par Foster.

VI. Analyse

A. *Le contenu de l'obligation de confidentialité de l'avocat*

Avant de déterminer les effets de l'immunité de divulgation judiciaire, il faut au départ définir le contenu et la portée de l'obligation de confidentialité de l'avocat. Cette étude exige elle-même un examen des méthodes à retenir pour établir le contenu effectif du secret professionnel dans le cadre des relations concrètes que les avocats établissent avec leurs clients. À ce stade peuvent se poser des problèmes délicats, comme l'illustrent les débats dans ce dossier, pour attribuer les fardeaux de preuve qui permettront d'invoquer le secret professionnel ou d'en limiter la portée.

Le litige se situe dans le cadre d'une relation de longue durée entre la Ville et les organismes municipaux auxquels elle a succédé et le cabinet Fasken, Martineau. Pendant plusieurs années, des avocats de cette étude ont été chargés de représenter la SIGED dans ses rapports avec Foster, pour établir le cadre contractuel de leur projet commun et pour obtenir les approbations réglementaires. D'après le dossier maintenant porté devant notre Cour, ce mandat s'est étendu par la suite aux difficultés juridiques qui ont précédé et suivi la résiliation des accords avec l'intimée. Ce mandat comprend désormais la défense de l'appelante dans la poursuite intentée par Foster.

La durée et la complexité apparente de ces mandats rendent délicate la définition des informations effectivement protégées par l'obligation de

confidentiality and, by extension, immunity from judicial disclosure. Although they concurred in their disposition of the case, Rochette and Pelletier J.J.A. adopted different approaches to determine what information was covered by the obligation of confidentiality and what was protected by immunity from disclosure. In essence, Rochette J.A. held that the party invoking professional secrecy should have the initial burden of proving that the information sought is *prima facie* within the ambit of a lawyer's mandate and confidential in nature. For his part, Pelletier J.A. instead recognized the existence of a presumption of confidentiality. He held that the party requesting the information should have to demonstrate that the information was *prima facie* not covered by the lawyer's duty of professional secrecy.

In a context such as this, the choice of an appropriate solution to the problem of applying professional secrecy must be rooted first and foremost in a concern for the social importance that the case law, including that of this Court, attaches to professional secrecy for its role in maintaining a properly functioning justice system and preserving the rule of law in Canada. Any solution must also take into account the evolving nature of the legal profession, in which lawyers are increasingly called upon to provide services in fields well beyond their traditional sphere of practice.

Although the relevant jurisprudence consists for the most part of criminal law cases, it still clearly establishes the fundamental importance of solicitor-client privilege as an evidentiary rule, a civil right of supreme importance and a principle of fundamental justice in Canadian law that serves to both protect the essential interests of clients and ensure the smooth operation of Canada's legal system, as stressed by Arbour J. in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, at para. 49 (see also *Maranda, supra*, at para. 11). The lawyer's obligation of confidentiality is necessary to preserve the fundamental relationship of trust between lawyers and clients. Protecting the integrity of this relationship is itself recognized as

confidentialité et, par la suite, par l'immunité de divulgation judiciaire. Bien qu'ils aient concouru dans un dispositif commun, les juges Rochette et Pelletier, qui ont rédigé des opinions distinctes en Cour d'appel, ont adopté des approches différentes pour réussir à identifier les informations visées par l'obligation de confidentialité ainsi que celles que protégerait l'immunité de divulgation. En substance, le juge Rochette a préféré imposer à la partie qui invoque le secret professionnel un fardeau de preuve initial qui lui demande de démontrer, *prima facie*, que les informations recherchées se situent dans le cadre d'un mandat relevant de l'avocat et présentant un caractère confidentiel. Pour sa part, le juge Pelletier préférait reconnaître l'existence d'une présomption de fait en faveur de l'existence de la confidentialité. Il obligeait ainsi la partie qui demandait l'information à justifier *prima facie* qu'elle n'était pas visée par le secret professionnel de l'avocat.

L'adoption d'une solution appropriée dans un tel contexte pour la mise en œuvre du secret professionnel doit reposer d'abord sur le respect de l'importance sociale que la jurisprudence, notamment celle de notre Cour, attache à cette institution pour le fonctionnement du système de justice canadien et la préservation de la primauté du droit dans notre pays. Toute solution doit aussi prendre en compte l'évolution des professions juridiques que manifeste l'extension de leurs interventions dans des domaines qui dépassent largement ceux de la pratique traditionnelle des avocats.

Bien qu'elle se soit en grande partie constituée à l'occasion d'affaires relevant du droit pénal, la jurisprudence a consacré clairement l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat, à la fois règle de preuve, droit civil important et principe de justice fondamentale en droit canadien, tant pour la protection des intérêts essentiels de ses clients que pour le fonctionnement du système juridique du Canada, comme le soulignait la juge Arbour dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, par. 49 (voir aussi *Maranda*, précité, par. 11). L'obligation de confidentialité imposée à l'avocat s'explique ainsi par la nécessité de préserver une relation fondamentale de confiance entre l'avocat et

33

34

indispensable to the continued existence and effective operation of Canada's legal system. It ensures that clients are represented effectively and that the legal information required for that purpose can be communicated in a full and frank manner (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289, *per* Lamer C.J.; Royer, *supra*, at pp. 891-92).

35

Under s. 9 of the Quebec *Charter*, lawyers enjoy the same protection with respect to professional secrecy as the members of any of the other professional orders governed by the *Professional Code*. However, the scope and intensity of the protection recognized under that provision will vary according to the nature of the duties carried out by the members of the various professional orders and the services they are called upon to render, as well as the other components of the legal schemes governing them (see *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at pp. 673-75, *per* L'Heureux-Dubé J.). In this context, the general principles of public law laid down by the case law of this Court with regard to the importance of professional secrecy and the particularly sensitive nature of the solicitor-client relationship must not be overlooked when applying this provision and those of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which also addresses this subject. Moreover, certain aspects of Quebec tax legislation emphasize the especially critical importance to society and the justice system of professional secrecy between lawyers and clients by strengthening its protection. For example, s. 53.1 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, gives Quebec tax officials the right to examine documents held by professionals, even if this could result in the disclosure of confidential information, except in cases of documents held by a lawyer or a notary (see Royer, *supra*, at p. 977).

36

We must also bear in mind that lawyers' functions and professional qualifications have evolved dramatically. Lawyers' professional activities extend beyond those which are their exclusive prerogative as defined in s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, and s. 129 acknowledges this situation. Lawyers still litigate, represent, advise and draft, but they must often assume other duties in areas where

son client. La protection de l'intégrité de ce rapport est elle-même reconnue comme indispensable à la vie et au bon fonctionnement du système juridique canadien. Elle assure la représentation effective des clients et la communication franche et complète de l'information juridique nécessaire à ceux-ci (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289, le juge en chef Lamer; Royer, *op. cit.*, p. 891-892).

Le secret professionnel des avocats est protégé comme celui des membres de tous les ordres professionnels régis par le *Code des professions*, selon l'art. 9 de la *Charte québécoise*. Cependant, l'intensité et la portée de la protection que reconnaît cette disposition demeure susceptible de varier suivant la nature des fonctions remplies par les membres des divers ordres professionnels et des services qu'ils sont appelés à rendre, comme des autres composantes du régime juridique qui les encadrent (voir *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 673-675, la juge L'Heureux-Dubé). Dans cette perspective, les principes généraux de droit public qu'a définis la jurisprudence de notre Cour quant à l'importance de ce secret professionnel et à sa sensibilité particulière dans le cas de la relation avocat-client ne doivent pas être oubliés lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre cette disposition et celles de la *Loi sur le Barreau* qui portent sur le même sujet. D'ailleurs, certains aspects de la législation fiscale québécoise soulignent l'importance particulièrement critique de cette institution pour la société et le système de justice en accordant une protection renforcée au secret professionnel liant les avocats et notaires. Ainsi, la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, art. 53.1, autorise le fisc à examiner les documents détenus par un professionnel, même si cela provoque la divulgation de renseignements confidentiels, sauf dans le cas des avocats et notaires (voir Royer, *op. cit.*, p. 977).

De plus, il faut demeurer conscient que la fonction de l'avocat et les conditions d'exercice de sa profession ont fortement évolué. Son activité professionnelle ne s'arrête pas aux limites du monopole d'exercice que définit l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*, situation dont l'art. 129 prend acte. S'il plaide, s'il représente, s'il conseille ou s'il rédige toujours, il remplit souvent ces fonctions dans des

they find themselves competing with other professionals. The mandates themselves may include a variety of acts and duties that are not always normally associated with the activities of a lawyer in the traditional sense of the term, as pointed out by Binnie J. in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 50:

It is, of course, not everything done by a government (or other) lawyer that attracts solicitor-client privilege. While some of what government lawyers do is indistinguishable from the work of private practitioners, they may and frequently do have multiple responsibilities including, for example, participation in various operating committees of their respective departments. Government lawyers who have spent years with a particular client department may be called upon to offer policy advice that has nothing to do with their legal training or expertise, but draws on departmental know-how. Advice given by lawyers on matters outside the solicitor-client relationship is not protected.

(See also *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Legault*, [1989] R.J.Q. 229 (C.A.), at p. 231.)

However, as important as professional secrecy may be, it does have its limits. Not every aspect of relations between a lawyer and a client is necessarily confidential. The exigencies of other values and concern for competing interests may sometimes necessitate the disclosure of confidential information, as provided for under s. 9 of the *Quebec Charter* (see *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 51; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at para. 34, *per* Major J.).

This appeal does not require us to examine potential conflicts between the obligation of confidentiality and the exercise of competing rights. Apart from the collateral issue of waiver, the issues in dispute here are limited to identifying the content of the obligation of confidentiality and, above all, determining the methodology for defining and then giving effect to the immunity from judicial disclosure. Even with these limits, the issue remains a sensitive and complex one in practice. It would be inaccurate to reduce the content of the obligation of confidentiality to opinions, advice or counsel given by lawyers to their clients. While this is, on many

secteurs d'activité où il se trouve en concurrence avec d'autres intervenants. Enfin, les mandats eux-mêmes peuvent comprendre des actes et des fonctions divers qui ne correspondront pas toujours à des activités d'avocat au sens propre du terme, comme le soulignait le juge Binnie dans l'affaire *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 50 :

Le secret professionnel de l'avocat ne protège évidemment pas l'ensemble des services rendus par un avocat, qu'il soit au service du gouvernement ou non. Bien qu'une partie du travail des avocats du gouvernement soit semblable à celui des avocats de pratique privée, ils peuvent avoir — et ont souvent — de nombreuses autres responsabilités comme, par exemple, la participation à divers comités opérationnels de leur ministère. Les avocats du gouvernement qui œuvrent depuis des années auprès d'un ministère client peuvent être invités à donner des conseils en matière de politique qui n'ont rien à voir avec leur formation et leur expertise juridiques mais font appel à leur connaissance du ministère. Les conseils que donnent les avocats sur des matières non liées à la relation avocat-client ne sont pas protégés.

(Voir aussi *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault*, [1989] R.J.Q. 229 (C.A.), p. 231.)

Cependant, si important que soit le secret professionnel, il connaît des limites. Tout n'est pas nécessairement confidentiel lorsqu'un avocat est entré en rapport avec un client. Par ailleurs, les exigences d'autres valeurs ou le souci d'intérêts concurrents imposeront parfois la divulgation d'informations confidentielles, comme le prévoit d'ailleurs l'art. 9 de la *Charte québécoise* (voir *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 51; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 34, le juge Major).

Le présent appel n'exige pas l'examen des conflits potentiels entre l'obligation de confidentialité et l'exercice de droits concurrents. À part le problème accessoire de la renonciation, les questions en jeu se limitent à l'identification du contenu de l'obligation de confidentialité et surtout à la détermination des méthodes pour le définir et donner effet par la suite à l'immunité de divulgation judiciaire. Même dans ces limites, le problème demeure délicat et complexe en pratique. En effet, il serait inexact de tenter de réduire le contenu de l'obligation de confidentialité à celui de l'opinion, de l'avis ou du conseil donné par l'avocat à son client. S'il s'agit souvent

37

38

occasions, the main goal in creating a professional relationship with a lawyer, it is often the case that this relationship can also entail some highly diverse activities, such as representing clients before various tribunals or administrative bodies, negotiating or drawing up contracts, preparing reports, filling out various forms and having discussions with members of governing bodies of public entities or private corporations. In the course of carrying out these mandates, lawyers receive and send out a wide range of information. Some of these activities, such as the filing of pleadings or representing a client in court, pose few difficulties because of their public nature. However, when the professional relationship arises out of a complex and prolonged mandate, as in the case at bar, the limits of the scope of application of the obligation of confidentiality can sometimes only be arrived at after the court has taken a close look at the relationship between the parties, including the nature and context of the professional services rendered.

39 Despite the intense nature of the obligation of confidentiality and the importance of professional secrecy, not all facts and events that lawyers deal with in the execution of their mandates are covered by professional secrecy, nor does the legal institution of professional secrecy exempt lawyers from testifying about facts involving their clients in all situations. To illustrate, let us take the case of a lawyer who holds discussions with a client while riding as a passenger in the client's car. In the event of an accident, the lawyer would not be competent to testify about the opinion he or she was giving the client at the time of the incident, but could be forced to answer questions regarding whether the car was travelling above the speed limit. We must use an analytical method that upholds professional secrecy while allowing us to resolve difficulties of this sort.

40 It is unrealistic to expect that we could set absolutely clear and simple rules and tests that would leave trial courts with no margin of uncertainty or individual discretion in such matters. Solutions will vary and must be tailored to the circumstances of a case. In the case of an individual professional act, the person claiming professional secrecy would without doubt need only simple or summary

de l'objectif principal de la création de la relation professionnelle, il arrive aussi que celle-ci implique des actes très diversifiés de représentation devant des tribunaux ou des organismes variés, des négociations ou des rédactions de contrats, de rapports ou de formulaires divers ou des discussions avec les membres des organismes dirigeants de corps publics ou de sociétés commerciales. Au cours de l'exécution de ces mandats, l'avocat reçoit et transmet des informations diverses. Certaines de ces activités ne soulèvent aucune difficulté en raison de leur caractère public, comme le dépôt d'actes de procédure ou les actes de représentation devant un tribunal. Cependant, lorsque la relation professionnelle découle d'un mandat complexe, à exécution prolongée, comme dans le présent dossier, la délimitation de l'aire d'application de l'obligation de confidentialité exige du tribunal une analyse parfois poussée des rapports entre les parties, comme de la nature et du contexte des services professionnels rendus.

En effet, en dépit de l'intensité de l'obligation de confidentialité et de l'importance du secret professionnel, celui-ci ne couvre pas nécessairement tous les faits ou tous les événements que constate l'avocat au cours de l'exécution de son mandat. Le régime juridique du secret professionnel ne le dispense pas non plus en toutes circonstances de témoigner sur des faits impliquant ses clients. Passager dans une automobile en discussion avec son client, il ne serait pas admissible à témoigner sur l'opinion qu'il lui donnait alors, mais pourrait être forcé de rendre témoignage sur l'excès de vitesse qui aurait provoqué une collision. On doit alors rechercher une méthode d'analyse respectueuse du secret professionnel qui permette de résoudre ce genre de difficultés.

On rêverait sans doute vainement de règles et de techniques absolument claires et simples, qui ne laisseraient jamais place à une marge d'incertitude, ni de jugement prudentiel de la part des tribunaux de première instance. Les solutions varient en fonction des circonstances. Ainsi, dans le cas d'un acte professionnel ponctuel, une preuve simple ou sommaire suffirait sans doute au titulaire du secret

evidence to show the confidentiality of the information sought and his or her right to immunity from disclosure. The burden of proof can thus be placed on the professional without compromising the exercise and integrity of the institution.

In the case of complicated and prolonged mandates, the obligation of justifying each case as one where confidentiality and, by extension, immunity from judicial disclosure apply is poorly adapted to the nature of professional relationships and the safeguards required to maintain secrecy in an effective manner. In a case such as the one before this Court, the client and lawyer would be expected to dissect all facets of their relationship in order to characterize them and consequently invoke immunity from disclosing some elements, but not others (*Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Legault, supra*, at p. 231). Proceeding in this manner multiplies the risks of disclosing confidential information and further weakens professional secrecy, an institution that the legislature and the courts have afforded strong and generous protection (*Poulin v. Prat*, [1994] R.D.J. 301 (C.A.), at p. 307; *McClure, supra*, at para. 33).

In such cases, a different method would be preferable. It would be enough to have the party invoking professional secrecy establish that a general mandate had been given to a lawyer for the purpose of obtaining a range of services generally expected of a lawyer in his or her professional capacity. At this stage, there would be a presumption of fact, albeit a rebuttable one, to the effect that all communications between client and lawyer and the information they shared would be considered *prima facie* confidential in nature. Although the case concerned a different field of law, namely criminal procedure, this Court recommended an analogous method in the initial steps of the examination of difficulties arising out of potential conflicts between solicitor-client privilege in the common law and the need to protect the presumption of innocence (*McClure, supra*, at paras. 46-51). The opposing party would then have to give a specific indication of the nature of the information sought and show that it is subject neither to the obligation of confidentiality nor

professionnel pour établir la confidentialité des informations recherchées et son droit à une immunité de divulgation. La charge de la preuve paraît alors pouvoir lui être imposée sans compromettre le fonctionnement et l'intégrité de l'institution.

Dans le cas des mandats complexes et à exécution prolongée, l'imposition d'une obligation de justifier de chaque cas d'application de la confidentialité, puis de l'application de l'immunité de divulgation judiciaire paraît mal adaptée à la fois à la nature des rapports professionnels et aux exigences d'une protection efficace du secret. Dans un cas comme celui que nous examinons, il faudrait obliger le client et son avocat à tenter de disséquer l'ensemble des éléments de leur relation pour réussir à les qualifier et à invoquer ensuite l'immunité de divulgation à l'égard de certains éléments et non à l'égard d'autres (*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault*, précité, p. 231). Une telle démarche multiplierait les risques de divulgation d'informations confidentielles et affaiblirait d'autant un secret professionnel auquel le législateur et la jurisprudence ont voulu assurer une protection forte et généreuse (*Poulin c. Prat*, [1994] R.D.J. 301 (C.A.), p. 307; *McClure*, précité, par. 33).

En pareil cas, une méthode différente paraît préférable. Il suffirait d'exiger de la partie désireuse d'invoquer le secret professionnel qu'elle établisse qu'un mandat général a été confié à un avocat pour rendre une gamme de services que l'on attend en général de lui, en sa qualité professionnelle. À cette étape, s'appliquerait une présomption de fait, réfutable toutefois, selon laquelle l'ensemble des communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle. Bien qu'il se soit agi d'un domaine différent, soit la procédure pénale, notre Cour a d'ailleurs recommandé une méthode analogue aux étapes initiales de l'examen des difficultés causées par les conflits potentiels entre le privilège de l'avocat en common law et le souci de sauvegarder la présomption d'innocence (*McClure*, précité, par. 46-51). Il appartiendrait à la partie adverse de préciser la nature des informations qu'elle recherche et de justifier qu'elles ne sont soumises ni à l'obligation de confidentialité, ni à l'immunité de divulgation, ou

41

42

to immunity from disclosure, or that this is a case where the law authorizes disclosure notwithstanding professional secrecy. This method would have procedural consequences. The opposing party would be obliged to ask precise and limited questions about the information sought. This sort of question would better take into account the sensitive nature of any line of questioning regarding professional relationships between clients and lawyers and the need to minimize violations of professional secrecy. This would prevent “fishing expeditions” in which lawyers, through the files they handle and reports they prepare for their clients, are used as a source of information for building cases against their own clients. One would also hope that every effort would first be made to obtain the information from available sources other than lawyers. A sound judicial policy, mindful of the social importance of lawyers’ professional secrecy and the need to protect it, should certainly not attempt to facilitate this sort of questioning, but rather restrain it as much as possible.

43

Having laid down these principles, I now turn to an examination of Foster’s questions in their reworked and clarified form. Despite the preliminary nature of the questions, their initial, overly general form could easily raise serious concerns about the potential for massive violations of professional secrecy. They inevitably provoked the appellant’s total and uncompromising, yet in the circumstances of the case completely understandable, opposition. However, now that questions 4, 8, 20 and 23(A) have been reformulated by counsel for Foster, they aim solely to obtain information about two specific facts: the identity of the project submitted to the regulatory approval process and the status of that process. In both cases, this sort of information does not engage an obligation of confidentiality on the part of the lawyer, and the disclosure of this information is not prohibited. As the Court of Appeal concluded, these questions could, within the limits of the new formulation given to them by counsel for the respondent, be asked in the context of discovery. Any problems raised by or subsequent questions stemming from the answers to these questions could be dealt with by the trial judge.

qu’il s’agit d’un cas où la loi autoriserait la divulgation en dépit de l’existence du secret professionnel. Cette méthode aurait des conséquences procédurales. Elle obligerait la partie à poser des questions précises et limitées sur les informations recherchées. Ce type de question prendrait mieux en compte la sensibilité de tout interrogatoire sur les relations professionnelles entre un client et son avocat et la nécessité de minimiser les atteintes au secret professionnel liant ce dernier. Elle éviterait les « expéditions de pêche » qui chercheraient à utiliser l’avocat comme source d’information contre son client, à partir des dossiers qu’il tient pour lui et des rapports qu’il est appelé à lui faire. On peut aussi espérer que l’on chercherait d’abord à obtenir les informations disponibles d’autres sources que les avocats. Une bonne politique judiciaire, consciente de l’importance sociale du secret professionnel de l’avocat et de la nécessité de sa protection, ne doit certes pas chercher à faciliter ce type d’interrogatoires, mais plutôt à les restreindre autant que faire se peut.

Ces principes posés, je passerai maintenant à l’examen des questions de Foster, telles qu’elles ont été remaniées et précisées. Leur forme initiale, trop générale, en dépit de leur caractère préliminaire, pouvait facilement provoquer des craintes sérieuses de violations massives du secret professionnel. Elles ont inévitablement provoqué de la part de l’appelante une contestation totale et rigide, mais fort compréhensible dans le contexte de ce dossier. Toutefois, telles qu’elles ont été maintenant précisées par les avocats de Foster, les questions 4, 8, 20 et 23A) visent seulement à obtenir des informations sur deux faits précis, l’identité du projet soumis à la procédure d’approbation réglementaire et l’état de cette procédure. Dans les deux cas, ce type d’information ne relève pas de l’obligation de confidentialité de l’avocat, et leur divulgation n’est pas interdite. Comme l’a conclu la Cour d’appel, mais dans les limites de leur nouvelle formulation par les procureurs de l’intimée, ces questions pouvaient être posées dans le cadre des interrogatoires préalables. Toute difficulté que poseraient les réponses à ces questions et les nouvelles questions qui en découleraient devront être réglées par le juge de première instance.

B. *Production of Documents*

A problem remains concerning questions 19 and 23(B). These questions seek the production of various documents. The City maintains its objection to these questions, claiming that the documents sought are confidential. Many of these documents are alleged to be covered by an immunity from disclosure, which in Quebec civil law is roughly equivalent to the common law's litigation privilege. This privilege protects documents prepared by a lawyer for the purposes of contemplated or ongoing litigation. Although originating in the common law, litigation privilege is now being absorbed into the Quebec civil law concept of professional secrecy. In Quebec's law of evidence in civil matters, these documents are effectively treated as being confidential and protected by an immunity from disclosure (see Royer, *supra*, at p. 868; *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James v. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637 (C.A.), at pp. 645 and 653).

The trial judge rejected the objection. The Court of Appeal allowed the appeal in part on this point and ordered the Superior Court to examine the documents before ruling on whether immunity from judicial disclosure should be accorded.

The City was unhappy with this part of the Court of Appeal's decision, as the City still wished to prohibit the production of documents it claimed to be covered by professional secrecy. The City opposed even allowing the trial court to examine these documents.

The City's attitude is without doubt motivated by a cautious tactical strategy which seeks to avoid allowing the trial judge to be influenced by the content of documents the City alleges are inadmissible. These concerns, while common, are unjustified. We must remember that every day judges must rule on the admissibility of evidence that they must inspect or hear before excluding, and that this duty is an indispensable part of their role in the conduct of civil or criminal trials. Judges understand that they must disregard any evidence that they deem inadmissible and base their judgments solely on the evidence entered into the court record. Seen in this light, the

B. *La production de documents*

Une difficulté subsiste quant aux questions 19 et 23B). Ces questions demandent la production de divers documents. La Ville y fait toujours objection. Elle soutient qu'elles visent des documents confidentiels. Nombre de ceux-ci seraient couverts par une immunité de divulgation qui, en droit québécois, correspondrait au « *litigation privilege* » de common law. Ce « privilège » vise à protéger les documents préparés pour un avocat dans la perspective d'un procès appréhendé ou en cours. Provenant de la common law, ce privilège tend maintenant, en droit québécois, à être absorbé dans l'institution du secret professionnel. En effet, en droit de la preuve civile du Québec, ces documents sont considérés comme confidentiels et protégés par une immunité de divulgation (voir Royer, *op. cit.*, p. 868; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637 (C.A.), p. 645 et 653).

Le juge de première instance avait rejeté l'objection. La Cour d'appel a accueilli en partie le pourvoi sur ce point, pour ordonner que la Cour supérieure examine les documents avant de statuer sur l'application de l'immunité de divulgation judiciaire.

Cette partie de l'arrêt de la Cour d'appel n'a pas satisfait la Ville qui demande toujours d'interdire la production des documents, qu'elle affirme toujours visés par le secret professionnel. Elle s'oppose même à ce que le tribunal de première instance en prenne connaissance.

Une pareille attitude s'explique sans doute par un souci de prudence tactique, qui veut éviter que le juge du procès soit influencé par le contenu de documents que l'on estime inadmissibles. Sans doutes fréquentes, ces inquiétudes ne se justifient pas. Il faut se souvenir que, quotidiennement, les juges doivent se prononcer sur la recevabilité d'éléments de preuve qu'ils doivent examiner ou entendre avant de les écarter et que cette fonction constitue une part indispensable de leur rôle dans la conduite des procès civils ou criminels. Ils savent qu'ils doivent oublier les éléments de preuve qu'ils ont jugés inadmissibles et ne rendre jugement que

44

45

46

47

appellant's argument would have us ask judges not to carry out one of their core functions in the consideration of evidence, based on the unverified and unverifiable statement of the appellant's counsel. I would very much like to take the appellant's counsel at their word and trust in their oath of office, but the courts do not even have at their disposal a sworn statement identifying the documents in dispute and giving a summary of the nature of their content and of the reasons for objecting to their production. In these circumstances, the City is asking the courts to abdicate their traditional role of ruling on the admissibility and relevance of evidence that is always accorded them, with certain exceptions, under the applicable law of evidence in Canada. The fate of these objections cannot be decided on the mere basis of one party's unilateral declaration. The judge must carry out the function of verifying these documents, as the Court of Appeal rightly decided (see *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); *Lab Chrysotile Inc. v. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641 (C.A.)). After examining the documents, the judge may rule on the admissibility of the request for access. It is also worth noting that the rules of practice in some provinces expressly recognize this critical component of judges' duties (see Rule 30.04(6) of the *Rules of Civil Procedure* of Ontario, R.R.O. 1990, Reg. 194; Rule 31.04(4) of the *Rules of Court* of New Brunswick).

C. Waiver of Confidentiality

Before I conclude, despite the rejection of the City's objections, I believe it would still be useful to comment on one of the reasons given by the Court of Appeal for allowing the questions about the December 2, 1995 meeting of the SIGED. The Court of Appeal's conclusions on this point could affect the conduct of the parties' examinations on discovery, if not the evidence at trial. The Court ruled that the mere presence of a professional facilitator hired for the purpose of chairing that meeting implied a waiver of professional secrecy, given that a third party attended the meeting in question.

sur la base de la preuve reçue au dossier du tribunal. Dans cette optique, la proposition avancée par l'appelante invite le juge à ne pas exercer une de ses fonctions centrales dans l'examen de la preuve pour s'en remettre à l'affirmation invérifiée et invérifiable des avocats de l'appelante. Je veux bien croire à leur bonne foi et me fier à leur serment d'office, mais il demeure que les tribunaux n'ont même pas eu à leur disposition une déclaration assermentée qui identifierait les documents en litige et décrirait sommairement leur nature et celle de l'objection à leur production. Dans un tel contexte, la prétention de la Ville demande aux tribunaux d'abdiquer la fonction traditionnelle de décider de l'admissibilité et de la pertinence des éléments de preuve, que leur laisse toujours, sauf exceptions, le droit de la preuve applicable au Canada. Ces objections ne peuvent être tranchées sur la seule déclaration unilatérale d'une partie. Le juge doit effectuer son travail de vérification, comme l'a décidé à bon droit la Cour d'appel (voir *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); *Lab Chrysotile Inc. c. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641 (C.A.)). Après cet examen, il statuera sur la recevabilité de cette demande de communication de documents. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les règles de pratique de certaines provinces reconnaissent explicitement l'existence de cette fonction nécessaire du juge (voir par. 30.04(6) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194; règle 31.04(4) des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick).

C. La renonciation à la confidentialité

Avant de conclure, malgré le rejet des objections de la Ville, quelques commentaires semblent toujours utiles à l'égard de l'un des motifs retenus par la Cour d'appel afin d'admettre la recevabilité des questions posées au sujet de l'assemblée du 2 décembre 1995 de la SIGED. Ses conclusions sur ce point paraissent susceptibles d'affecter la conduite des interrogatoires préalables des parties, sinon la preuve au procès. En effet, le jugement dont l'appel a conclu que la seule présence d'une animatrice professionnelle, engagée comme présidente d'assemblée pour cette réunion, impliquait une renonciation au secret professionnel, puisqu'une tierce personne assistait ainsi à la réunion en question.

This conclusion is incorrect, given the circumstances of this case. The meeting was held with a view to maintaining confidentiality. The intensity of the political conflict within the municipal body prevented the chair from carrying out his duties. To maintain order at the meeting in every aspect, including with respect to the reports to be tabled by public servants or lawyers, the Régie had hired an independent person to moderate the proceedings as if she were the Chair. The presence of this facilitator was not only helpful but necessary. Under these conditions, the facilitator's presence did not imply a waiver of professional secrecy (*Pfieffer et Pfieffer Inc. v. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1 (C.A.), at pp. 6 and 8). The facilitator was a temporary participant in the organization and its deliberations, performing a function necessary for its effective operation. The meeting still took place *in camera*, with a view to maintaining the confidentiality that was so critical to the participants' discussions, despite the presence of opposing factions within the organization and divergent views on the desirability and the execution of the project in question. The nature of the meeting and the discussions remained the same. In these circumstances, we cannot infer from this procedure an implied waiver of professional secrecy with regard to communications made by the lawyers who took part in the meeting in the capacity of legal advisers of the SIGED and the Régie.

VII. Conclusion

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Barreau du Québec: Shadley Battista, Montréal.

Cette conclusion est erronée dans les circonstances de cette affaire. En effet, cette réunion a été tenue dans une perspective de maintien de la confidentialité. L'intensité du conflit politique au sein de l'organisme municipal empêchait le président d'assemblée de remplir ses fonctions. Pour assurer le bon ordre de la réunion, sous tous ses aspects, y compris quant aux rapports qui devaient être présentés par des fonctionnaires ou des avocats, la Régie avait engagé une personne indépendante que l'on avait chargée de diriger les débats comme si elle avait été la présidente. La présence de cette animatrice était non seulement utile, mais même nécessaire pour l'assemblée. Dans ces conditions, sa présence n'impliquait aucune renonciation au secret professionnel (*Pfieffer et Pfieffer Inc. c. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1 (C.A.), p. 6 et 8). L'animatrice s'intégrait temporairement dans l'organisme et sa procédure de délibération, pour remplir une fonction nécessaire à la bonne marche de celle-ci. Cette rencontre restait à huis clos, toujours dans une perspective de confidentialité indispensable des échanges entre les intervenants, malgré la présence de factions opposées à l'intérieur de l'organisme et de perceptions divergentes sur l'opportunité et la réalisation du projet en cause. La nature de l'assemblée et de la discussion demeurait la même. Dans ces circonstances, l'on ne pouvait induire de cette procédure une renonciation au secret professionnel à l'égard des communications faites par les avocats qui participaient à la rencontre, en qualité de conseillers juridiques de la SIGED et de la Régie.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Shadley Battista, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Grondin Poudrier Bernier, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Grondin Poudrier Bernier, Québec.