

**Karine Lizotte, in her capacity as assistant  
syndic of the Chambre de l'assurance  
de dommages** *Appellante*

v.

**Aviva Insurance Company of Canada  
and Traders General Insurance  
Company** *Respondents*

and

**Canadian Bar Association,  
Advocates' Society and  
Barreau du Québec** *Intervenors*

**INDEXED AS: LIZOTTE v. AVIVA INSURANCE  
COMPANY OF CANADA**

**2016 SCC 52**

File No.: 36373.

2016: March 24; 2016: November 25.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté  
and Brown JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Law of professions — Ethics — Powers of investigation of syndic — Production of documents — Litigation privilege — Inquiry by syndic of Chambre de l'assurance de dommages into conduct of claims adjuster — Whether statutory provision creating obligation to produce “any . . . document” at request of syndic can be interpreted as abrogating litigation privilege — Act respecting the distribution of financial products and services, CQLR, c. D-9.2, s. 337.*

In the course of an inquiry into a claims adjuster, the assistant syndic of the Chambre de l'assurance de dommages (the “syndic”) asked insurer A to send her a complete copy of its claim file with respect to one of its insured. The syndic based this request on s. 337 of the *Act respecting the distribution of financial products and services* (“*ADFPS*”). In response, the insurer produced a number of documents, but explained that it had withheld some on the basis that they were covered either by

**Karine Lizotte, ès qualités de syndic  
adjoint de la Chambre de l'assurance  
de dommages** *Appelante*

c.

**Aviva, Compagnie d'assurance du Canada  
et Compagnie d'assurance traders  
générale** *Intimées*

et

**Association du Barreau canadien,  
Advocates' Society et  
Barreau du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : LIZOTTE c. AVIVA, COMPAGNIE  
D'ASSURANCE DU CANADA**

**2016 CSC 52**

N° du greffe : 36373.

2016 : 24 mars; 2016 : 25 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon,  
Côté et Brown.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit des professions — Déontologie — Pouvoirs d'enquête du syndic — Production de documents — Privilège relatif au litige — Enquête du syndic de la Chambre de l'assurance de dommages sur la conduite d'un expert en sinistre — Une disposition législative prévoyant l'obligation de fournir « tout document » à la demande du syndic peut-elle être interprétée comme écartant le privilège relatif au litige? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, RLRQ, c. D-9.2, art. 337.*

Dans le cadre d'une enquête sur un expert en sinistre, la syndique adjointe de la Chambre de l'assurance de dommages (la « syndique ») demande à l'assureur A de lui communiquer une copie complète de son dossier de réclamation relatif à une de ses assurées. La syndique s'appuie à cette fin sur l'art. 337 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* (« *LDPSF* »). En réponse, l'assureur transmet plusieurs documents, mais explique en avoir retranché certains au motif que ceux-ci

solicitor-client privilege or by litigation privilege. The syndic responded to this refusal by filing a motion for a declaratory judgment.

At the hearing of the motion, the syndic conceded that solicitor-client privilege could be asserted against her and that the issue before the court was therefore limited to litigation privilege. She argued that s. 337 *ADFPS* was sufficient to lift the privilege, because it created an obligation to produce “any . . . document” concerning the activities of a representative whose professional conduct is being investigated by the Chambre de l’assurance de dommages. The Superior Court concluded that litigation privilege cannot be abrogated absent an express provision. The Court of Appeal upheld the Superior Court’s judgment, holding that even though litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, it is, to the same extent, a fundamentally important principle that cannot be overridden without express language.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Litigation privilege is a common law rule that gives rise to an immunity from disclosure for documents and communications whose dominant purpose is preparation for litigation. This privilege has sometimes been confused with solicitor-client privilege, both at common law and in Quebec law. However, since *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, it has been settled law that solicitor-client privilege and litigation privilege are distinct: the purpose of solicitor-client privilege is to protect a relationship, while that of litigation privilege is to ensure the efficacy of the adversarial process; solicitor-client privilege is permanent, whereas litigation privilege is temporary and lapses when the litigation ends; and, finally, litigation privilege applies to unrepresented parties and to non-confidential documents, and is not directed at communications between solicitors and clients as such.

The differences identified in *Blank* between solicitor-client privilege and litigation privilege have been adopted in Quebec law. Thus, despite certain common characteristics, litigation privilege has not been absorbed into, and does not constitute a component or subcategory of, the institution of professional secrecy.

Although litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, it is nevertheless a class privilege and gives rise to a presumption of inadmissibility for a class of communications, namely those whose dominant purpose is preparation for litigation. Thus, any document that meets the conditions for the application of litigation

sont visés soit par le secret professionnel de l’avocat, soit par le privilège relatif au litige. Devant ce refus, la syndique présente une requête en jugement déclaratoire.

En première instance, la syndique concède que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable, de sorte que la question à résoudre se limite au seul privilège relatif au litige. Elle soutient que l’art. 337 *LDPSF* suffit pour écarter ce privilège puisqu’il prévoit l’obligation de fournir « tout document » sur les activités d’un représentant soumis à la supervision déontologique de la Chambre de l’assurance de dommages. La Cour supérieure conclut que le privilège relatif au litige ne peut être abrogé que par une disposition expresse. La Cour d’appel confirme ce jugement. Elle statue que même si le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat, il s’agit d’une règle d’importance tout aussi fondamentale qui ne peut être écartée que par des termes exprès.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le privilège relatif au litige est une règle de common law qui crée une immunité de divulgation pour les documents et communications dont l’objet principal est la préparation d’un litige. Ce privilège a parfois été confondu avec le secret professionnel de l’avocat, tant en common law qu’en droit québécois. Toutefois, depuis l’arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, il est établi que le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige sont distincts : le secret professionnel de l’avocat vise à préserver une relation alors que le privilège relatif au litige vise à assurer l’efficacité du processus contradictoire; par ailleurs, le secret professionnel de l’avocat est permanent, tandis que le privilège relatif au litige est temporaire et s’éteint avec le litige; enfin, le privilège relatif au litige s’applique à des parties non représentées, couvre des documents non confidentiels et n’a pas pour cible les communications entre un avocat et son client en tant que telles.

Les distinctions posées dans l’arrêt *Blank* entre le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige ont été suivies en droit québécois. Ainsi, malgré certains traits communs, le privilège relatif au litige n’est pas absorbé dans l’institution du secret professionnel et n’en constitue pas une composante ou une sous-catégorie.

S’il se distingue du secret professionnel de l’avocat, le privilège relatif au litige constitue néanmoins un privilège générique et il fait naître une présomption d’inadmissibilité pour une catégorie de communications, soit celles dont l’objet principal est la préparation d’un litige. Ainsi, à moins que l’on soit dans un cas visé par une des

privilege will be protected by an immunity from disclosure unless the case is one to which one of the exceptions to that privilege applies.

Litigation privilege is subject to clearly defined exceptions, not to a case-by-case balancing test. In the context of privileges, the exercise of balancing competing interests is associated with case-by-case privileges, not class privileges. The exceptions that apply to solicitor-client privilege are all applicable to litigation privilege. These include the exceptions relating to public safety, to the innocence of the accused and to criminal communications. They also include the exception recognized in *Blank* for evidence of the claimant party's abuse of process or similar blameworthy conduct. Other exceptions may be identified in the future, but they will always be based on narrow classes that apply in specific circumstances.

Finally, litigation privilege can be asserted against third parties, including third party investigators who have a duty of confidentiality. It would not be appropriate to exclude third parties from the application of this privilege or to expose the privilege to the uncertainties of disciplinary and legal proceedings that could result in the disclosure of documents that would otherwise be protected. Any uncertainty in this regard could have a chilling effect on parties preparing for litigation, who may fear that documents otherwise covered by litigation privilege could be made public.

In this case, the litigation privilege invoked by the insurer can be asserted against the syndic, and none of the exceptions to its application justify lifting the privilege. Moreover, this privilege cannot be lifted by applying s. 337 *ADFPS*. There is a robust line of authority according to which a party should not be denied the right to claim litigation privilege without clear and explicit legislative language to that effect. It was the fundamental importance of that privilege that led the Court to require explicit language for its abrogation. There is no question that litigation privilege does not have the same status as solicitor-client privilege, and it is less absolute than the latter. Nonetheless, like solicitor-client privilege, litigation privilege is fundamental to the proper functioning of our legal system and is central to the adversarial system that Quebec shares with the other provinces. The parties' ability to confidently develop strategies knowing that they cannot be compelled to disclose them is essential to the effectiveness of the adversarial process. Litigation privilege cannot therefore be abrogated by inference, and clear,

exceptions au privilège relatif au litige, tout document satisfaisant aux conditions de son application sera couvert par une immunité de divulgation.

Le privilège relatif au litige est sujet à des exceptions clairement définies, et non à une mise en balance au cas par cas. En matière de privilège, la mise en balance des intérêts est le propre des privilèges reconnus au cas par cas, et non des privilèges génériques. Les exceptions au secret professionnel de l'avocat sont toutes applicables au privilège relatif au litige. Cela comprend les exceptions relatives à la sécurité publique, à l'innocence de l'accusé et aux communications de nature criminelle. S'y ajoute l'exception reconnue dans *Blank* pour la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui revendique le privilège relatif au litige. D'autres exceptions pourront être reconnues à l'avenir, mais toujours sur la base de catégories restreintes qui s'appliqueront dans des circonstances précises.

Finalement, le privilège relatif au litige est opposable aux tiers, y compris aux tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité. Il n'est pas souhaitable d'exclure les tiers de son application ou de l'exposer aux aléas de procédures disciplinaires et judiciaires qui pourraient mener à la divulgation de documents qui seraient autrement protégés. Laisser planer quelque incertitude à ce chapitre risquerait d'avoir un effet paralysant sur les parties se préparant à un litige en raison de la crainte que soient rendus publics des documents autrement couverts par le privilège relatif au litige.

En l'espèce, le privilège relatif au litige invoqué par l'assureur est opposable à la syndique et aucune des exceptions à son application ne justifie d'y passer outre. De plus, ce privilège ne peut être mis à l'écart par l'application de l'art. 337 *LDPSF*. Il existe en effet un solide courant de jurisprudence établissant qu'une partie ne devrait pas être privée du droit de revendiquer le privilège relatif au litige sans qu'un texte législatif clair et explicite ne le prévoit. C'est l'importance fondamentale de ce privilège qui mène la Cour à exiger des termes explicites pour sa mise à l'écart. Il est indénié que le privilège relatif au litige n'a pas le même statut que le secret professionnel de l'avocat, et il n'est pas aussi absolu que ce dernier. Il n'en reste pas moins que, comme le secret professionnel de l'avocat, le privilège relatif au litige est essentiel au bon fonctionnement du système de justice et il se situe au cœur du système accusatoire et contradictoire que le Québec partage avec les autres provinces. La capacité des parties d'élaborer leur stratégie en toute confiance et à l'abri d'une divulgation forcée est une condition

explicit and unequivocal language is required in order to lift it. However, s. 337 *ADFPS*, on which the syndic is relying, merely authorizes a request for the production of “any . . . document” without further precision. This is a general production provision that does not specifically indicate that the production must include records for which privilege is claimed. A provision that merely refers to the production of “any . . . document” does not contain sufficiently clear, explicit and unequivocal language to abrogate litigation privilege. It follows that the insurer was entitled to assert litigation privilege in this case and to refuse to provide the syndic with the documents that fall within the scope of that privilege.

### Cases Cited

**Applied:** *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; **referred to:** *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; *Desjardins Assurances générales inc. v. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501; *Canada (Procureur général) v. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552; *Informatique Côté, Coulombe inc. v. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262; *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance v. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340; *Imperial Tobacco Canada ltée v. Létourneau*, 2012 QCCA 2260; *Société d’énergie de la Baie James v. Groupe Aecon ltée*, 2011 QCCA 646; *Fournier Avocats inc. v. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *Compagnie d’assurances AIG du Canada v. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258; *Axa Assurances inc. v. Pageau*, 2009 QCCA 1494; *Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792; *College of Physicians and Surgeons of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185; *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186; *R. v. Brouillette* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350; *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; *R. v. Lanthier*, 2008 CanLII 13797; *Kennedy v. McKenzie* (2005), 17 C.P.C. (6th) 229; *R. v.*

*sine qua non* de l’efficacité du processus contradictoire. Ainsi, le privilège relatif au litige ne peut être supprimé par inférence et des termes clairs, explicites et non équivoques sont nécessaires pour l’écarter. Or, l’art. 337 *LDPSF* sur lequel s’appuie la syndique n’autorise que la demande de communication de « tout document », sans plus. Il s’agit d’une disposition générale relative à la production de documents qui ne précise pas clairement qu’elle s’applique aux documents à l’égard desquels est invoqué le privilège. Une disposition qui traite simplement de la communication de « tout document » ne contient pas de termes suffisamment clairs, explicites et non équivoques pour écarter le privilège relatif au litige. Il s’ensuit que l’assureur pouvait invoquer ici le privilège relatif au litige et refuser de fournir à la syndique les documents visés par celui-ci.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; **arrêts mentionnés :** *Société d’énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Lyell c. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81; *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l’É. 27; *Desjardins Assurances générales inc. c. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552; *Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262; *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Létourneau*, 2012 QCCA 2260; *Société d’énergie de la Baie James c. Groupe Aecon ltée*, 2011 QCCA 646; *Fournier Avocats inc. c. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *Compagnie d’assurances AIG du Canada c. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258; *Axa Assurances inc. c. Pageau*, 2009 QCCA 1494; *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792; *College of Physicians and Surgeons of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185; *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186; *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Opron Construction Co. c. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; *R. c. Lanthier*, 2008 CanLII 13797; *Kennedy c. McKenzie*

*Soomel*, 2003 BCSC 140; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Llewellyn v. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Davies v. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182; *D'Anjou v. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999; *Rodriguez v. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8; *Aherne v. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593; *Guay v. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342; *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario*, 2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125; *Slocan Forest Products Ltd. v. Trapper Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70; *TransAlta Corp. v. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32; *Privacy Commissioner of Canada v. Air Canada*, 2010 FC 429; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Privacy Commissioner of Canada*, 2010 FC 736; *Louch v. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8; *Ward v. Pasternak*, 2015 BCSC 1190.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 23.  
*Act respecting the distribution of financial products and services*, CQLR, c. D-9.2, ss. 284, 289, 312, 329, 337, 352, 353, 376.  
*Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 9.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 11.  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 12 [repl. 2010, c. 23, s. 83], 12.1.  
*Professional Code*, CQLR, c. C-26, ss. 14.3, 60.4, 142, 192.

### Authors Cited

Billingsley, Barbara. “‘Ingathered’ Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada: Does

(2005), 17 C.P.C. (6th) 229; *R. c. Soomel*, 2003 BCSC 140; *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Llewellyn c. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Davies c. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182; *D'Anjou c. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999; *Rodriguez c. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8; *Aherne c. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593; *Guay c. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342; *Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario*, 2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125; *Slocan Forest Products Ltd. c. Trapper Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70; *TransAlta Corp. c. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32; *Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Air Canada*, 2010 CF 429; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada*, 2010 CF 736; *Louch c. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8; *Ward c. Pasternak*, 2015 BCSC 1190.

### Lois et règlements cités

*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 9.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 11.  
*Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 14.3, 60.4, 142, 192.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1, art. 23.  
*Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2, art. 284, 289, 312, 329, 337, 352, 353, 376.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 12 [repl. 2010, c. 23, art. 83], 12.1.

### Doctrine et autres documents cités

Billingsley, Barbara. « ‘Ingathered’ Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada : Does

Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents?” (2014), 43 *Adv. Q.* 280.

Cardinal, Alain. “Quelques aspects modernes du secret professionnel de l’avocat” (1984), 44 *R. du B.* 237.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

*Halsbury’s Laws of Canada: Evidence*, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Sharpe, Robert J. “Claiming Privilege in the Discovery Process”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1984, 163.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Williams, Neil J. “Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada” (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Gagnon and St-Pierre JJ.A.), 2015 QCCA 152, [2015] AZ-51145074, [2015] J.Q. n° 383 (QL), 2015 CarswellQue 384 (WL Can.), setting aside in part a decision of Gagnon J., 2013 QCCS 6397, [2013] AZ-51031246, [2013] J.Q. n° 14254 (QL), 2013 CarswellQue 13283 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Claude G. Leduc and Olivier Charbonneau-Saulnier*, for the appellant.

*Éric Azran and Patrick Girard*, for the respondents.

*Mahmud Jamal, Alexandre Fallon and W. David Rankin*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Douglas C. Mitchell and Audrey Boctor*, for the intervener the Advocates’ Society.

*François LeBel, Jean-Benoît Pouliot and Sylvie Champagne*, for the intervener Barreau du Québec.

Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents? » (2014), 43 *Adv. Q.* 280.

Cardinal, Alain. « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l’avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

*Halsbury’s Laws of Canada : Evidence*, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Sharpe, Robert J. « Claiming Privilege in the Discovery Process », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition : Evidence*, Don Mills (Ont.), Richard De Boo, 1984, 163.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Williams, Neil J. « Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada » (1980), 58 *R. du B. can.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Bich, Gagnon et St-Pierre), 2015 QCCA 152, [2015] AZ-51145074, [2015] J.Q. n° 383 (QL), 2015 CarswellQue 384 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Gagnon, 2013 QCCS 6397, [2013] AZ-51031246, [2013] J.Q. n° 14254 (QL), 2013 CarswellQue 13283 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Claude G. Leduc et Olivier Charbonneau-Saulnier*, pour l’appelante.

*Éric Azran et Patrick Girard*, pour les intimées.

*Mahmud Jamal, Alexandre Fallon et W. David Rankin*, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

*Douglas C. Mitchell et Audrey Boctor*, pour l’intervenante Advocates’ Society.

*François LeBel, Jean-Benoît Pouliot et Sylvie Champagne*, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

GASCON J. —

### I. Overview

[1] Litigation privilege protects against the compulsory disclosure of communications and documents whose dominant purpose is preparation for litigation. Although it differs from the professional secrecy of lawyers (solicitor-client privilege) in several respects, the two concepts do overlap to some extent. Since *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, it has been settled law that any legislative provision capable of interfering with solicitor-client privilege must be read narrowly and that a legislature may not abrogate that privilege by inference, but may only do so using clear, explicit and unequivocal language. The issue in this appeal is whether this principle also applies to litigation privilege.

[2] In the course of an inquiry into a claims adjuster, the appellant, the assistant syndic (the “syndic”) of the Chambre de l’assurance de dommages (the “Chamber”), asked an insurer, the respondent Aviva Insurance Company of Canada, to send her a complete copy of its claim file with respect to one of its insured. Aviva refused to do so on the basis that some of the requested documents were protected by litigation privilege. In response to this refusal, the syndic filed a motion for a declaratory judgment, arguing that the relevant statutory provision created an obligation to produce “any . . . document” concerning the activities of a representative whose professional conduct is being investigated by the Chamber, and that this was sufficient to lift the privilege. In the syndic’s opinion, litigation privilege can be distinguished from solicitor-client privilege; it is less important and is not absolute, and should therefore be applied more flexibly.

[3] The Superior Court concluded that litigation privilege cannot be abrogated absent an express provision. The Court of Appeal upheld the Superior

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GASCON —

### I. Aperçu

[1] Le privilège relatif au litige protège contre la divulgation forcée de communications et de documents dont l’objet principal est la préparation d’un litige. S’il se distingue du secret professionnel de l’avocat à plusieurs égards, il en partage néanmoins certains traits communs. Depuis l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, il est acquis que toute disposition législative susceptible de porter atteinte au secret professionnel de l’avocat doit être interprétée restrictivement et qu’un législateur ne peut abroger ce secret par inférence, mais uniquement au moyen de termes clairs, explicites et non équivoques. Ce pourvoi soulève la question de savoir si cela s’étend également au privilège relatif au litige.

[2] Dans le cadre d’une enquête sur un expert en sinistre, l’appelante, la syndique adjointe de la Chambre de l’assurance de dommages (la « syndique »), a demandé à un assureur, l’intimée Aviva, Compagnie d’assurance du Canada, de lui communiquer une copie complète de son dossier de réclamation relatif à une de ses assurées. Aviva a refusé au motif que certains des documents requis étaient protégés par le privilège relatif au litige. Devant ce refus, la syndique a présenté une requête en jugement déclaratoire et soutenu que l’article de loi pertinent prévoit l’obligation de fournir « tout document » sur les activités d’un représentant soumis à la supervision déontologique de la Chambre, ce qui suffit pour écarter ce privilège. Pour la syndique, le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat; il est moins important et moins absolu et il doit donc être appliqué de façon plus souple.

[3] La Cour supérieure a conclu que le privilège relatif au litige ne peut être abrogé que par une disposition expresse. La Cour d’appel a confirmé ce

Court's judgment, holding that even though litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, it is, to the same extent, a fundamentally important principle that cannot be overridden without express language.

[4] I would dismiss the appeal. Although there are differences between solicitor-client privilege and litigation privilege, the latter is nonetheless a fundamental principle of the administration of justice that is central to the justice system both in Quebec and in the other provinces. It is a class privilege that exempts the communications and documents that fall within its scope from compulsory disclosure, except where one of the limited exceptions to non-disclosure applies.

[5] The requirements established in *Blood Tribe* apply to litigation privilege. Given its importance, this privilege cannot be abrogated by inference and cannot be lifted absent a clear, explicit and unequivocal provision to that effect. Because the section at issue provides only for the production of "any . . . document" without further precision, it does not have the effect of abrogating the privilege. It follows that Aviva was entitled to assert litigation privilege in this case and to refuse to provide the syndic with the documents that fall within the scope of that privilege.

## II. Background

[6] The Chamber is a self-regulatory organization established by s. 284 of the *Act respecting the distribution of financial products and services*, CQLR, c. D-9.2 ("*ADFPS*"). It is responsible for overseeing the professional conduct of a number of representatives working in the insurance field, including claims adjusters, damage insurance agents and damage insurance brokers (ss. 289 and 312 *ADFPS*). In this regard, the Chamber has a role similar to that of a professional order governed by the *Professional Code*, CQLR, c. C-26, although it is not such an order. Its "mission [is] to ensure the protection of the public by maintaining discipline among and supervising the training and ethics of its members" (s. 312 *ADFPS*). For this purpose, the

jugement. Elle a statué que même si le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l'avocat, il s'agit d'une règle d'importance tout aussi fondamentale qui ne peut être écartée que par des termes exprès.

[4] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Bien que des distinctions s'imposent entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige, ce dernier demeure une règle fondamentale pour l'administration de la justice qui se situe au cœur du système judiciaire, tant au Québec que dans les autres provinces. Il s'agit d'un privilège générique qui empêche la divulgation forcée des communications ou documents qu'il couvre, sauf si l'une des exceptions restreintes à leur non-divulgation s'applique.

[5] Les exigences posées dans l'arrêt *Blood Tribe* s'appliquent au privilège relatif au litige. Vu son importance, ce privilège ne peut être abrogé par inférence et ne peut être mis à l'écart que par une disposition claire, explicite et non équivoque à cet effet. Puisque la disposition en cause ne prévoit que la communication de « tout document » sans plus de précision, elle n'a pas pour effet d'écartier ce privilège. Il s'ensuit qu'Aviva pouvait invoquer ici le privilège relatif au litige et refuser de fournir à la syndique les documents visés par celui-ci.

## II. Contexte

[6] La Chambre est un organisme d'autoréglementation institué par l'art. 284 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2 (« *LDPSF* »). Elle est responsable de la supervision déontologique de plusieurs représentants œuvrant dans le domaine de l'assurance, dont les experts en sinistre, les agents en assurance de dommages et les courtiers en assurance de dommages (art. 289 et 312 *LDPSF*). Sous ce rapport, la Chambre remplit un rôle similaire à celui d'un ordre professionnel régi par le *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, bien qu'elle n'en soit pas un. Elle « a pour mission d'assurer la protection du public en maintenant la discipline et en veillant à la formation et à la déontologie de ses membres » (art. 312



syndic of the Chamber inquires into any offences under the *ADFPS* or its regulations (s. 329 *ADFPS*). She may bring a complaint against a representative before the Chamber's discipline committee, and the complaint may result in a fine (ss. 352, 353 and 376 *ADFPS*).

[7] In July 2008, a fire damaged the residence of a person insured by Aviva. Aviva assigned one of its claims adjusters, M.B., to investigate the claim. The syndic of the Chamber later received information to the effect that M.B. had made certain errors in managing the file. On January 24, 2011, the syndic opened an inquiry with respect to M.B. In the course of that inquiry, a member of the syndic's team sent Aviva a request for a [TRANSLATION] "complete copy of [its] file, both physical and electronic, for this claim", and for a list that would enable her "to identify the employees who worked on the file" (emphasis deleted). The syndic based this request on s. 337 *ADFPS*, which reads as follows:

**337.** Insurers, firms, independent partnerships and mutual fund dealers and scholarship plan dealers registered in accordance with Title V of the Securities Act (chapter V-1.1) must, at the request of a syndic, forward any required document or information concerning the activities of a representative.

[8] In response, Aviva produced a number of documents, but explained that it had withheld some on the basis that they were covered either by solicitor-client privilege or by litigation privilege. The syndic insisted, however, and made several subsequent requests for the complete claim file, explaining that she could not conduct her inquiry without it.

[9] On June 30, 2011, the insured person in question brought legal proceedings against Aviva to obtain compensation. While that action was still pending in court, the syndic applied in June 2012 for a declaratory judgment against Aviva in order to obtain the documents it sought. On June 26, 2013, Aviva and the insured person reached an out-of-court settlement, and on October 17, 2013, Aviva finally sent the syndic the entire file regarding the insured person's claim.

*LDPSF*). La syndique de la Chambre enquête à cette fin sur toute contravention à la *LDPSF* ou à ses règlements (art. 329 *LDPSF*). Elle peut déposer une plainte contre un représentant devant un comité de discipline de la Chambre, et cette plainte peut mener à une sanction (art. 352, 353 et 376 *LDPSF*).

[7] En juillet 2008, un incendie endommage la résidence d'une assurée d'Aviva. Cette dernière mandate alors un expert en sinistre à son emploi, M.B., pour enquêter sur le sinistre. Par la suite, la syndique de la Chambre reçoit une information reprochant certains manquements à M.B. dans sa gestion du dossier. Le 24 janvier 2011, la syndique ouvre une enquête sur M.B. Dans le cadre de cette enquête, un membre de l'équipe de la syndique transmet à Aviva une demande pour obtenir une « [c]opie complète de [son] dossier de réclamation, physique et informatique, pour ce sinistre », ainsi qu'une liste permettant « d'identifier les employés ayant traité ce dossier » (caractères gras omis). La syndique s'appuie à cette fin sur l'art. 337 *LDPSF* qui édicte :

**337.** Un assureur, un cabinet, une société autonome, ou un courtier en épargne collective ou en plans de bourses d'études inscrit conformément au titre V de la Loi sur les valeurs mobilières (chapitre V-1.1) doit, à la demande d'un syndic, lui transmettre tout document ou tout renseignement qu'il requiert sur les activités d'un représentant.

[8] En réponse, Aviva transmet plusieurs documents, mais explique en avoir retranché certains au motif que ceux-ci sont visés soit par le secret professionnel de l'avocat, soit par le privilège relatif au litige. La syndique insiste malgré tout et exige à plusieurs reprises la communication du dossier complet de réclamation, faute de quoi, dit-elle, elle ne peut poursuivre son enquête.

[9] Le 30 juin 2011, l'assurée concernée intente un recours judiciaire contre Aviva pour être indemnisée. Alors que ce recours est toujours pendant, la syndique entreprend en juin 2012 des procédures en jugement déclaratoire contre Aviva pour obtenir les documents recherchés. Le 26 juin 2013, un règlement hors cour intervient entre Aviva et son assurée, si bien que le 17 octobre 2013, Aviva transmet finalement à la syndique tout le dossier de réclamation concernant l'assurée.

[10] Although that settled the dispute between the parties with respect to the production of the required documents, the syndic nevertheless proceeded with her motion for a declaratory judgment. As agreed by the parties, that motion raised the following question:

[TRANSLATION] The parties agree that at the time when the ChaD (Chambre de l'assurance de dommages) made its request to the defendant on January 24, 2011, some of the documents included in the claim file of the insured person N.F. were not produced by the defendant on the basis of litigation privilege or of professional secrecy (solicitor-client privilege). Accordingly, was the defendant entitled to assert those privileges against the ChaD and to refuse on that basis to produce the documents covered by them?

[11] The Superior Court judge who heard the motion held that it raised a [TRANSLATION] “genuine problem”, because other insurers and claims adjusters had raised the same question in response to requests for documents from the Chamber’s syndics. At the hearing of the motion, the syndic conceded that solicitor-client privilege could be asserted against her and that the issue before the court was therefore limited to litigation privilege. As well, Aviva abandoned its argument that some of the requested documents did not relate to “the activities of a representative” within the meaning of s. 337 *ADFPS*. As a result, no facts were at issue before the motion judge.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court (2013 QCCS 6397)*

[12] The Superior Court ruled in Aviva’s favour. The motion judge began by observing that s. 9 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the “*Quebec Charter*”), grants quasi-constitutional protection to professional secrecy of lawyers, which is closely linked to [TRANSLATION] the “democratic values” (paras. 46 and 50-51 (CanLII)). Although claims adjusters are not bound to professional secrecy by law, counsel retained by a claims adjuster or an insurer is so bound (paras. 47-48). In *Blood Tribe*, it was held that an authority

[10] Même si cela règle le litige qui oppose les parties quant à la communication des documents requis, la syndique va néanmoins de l’avant avec sa requête en jugement déclaratoire. Du commun accord des parties, cette requête pose la question suivante :

Les parties admettent qu’au moment de la demande faite par la ChaD (Chambre de l’assurance de dommages) le 24 janvier 2011 auprès de la partie défenderesse que, parmi les documents composant le dossier de réclamation de l’assurée N.F., certains documents n’ont pas été communiqués par la partie défenderesse parce qu’ils sont visés soit par le privilège relatif au litige, soit par le secret professionnel (privilège avocat-client). Par conséquent, la partie défenderesse avait-elle le droit d’opposer ces privilèges à la ChaD et ainsi refuser de communiquer les documents couverts par ces privilèges?

[11] Le juge de la Cour supérieure saisi de l’affaire décide que la requête pose une « difficulté réelle », puisque d’autres assureurs et experts en sinistre ont soulevé la question en réponse à des demandes de documents de la part de syndics de la Chambre. À l’audience en première instance, la syndique concède que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable, de sorte que la question à résoudre se limite au seul privilège relatif au litige. Pour sa part, Aviva renonce à plaider que certains documents demandés ne portent pas sur « les activités d’un représentant » au sens de l’art. 337 *LDPSF*. Le débat devant le premier juge est ainsi exempt de toute composante factuelle.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec (2013 QCCS 6397)*

[12] La Cour supérieure donne raison à Aviva. Le juge rappelle d’abord que le secret professionnel de l’avocat bénéficie d’une protection quasi constitutionnelle à l’art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (la « *Charte québécoise* »), et est étroitement associé aux « valeurs démocratiques » (par. 46 et 50-51 (CanLII)). Bien que l’expert en sinistre ne soit pas tenu par la loi au secret professionnel, l’avocat mandaté par un expert en sinistre ou un assureur lui l’est (par. 47-48). L’arrêt *Blood Tribe* prévoit que la loi doit contenir des

may not “pierce” solicitor-client privilege absent express words in the applicable legislation. Because the *ADFPS* (and s. 337 thereof) contains no express abrogation of solicitor-client privilege, the latter may be asserted against the syndic (paras. 53-56).

[13] The motion judge then considered the syndic’s argument that litigation privilege can be distinguished from solicitor-client privilege, in particular in that it is not protected by s. 9 of the *Quebec Charter*. In the motion judge’s view, this argument represented a [TRANSLATION] “departure from the position taken by the Supreme Court in *Foster Wheeler*” (para. 63). In that case, LeBel J. had written that litigation privilege “is now being absorbed into the Quebec civil law concept of professional secrecy” (*Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456, at para. 44). The motion judge also noted that the Federal Court had held, in two cases originating in common law provinces, that the principles applicable to solicitor-client privilege in the context of the statute at issue in *Blood Tribe* (the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”)) also applied to litigation privilege (paras. 64-67).

[14] In light of the decision in *Foster Wheeler*, the motion judge considered himself bound to apply these principles to Quebec law and to find that, in the absence of express language, the *ADFPS* does not abrogate litigation privilege, which can therefore be asserted against the syndic (para. 68). He accordingly declared that both solicitor-client privilege and litigation privilege can be asserted against the syndic of the Chamber [TRANSLATION] “by anybody who receives a request for information” (para. 83).

#### B. *Quebec Court of Appeal (2015 QCCA 152)*

[15] The Court of Appeal upheld the judgment on the motion, concluding that litigation privilege could be asserted against the syndic. In its view, the syndic had been right to concede that solicitor-client privilege could be asserted against her, since the legislature is required to use express language to abrogate that privilege, which it had not done in

termes exprès pour qu’une autorité puisse y passer outre. Comme la *LDPSF* (et son art. 337) ne contient aucune dérogation expresse au secret professionnel de l’avocat, celui-ci est opposable à la syndique (par. 53-56).

[13] Le juge considère ensuite l’argument de la syndique selon lequel le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat, notamment en ce qu’il n’est pas protégé par l’art. 9 de la *Charte québécoise*. Pour le juge, cet argument « déroge de la position énoncée par la Cour suprême dans l’arrêt *Foster Wheeler* » (par. 63). Dans cet arrêt, le juge LeBel écrit que le privilège relatif au litige « tend maintenant, en droit québécois, à être absorbé dans l’institution du secret professionnel » (*Société d’énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 44). Le juge souligne en outre que, dans deux cas provenant de provinces de common law, la Cour fédérale décide que les principes applicables au secret professionnel de l’avocat dans le cadre de la loi en cause dans *Blood Tribe* (soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »)) valent aussi pour le privilège relatif au litige (par. 64-67).

[14] Compte tenu de l’arrêt *Foster Wheeler*, le juge s’estime tenu d’appliquer ces principes en droit québécois et de conclure que, à défaut de termes exprès, la *LDPSF* ne déroge pas au privilège relatif au litige qui demeure opposable à la syndique (par. 68). Le juge déclare par conséquent que tant le secret professionnel de l’avocat que le privilège relatif au litige sont opposables à la syndique de la Chambre « par toute personne visée par une demande d’enquête » (par. 83).

#### B. *Cour d’appel du Québec (2015 QCCA 152)*

[15] La Cour d’appel confirme le jugement de première instance et conclut que le privilège relatif au litige peut être opposé à la syndique. Pour la cour, la syndique a raison de concéder que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable, le législateur devant prévoir toute dérogation expressément, ce qui n’est pas le cas ici. La cour souligne d’ailleurs

this case. The court also noted that, by way of comparison, express language had been used in ss. 14.3, 60.4 and 192 of the *Professional Code* (which does not apply to claims adjusters) in the context of disciplinary inquiries (paras. 23 and 30 (CanLII)).

[16] Although solicitor-client privilege and litigation privilege must be viewed as being conceptually distinct, the Court of Appeal noted that in *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, this Court had written that the two rules “serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law” (para. 25, quoting *Blank*, at para. 31). As well, the Federal Court, the Ontario Court of Appeal and the Alberta Court of Appeal had held that litigation and/or settlement privilege cannot be abrogated without clear and explicit language (paras. 31-32). In the Court of Appeal’s view, the same reasoning applies to the instant case.

[17] The Court of Appeal added that this Court had also stated in *Blank* that the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, had been enacted in a context in which the term “solicitor-client privilege” was understood to include litigation privilege (para. 29). Yet the same context had also applied when the *ADFPS* was enacted in 1998, and when the legislature made amendments to that Act after *Blank* was decided, it did not add anything to abrogate solicitor-client privilege or litigation privilege even though it had done so in the *Professional Code* with respect to professional secrecy (para. 30). The Court of Appeal concluded from this that litigation privilege could be asserted against the syndic. The court allowed the appeal, but solely to amend the motion judge’s conclusion such that it would apply to [TRANSLATION] “the respondents” rather than to “any person” (para. 37).

#### IV. Issue

[18] In this Court, the syndic rightly admits that solicitor-client privilege can be asserted against her in the context of a request for documents relating to a claim file. The central issue of the appeal is therefore whether Aviva could also assert litigation privilege against the syndic in the same context. To

que, en comparaison, à ses art. 14.3, 60.4 et 192, le *Code des professions* (auquel les experts en sinistre ne sont pas assujettis) le fait expressément en ce qui concerne les enquêtes de nature disciplinaire (par. 23 et 30 (CanLII)).

[16] Bien qu’il faille distinguer conceptuellement le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige, la Cour d’appel retient que dans *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, notre Cour écrit que ces deux règles « servent une cause commune : l’administration sûre et efficace de la justice conformément au droit » (par. 25, citant *Blank*, par. 31). La Cour fédérale, la Cour d’appel de l’Ontario et la Cour d’appel de l’Alberta concluent aussi que le privilège relatif au litige et/ou le privilège relatif au règlement ne peuvent être écartés en l’absence d’un texte clair et explicite (par. 31-32). De l’avis de la Cour d’appel, ce raisonnement s’applique tout autant en l’espèce.

[17] La Cour d’appel ajoute que, dans *Blank*, notre Cour a de plus énoncé que la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, c. A-1, a été adoptée dans un contexte où les termes « secret professionnel » étaient perçus comme incluant également le privilège relatif au litige (par. 29). Or, ce contexte prévalait aussi lors de l’adoption de la *LDPSF* en 1998, et le législateur est intervenu pour modifier cette dernière après l’arrêt *Blank* sans rien y ajouter pour écarter le secret professionnel de l’avocat ou le privilège relatif au litige, ce qu’il a pourtant fait dans le *Code des professions* en ce qui a trait au secret professionnel (par. 30). La Cour d’appel en conclut que le privilège relatif au litige est opposable à la syndique. Elle accueille l’appel à la seule fin de modifier la conclusion du premier juge pour qu’elle porte sur « les défenderesses » et non sur « toute personne » (par. 37).

#### IV. Question en litige

[18] Devant nous, la syndique reconnaît à juste titre que le secret professionnel de l’avocat lui est opposable dans le contexte d’une demande de communication des documents se rapportant à un dossier d’indemnisation. La question au cœur du pourvoi est donc celle de savoir si Aviva pouvait tout autant

resolve it, I will have to determine whether litigation privilege may be abrogated using general rather than clear, explicit and unequivocal language and, accordingly, whether s. 337 *ADFPS* can be interpreted as establishing a valid abrogation of the privilege. Before doing so, however, I must first review the characteristics of litigation privilege.

## V. Analysis

### A. *Characteristics of Litigation Privilege*

[19] Litigation privilege gives rise to an immunity from disclosure for documents and communications whose dominant purpose is preparation for litigation. The classic examples of items to which this privilege applies are the lawyer's file and oral or written communications between a lawyer and third parties, such as witnesses or experts: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at pp. 1009-10.

[20] Litigation privilege is a common law rule of English origin: *Lyell v. Kennedy* (No. 2) (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.). It was introduced to Canada, including Quebec, in the 20th century as a privilege linked to solicitor-client privilege, which at the time was considered to be a rule of evidence that was necessary to ensure the proper conduct of trials: A. Cardinal, "Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat" (1984), 44 *R. du B.* 237, at pp. 266-67. In an oft-cited case, J. J. J. P. of the former Exchequer Court of Canada explained the purpose of litigation privilege, once known as the lawyer's brief rule, as follows:

Turning to the "lawyer's brief" rule, the reason for the rule is, obviously, that, under our adversary system of litigation, a lawyer's preparation of his client's case must not be inhibited by the possibility that the materials that he prepares can be taken out of his file and presented to the court in a manner other than that contemplated when they were prepared. What would aid in determining the truth when presented in the manner contemplated by the

opposer à la syndique le privilège relatif au litige dans ce même contexte. Pour y répondre, il faut déterminer si le privilège relatif au litige peut être abrogé par des termes d'acception générale plutôt que clairs, explicites et non équivoques et, en conséquence, si l'art. 337 *LDPSF* peut être interprété comme abrogeant valablement ce privilège. Avant de m'attarder à cette question, il importe que je cerne d'abord les caractéristiques du privilège relatif au litige.

## V. Analyse

### A. *Les caractéristiques du privilège relatif au litige*

[19] Le privilège relatif au litige crée une immunité de divulgation pour les documents et communications dont l'objet principal est la préparation d'un litige. Les exemples classiques d'éléments couverts par ce privilège sont le dossier de l'avocat et les communications verbales ou écrites entre un avocat et des tiers, par exemple des témoins ou des experts : J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1009-1010.

[20] Le privilège relatif au litige est une règle de common law d'origine anglaise : *Lyell c. Kennedy* (No. 2) (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.). Au cours du 20<sup>e</sup> siècle, cette règle a été introduite au Canada, y compris au Québec, comme un privilège lié au secret professionnel de l'avocat, alors considéré comme une règle de preuve nécessaire pour la bonne marche des procès : A. Cardinal, « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237, p. 266-267. Dans une décision souvent reprise, le Président J. J. J. P. de l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada, a décrit ainsi l'objet du privilège relatif au litige, connu à une certaine époque comme le principe applicable au dossier de l'avocat (« *lawyer's brief rule* ») :

[TRADUCTION] Pour en venir au principe applicable au « dossier de l'avocat », sa raison d'être tient évidemment à ce que, dans notre système judiciaire accusatoire, l'avocat ne doit pas être gêné dans la préparation de la cause de son client par la possibilité que les documents qu'il prépare soient retirés de son dossier et déposés devant le tribunal d'une manière autre que celle qu'il envisage. Les documents qui aideraient à mettre à jour la

solicitor who directed its preparation might well be used to create a distortion of the truth to the prejudice of the client when presented by someone adverse in interest who did not understand what gave rise to its preparation. If lawyers were entitled to dip into each other's briefs by means of the discovery process, the straightforward preparation of cases for trial would develop into a most unsatisfactory travesty of our present system. [Emphasis added.]

(*Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, at pp. 33-34)

[21] Because of these origins, litigation privilege has sometimes been confused with solicitor-client privilege, both at common law and in Quebec law: Royer and Lavallée, at pp. 1003-4; N. J. Williams, "Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada" (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 37-38.

[22] However, since *Blank* was rendered in 2006, it has been settled law that solicitor-client privilege and litigation privilege are distinguishable. In *Blank*, the Court stated that "[t]hey often co-exist and [that] one is sometimes mistakenly called by the other's name, but [that] they are not coterminous in space, time or meaning" (para. 1). It identified the following differences between them:

- The purpose of solicitor-client privilege is to protect a *relationship*, while that of litigation privilege is to ensure the efficacy of the adversarial *process* (para. 27);
- Solicitor-client privilege is permanent, whereas litigation privilege is temporary and lapses when the litigation ends (paras. 34 and 36);
- Litigation privilege applies to unrepresented parties, even where there is no need to protect access to legal services (para. 32);
- Litigation privilege applies to non-confidential documents (para. 28, quoting R. J. Sharpe, "Claiming Privilege in the Discovery Process",

vérité s'ils étaient présentés de la façon prévue par l'avocat qui en a dirigé la préparation pourraient fort bien servir à déformer la vérité au préjudice de son client s'ils étaient soumis par une partie aux intérêts opposés qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur préparation. Si les avocats pouvaient fouiller dans les dossiers les uns des autres au moyen du processus de la communication préalable, la simple préparation des dossiers pour l'instruction se transformerait en une regrettable parodie de notre système actuel. [Je souligne.]

(*Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 27, p. 33-34)

[21] En raison de ces origines, le privilège relatif au litige a parfois été confondu avec le secret professionnel de l'avocat, tant en common law qu'en droit québécois : Royer et Lavallée, p. 1003-1004; N. J. Williams, « Discovery of Civil Litigation Trial Preparation in Canada » (1980), 58 *R. du B. can.* 1, p. 37-38.

[22] Toutefois, depuis l'arrêt *Blank* rendu en 2006, il est établi que le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige se distinguent. Dans *Blank*, la Cour indique que « [c]es privilèges coexistent souvent et [qu']on utilise parfois à tort le nom de l'un pour désigner l'autre, mais [que] leur portée, leur durée et leur signification ne coïncident pas » (par. 1). La Cour identifie les distinctions suivantes qui existent entre les deux :

- Le secret professionnel de l'avocat vise à préserver une *relation* alors que le privilège relatif au litige vise à assurer l'efficacité du *processus* contradictoire (par. 27);
- Le secret professionnel est permanent, alors que le privilège relatif au litige est temporaire et s'éteint avec le litige (par. 34 et 36);
- Le privilège relatif au litige s'applique à des parties non représentées, alors même qu'il n'y a aucun besoin de protéger l'accès à des services juridiques (par. 32);
- Le privilège relatif au litige couvre des documents non confidentiels (par. 28, citant R. J. Sharpe, « Claiming Privilege in the Discovery

in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, at pp. 164-65);

- Litigation privilege is not directed at communications between solicitors and clients as such (para. 27).

[23] The Court also stated that litigation privilege, “unlike the solicitor-client privilege, is neither absolute in scope nor permanent in duration” (*Blank*, at para. 37). Moreover, the Court confirmed that only those documents whose “dominant purpose” is litigation (and not those for which litigation is a “substantial purpose”) are covered by the privilege (para. 60). It noted that the concept of “related litigation”, which concerns different proceedings that are brought after the litigation that gave rise to the privilege, may extend the privilege’s effect (paras. 38-41).

[24] While it is true that in *Blank*, the Court thus identified clear differences between litigation privilege and solicitor-client privilege, it also recognized that they have some characteristics in common. For instance, it noted that the two privileges “serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law” (para. 31). More specifically, litigation privilege serves that cause by “ensur[ing] the efficacy of the adversarial process” (para. 27) and maintaining a “protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate” (para. 40, quoting Sharpe, at p. 165).

[25] The differences identified in *Blank* between solicitor-client privilege and litigation privilege have been adopted in Quebec law: *Desjardins Assurances générales inc. v. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501, at para. 8 (CanLII); *Canada (Procureur général) v. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552, at para. 47 (CanLII); *Informatique Côté, Coulombe inc. v. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262, at para. 15 (CanLII); *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance v. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340, at paras. 23-24; *Imperial Tobacco Canada ltée v. Létourneau*, 2012 QCCA 2260, at paras. 7-8 (CanLII); *Société d’énergie de la Baie James v. Groupe*

Process », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, p. 164-165);

- Le privilège relatif au litige n’a pas pour cible les communications entre un avocat et son client en tant que telles (par. 27).

[23] La Cour précise également que le privilège relatif au litige, « contrairement au secret professionnel de l’avocat, n’est ni absolu quant à sa portée, ni illimité quant à sa durée » (*Blank*, par. 37). La Cour confirme en outre que seuls les documents dont « l’objet principal » (et non tous les documents dont un « objet important ») est la préparation du litige sont couverts par le privilège (par. 60). Elle note que la notion de « litige connexe », qui concerne un autre litige survenu après celui ayant donné lieu au privilège, peut prolonger l’application de celui-ci (par. 38-41).

[24] S’il est vrai que l’arrêt *Blank* établit ainsi des distinctions claires entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat, il leur reconnaît par contre certains traits communs. La Cour rappelle en effet que les deux privilèges « servent une cause commune : l’administration sûre et efficace de la justice conformément au droit » (par. 31). Plus particulièrement, le privilège relatif au litige sert cette cause en « assur[ant] l’efficacité du processus contradictoire » (par. 27) et en maintenant une « zone protégée destinée à faciliter, pour l’avocat, l’enquête et la préparation du dossier en vue de l’instruction contradictoire » (par. 40, citant Sharpe, p. 165).

[25] Les distinctions posées dans l’arrêt *Blank* entre le secret professionnel de l’avocat et le privilège relatif au litige ont été suivies en droit québécois : *Desjardins Assurances générales inc. c. Groupe Ledor inc., mutuelle d’assurances*, 2014 QCCA 1501, par. 8 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552, par. 47 (CanLII); *Informatique Côté, Coulombe inc. c. Groupe Son X Plus inc.*, 2012 QCCA 2262, par. 15 (CanLII); *Union canadienne (L’), compagnie d’assurance c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340, par. 23-24; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Létourneau*, 2012 QCCA 2260, par. 7-8 (CanLII); *Société d’énergie de la Baie James c. Groupe Aecon ltée*,

*Aecon ltée*, 2011 QCCA 646, at para. 14 (CanLII); *Fournier Avocats inc. v. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278, at para. 21 (CanLII). In light of *Blank* and the subsequent case law, the earlier *obiter dictum* of LeBel J. in *Foster Wheeler* on which the motion judge relied in the instant case (para. 63) must be placed in its proper context. In *Foster Wheeler*, LeBel J. wrote that litigation privilege “is now being absorbed into the Quebec civil law concept of professional secrecy” (para. 44). However, that observation referred to a tendency that is no longer representative of the state of the law in Quebec. Moreover, because litigation privilege applies, for example, to an unrepresented party without the involvement of a professional counsellor (*Blank*, at para. 27), it cannot be said, despite the common characteristics, that it has been absorbed into, or constitutes a component or subcategory of, the institution of professional secrecy.

[26] This being said, the syndic in the case at bar is relying on *Blank* and on the differences identified in it as the basis for three arguments that support her view that litigation privilege should be given a limited scope.

[27] First, she submits that litigation privilege is not a class privilege and that this distinguishes it from solicitor-client privilege, as it is intended not to protect a relationship, but solely to facilitate a process. Although taking care not to say that litigation privilege is essentially a [TRANSLATION] “case-by-case privilege”, she submits that it is nevertheless a “limited privilege that must yield where the ends of justice so require or where that is justified by an overriding public interest”.

[28] Next, the syndic argues that litigation privilege must be subjected to a balancing test. In her view, courts must in every case assess the harm that would result from the application of the privilege and consider the opposing interests in deciding whether it should apply. The very existence of the privilege thus depends on an analysis specific to a given situation rather than on the application of certain defined exceptions as is the case for solicitor-client privilege. The syndic considers that litigation

2011 QCCA 646, par. 14 (CanLII); *Fournier Avocats inc. c. Cinar Corp.*, 2010 QCCA 2278, par. 21 (CanLII). Aussi, compte tenu de l’arrêt *Blank* et de la jurisprudence qui l’a suivi, l’*obiter* antérieur du juge LeBel dans l’arrêt *Foster Wheeler* sur lequel s’est appuyé ici le premier juge (par. 63) doit être replacé dans son contexte. Dans cet arrêt, le juge LeBel écrivait que le privilège relatif au litige « tend maintenant, en droit québécois, à être absorbé dans l’institution du secret professionnel » (*Foster Wheeler*, par. 44). Or, ce constat renvoie à une tendance qui ne représente plus l’état du droit au Québec. D’ailleurs, puisque le privilège relatif au litige s’applique par exemple à une partie non représentée sans qu’un professionnel n’intervienne (*Blank*, par. 27), on ne peut, malgré certains traits communs, soutenir qu’il soit absorbé dans l’institution du secret professionnel ou qu’il en constitue une composante ou une sous-catégorie.

[26] Cela dit, en l’espèce, la syndique s’appuie sur l’arrêt *Blank* et les distinctions qu’il pose pour en tirer trois arguments sur la portée limitée qui, à ses yeux, devrait être accordée au privilège relatif au litige.

[27] Elle prétend d’abord que le privilège relatif au litige n’est pas un privilège générique. Il se distinguerait en cela du secret professionnel de l’avocat, car il ne viserait pas à protéger une relation, mais uniquement à faciliter un processus. Tout en se gardant d’affirmer que le privilège relatif au litige s’assimile à un « privilège reconnu au cas par cas », elle avance qu’il s’agit tout de même d’un « privilège limité qui doit céder le pas lorsque les fins de la justice le requièrent ou lorsqu’un intérêt public prépondérant le justifie ».

[28] La syndique plaide ensuite que le privilège relatif au litige doit être assujéti à un test de mise en balance (« *balancing test* »). Selon la syndique, les tribunaux devraient mesurer dans chaque cas le préjudice causé par l’application du privilège et considérer les intérêts s’y opposant afin de décider si ce dernier devrait s’appliquer. L’existence même du privilège dépendrait ainsi d’une analyse qui serait propre à chaque situation, et non de l’application de certaines exceptions circonscrites comme



privilege no longer reflects contemporary legal realities, which require more extensive co-operation in the courts, and that it should therefore be given a very narrow scope.

[29] Finally, the syndic submits that it should not be possible to assert the privilege against someone who is not a party to the litigation in question. The Court should even adopt a [TRANSLATION] “third party investigator exception”. In the syndic’s opinion, such an exception should apply in favour of anyone who:

[TRANSLATION] . . . (i) is not a party to the litigation that gave rise to the privilege and is therefore a “third party” to the litigation who has no interest in it; (ii) has investigative powers conferred by the legislature in relation to a function being performed in the public interest; (iii) requests the production of documents that are directly relevant to the fulfillment of that function; (iv) has a duty of confidentiality that bars him or her from disclosing the requested documents, directly or indirectly, to the opposing party in the litigation that gave rise to the privilege; and (v) is authorized to disclose the documents only in a forum that itself is obligated and has the ability to maintain their confidentiality for at least as long as the duration of the litigation that gave rise to the privilege (and any related litigation). [A.F., at para. 136]

[30] I note that this last argument goes well beyond the narrow issue of legislative abrogation of the privilege raised in this appeal. The proposed exception, which is based on a balancing test, could cause the privilege to be inapplicable even before that issue arises. In support of the exception, the syndic asserts that her oath of discretion and duty of confidentiality substantially limit, or even eliminate, any risk of harm. In short, in a situation like the one in this case, the very limited scope of litigation privilege means that it should yield given the importance of the syndic’s function of protecting the public.

[31] I find these three arguments to be without merit. Although litigation privilege is distinguishable from solicitor-client privilege, the fact remains that

cela prévaut pour le secret professionnel de l’avocat. Pour la syndique, le privilège relatif au litige ne correspond plus aux réalités juridiques contemporaines qui requièrent une coopération accrue en matière judiciaire. Partant, on devrait lui reconnaître une portée très restreinte.

[29] Enfin, la syndique soutient que ce privilège ne devrait pas pouvoir être invoqué contre des tiers qui ne sont pas parties au litige concerné. La Cour devrait même adopter une « exception d’inopposabilité à un tiers enquêteur ». Pour la syndique, une telle exception devrait bénéficier à toute personne qui :

. . . (i) n’est pas partie au litige ayant donné lieu au privilège et est donc un « tiers » à ce litige n’y ayant aucun intérêt (ii) dispose de pouvoirs d’enquêtes confiés par le législateur dans le cadre d’une mission d’intérêt public (iii) demande communication de documents directement pertinents à l’accomplissement de cette mission d’intérêt public (iv) a une obligation de confidentialité ayant pour effet de l’empêcher de divulguer les documents demandés, directement ou indirectement, à la partie adverse dans le litige ayant donné lieu au privilège (v) n’est autorisée à produire les documents que devant une instance ayant elle-même le devoir et les moyens de préserver la confidentialité des documents, et ce, au moins aussi longtemps que durera le litige ayant donné lieu au privilège (et les litiges connexes). [m.a., par. 136]

[30] Je note que ce dernier argument va bien au-delà de la simple question de l’abrogation législative du privilège que pose ce pourvoi. L’exception proposée, qui se base sur un test de mise en balance, pourrait rendre le privilège inapplicable avant même que ne se pose la question de sa mise à l’écart par la loi. Pour l’appuyer, la syndique fait valoir que son serment de discrétion et l’obligation de confidentialité qui lui incombe limitent considérablement, voire éliminent tout risque de préjudice. En somme, dans une situation comme celle qui prévaut en l’espèce, la portée très limitée du privilège relatif au litige devrait céder le pas devant l’importance de la mission de protection du public confiée à la syndique.

[31] J’estime ces trois arguments mal fondés. S’il se distingue du secret professionnel de l’avocat, le privilège relatif au litige demeure (1) un privilège

(1) it is a class privilege, (2) it is subject to clearly defined exceptions, not to a case-by-case balancing test, and (3) it can be asserted against third parties, including third party investigators who have a duty of confidentiality.

(1) Litigation Privilege Is a Class Privilege

[32] There are two types of privileges in our law: class privileges and case-by-case privileges. A class privilege entails a presumption of non-disclosure once the conditions for its application are met. It is “more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis”, which means that it “does not lend itself to the same extent to be tailored to fit the circumstances”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 46. On the other hand, “[t]he scope of [a] case-by-case privilege”, as the name suggests, “will depend, as does its very existence, on a case-by-case analysis, and may be total or partial” (*National Post*, at para. 52). The four “Wigmore criteria”, the last of which is a balancing of the interests at stake, are applied:

The “Wigmore criteria” consist of four elements which may be expressed for present purposes as follows. First, the communication must originate in a confidence that the identity of the informant will not be disclosed. Second, the confidence must be essential to the relationship in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good (“Sedulous[ly]” being defined . . . as “diligent[ly] . . . deliberately and consciously”). Finally, if all of these requirements are met, the court must consider whether in the instant case the public interest served by protecting the identity of the informant from disclosure outweighs the public interest in getting at the truth. . . .

The fourth Wigmore criterion does most of the work. Having established the value to the public of the relationship in question, the court must weigh against its protection any countervailing public interest such as the

générique, (2) sujet à des exceptions clairement définies, et non à une mise en balance au cas par cas, et (3) opposable aux tiers, y compris aux tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité.

(1) Le privilège relatif au litige est un privilège générique

[32] Notre droit reconnaît deux types de privilèges : les privilèges génériques et les privilèges reconnus au cas par cas. Un privilège générique comporte une présomption de non-divulgence une fois que ses conditions d’application sont établies. Il se veut « plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas », de sorte qu’il « n’est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l’adapter aux circonstances » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 46. À l’opposé, un « privilège reconnu au cas par cas », comme son nom l’indique, « peut être absolu ou partiel et sa portée dépend, comme son existence même, d’une analyse effectuée au cas par cas » (*National Post*, par. 52). On y applique le « test de Wigmore », composé de quatre volets, dont le dernier est un test de mise en balance des intérêts en cause :

Le test ou « critère de Wigmore » comporte quatre volets qui peuvent se résumer comme suit dans le contexte qui nous occupe. Premièrement, les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance que l’identité de l’informateur ne serait pas divulguée. Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l’intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adjectif qui évoque l’application constante et la persévérance [. . .] Enfin, si toutes ces exigences sont remplies, le tribunal doit déterminer si, dans l’affaire qui lui est soumise, l’intérêt public que l’on sert en soustrayant l’identité à la divulgation l’emporte sur l’intérêt public à la découverte de la vérité. . . .

C’est donc le quatrième volet du test de Wigmore qui sera le plus déterminant. Une fois établie l’importance pour le public des rapports en question, le tribunal doit mettre en balance la protection de ces rapports et tout

investigation of a particular crime (or national security, or public safety or some other public good). [paras. 53 and 58]

[33] In my opinion, litigation privilege is a class privilege. Once the conditions for its application are met, that is, once there is a document created for “the dominant purpose of litigation” (*Blank*, at para. 59) and the litigation in question or related litigation is pending “or may reasonably be apprehended” (para. 38), there is a “*prima facie* presumption of inadmissibility” in the sense intended by Lamer C.J. in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263:

The parties have tended to distinguish between two categories: a “blanket”, *prima facie*, common law, or “class” privilege on the one hand, and a “case-by-case” privilege on the other. The first four terms are used to refer to a privilege which was recognized at common law and one for which there is a *prima facie* presumption of inadmissibility (once it has been established that the relationship fits within the class) unless the party urging admission can show why the communications should not be privileged (i.e., why they should be admitted into evidence as an exception to the general rule). [Emphasis deleted; p. 286]

[34] From this perspective, litigation privilege is similar to settlement privilege and informer privilege, which the Court has already characterized as class privileges: *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623, at para. 12; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 22. Like them, litigation privilege has long been recognized by the courts and has been considered to entail a presumption of immunity from disclosure once the conditions for its application have been met: *Blank*, at paras. 59-60; *Compagnie d'assurances AIG du Canada v. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258, at paras. 4-8 (CanLII); *Groupe Ledor inc.*, at paras. 8-9; *St-Pierre*, at para. 41; *Axa Assurances inc. v. Pageau*, 2009 QCCA 1494, at para. 2 (CanLII); *Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792 (C.A.), at paras. 20-21; *College of Physicians and Surgeons of*

autre intérêt public opposé, comme la tenue d'une enquête sur un crime précis (ou la sécurité nationale, la sécurité publique ou une autre considération intéressant le bien collectif). [par. 53 et 58]

[33] À mon avis, le privilège relatif au litige se qualifie de privilège générique. Une fois établies les conditions de son application, c'est-à-dire une fois que l'on est en présence d'un document dont « l'objet principal [. . .] est la préparation du litige » (*Blank*, par. 59) et que ce litige ou un litige connexe est encore en cours « ou peut être raisonnablement appréhendé » (par. 38), il y a une « présomption à première vue d'inadmissibilité » au sens où l'entendait le juge en chef Lamer dans *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 :

Les parties ont eu tendance à établir une distinction entre deux catégories : un privilège *prima facie* « général » de common law ou un privilège « générique », d'une part, et un privilège « fondé sur les circonstances de chaque cas », d'autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilège qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l'admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d'exception à la règle générale). [Soulignement omis; p. 286]

[34] De ce point de vue, le privilège relatif au litige s'apparente au privilège relatif au règlement et au privilège de l'indicateur de police, que la Cour a déjà qualifié de privilèges génériques : *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623, par. 12; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 22. Comme ces derniers, il est reconnu par les tribunaux depuis longtemps et a été considéré comme comportant une présomption d'immunité de divulgation une fois qu'il est satisfait à ses conditions d'application : *Blank*, par. 59-60; *Compagnie d'assurances AIG du Canada c. Solmax International inc.*, 2016 QCCA 258, par. 4-8 (CanLII); *Groupe Ledor inc.*, par. 8-9; *St-Pierre*, par. 41; *Axa Assurances inc. c. Pageau*, 2009 QCCA 1494, par. 2 (CanLII); *Conceicao Farms Inc. c. Zeneca Corp.* (2006), 83 O.R. (3d) 792 (C.A.), par. 20-21; *College of Physicians and Surgeons of*

of *British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185, at paras. 31-33 and 72; *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186 (C.A.), at paras. 18-20; *R. v. Brouillette* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350 (Que. C.A.), at p. 368; *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.), at para. 5.

[35] Furthermore, several courts and authors have, although sometimes diverging on the basis for the privilege or the applicable criteria, explicitly concluded that litigation privilege is in fact a class privilege: *R. v. Lanthier*, 2008 CanLII 13797 (Ont. S.C.J.), at para. 6; *Kennedy v. McKenzie* (2005), 17 C.P.C. (6th) 229 (Ont. S.C.J.), at para. 22; *R. v. Soomel*, 2003 BCSC 140, at para. 76 (CanLII); H. C. Stewart, *Halsbury's Laws of Canada: Evidence* (2014 Reissue), at para. HEV-183; B. Billingsley, “‘Ingathered’ Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada: Does Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents?” (2014), 43 *Adv. Q.* 280, at pp. 283-85.

[36] Thus, although litigation privilege differs from solicitor-client privilege in that its purpose is to facilitate a process — the adversary process (*Blank*, at para. 28, quoting Sharpe, at paras. 164-65) — and not to protect a relationship, it is nevertheless a class privilege. It is recognized by the common law courts, and it gives rise to a presumption of inadmissibility for a class of communications, namely those whose dominant purpose is preparation for litigation (*Blank*, at para. 60).

[37] This means that any document that meets the conditions for the application of litigation privilege will be protected by an immunity from disclosure unless the case is one to which one of the exceptions to that privilege applies. As a result, the onus is not on a party asserting litigation privilege to prove on a case-by-case basis that the privilege should apply in light of the facts of the case and the “public interests” that are at issue (*National Post*, at para. 58).

*British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 23 C.P.R. (4th) 185, par. 31-33 et 72; *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 186 (C.A.), par. 18-20; *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), p. 2789; *Opron Construction Co. c. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.), par. 5.

[35] Plusieurs tribunaux et auteurs, bien que d’avis parfois divergents sur ses fondements ou le test qui lui est applicable, ont d’ailleurs explicitement conclu que le privilège relatif au litige constitue bel et bien un privilège générique : *R. c. Lanthier*, 2008 CanLII 13797 (C.S.J. Ont.), par. 6; *Kennedy c. McKenzie* (2005), 17 C.P.C. (6th) 229 (C.S.J. Ont.), par. 22; *R. c. Soomel*, 2003 BCSC 140, par. 76 (CanLII); H. C. Stewart, *Halsbury's Laws of Canada : Evidence* (2014 réédition), par. HEV-183; B. Billingsley, « “Ingathered” Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada : Does Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of Otherwise Unprivileged Documents? » (2014), 43 *Adv. Q.* 280, p. 283-285.

[36] Ainsi, bien que le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l’avocat puisqu’il vise à faciliter un processus, celui du procès contradictoire (*Blank*, par. 28, citant Sharpe, p. 164-165), et non à protéger une relation, il constitue néanmoins un privilège générique. Il est reconnu par la common law et il fait naître une présomption d’inadmissibilité pour une catégorie de communications, soit celles dont l’objet principal est la préparation d’un litige (*Blank*, par. 60).

[37] C’est donc dire que, à moins que l’on soit dans un cas visé par une des exceptions au privilège relatif au litige, tout document satisfaisant aux conditions de son application sera couvert par une immunité de divulgation. Cela étant, il ne revient pas à une partie revendiquant le privilège relatif au litige d’établir au cas par cas que celui-ci devrait s’appliquer compte tenu des faits de l’espèce et des « intérêts publics » en cause (*National Post*, par. 58).

(2) Litigation Privilege Is Subject to Clearly Defined Exceptions and Not to a Case-by-Case Balancing Exercise

[38] Despite the fact that litigation privilege is a class privilege, the syndic proposes that the Court adopt the balancing test developed by Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal in his dissenting reasons in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321:

Litigation privilege claims should be determined by first asking whether the material meets the dominant purpose test . . . . If it meets that test, then it should be determined whether in the circumstances the harm flowing from non-disclosure clearly outweighs the benefit accruing from the recognition of the privacy interest of the party resisting production. [Emphasis added; p. 365.]

[39] I disagree. In the context of privileges, the exercise of balancing competing interests is associated with case-by-case privileges (*National Post*, at para. 58), not class privileges. Rosenberg J.A., who wrote reasons concurring with those of Carthy J.A. for the majority in *Chrusz*, refused to apply such a test, citing the uncertainty that would be caused by a case-by-case approach of balancing the advantages and disadvantages of applying the privilege. I adopt his comments on this point:

The litigation privilege is well established, even if some of the nuances are not. In my view, the competing interests or balancing approach proposed by Doherty J.A. is more appropriate for dealing with emerging claims of privilege . . . . I am concerned that a balancing test would lead to unnecessary uncertainty and a proliferation of pre-trial motions in civil litigation.

That is not to say that litigation privilege is absolute. The Supreme Court of Canada has made it clear that all of the established privileges are subject to some exceptions. . . .

In my view, with established privileges like solicitor-client privilege and litigation privilege it is preferable that the general rule be stated with as much clarity as

(2) Le privilège relatif au litige est sujet à des exceptions clairement définies et non à une mise en balance au cas par cas

[38] Bien que le privilège relatif au litige soit un privilège générique, la syndique propose à la Cour d'adopter le test de mise en balance élaboré par le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario, dissident, dans l'arrêt *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 :

[TRADUCTION] Pour trancher une revendication de privilège relatif au litige, il faut d'abord se demander si les documents visés satisfont au critère de l'objet principal [. . .] Dans l'affirmative, il faut ensuite déterminer si, dans les circonstances, le préjudice découlant de la non-divulgence l'emporte clairement sur l'avantage conféré par la reconnaissance du droit à la vie privée de la partie qui s'oppose à la production. [Je souligne; p. 365.]

[39] Je ne suis pas d'accord. En matière de privilèges, la mise en balance des intérêts est le propre des privilèges reconnus au cas par cas (*National Post*, par. 58), et non des privilèges génériques. Le juge Rosenberg, concordant avec le juge Carthy pour la majorité dans *Chrusz*, refuse quant à lui d'appliquer un tel test, invoquant l'incertitude que crée une approche au cas par cas de mise en balance des avantages et inconvénients causés par l'application du privilège. Je fais miens ses propos sur ce point :

[TRADUCTION] Le privilège relatif au litige est bien établi, même si certaines des nuances applicables ne le sont pas. À mon avis, l'approche des intérêts opposés ou de mise en balance proposée par le juge Doherty convient davantage lorsqu'il s'agit de se prononcer sur de nouvelles revendications de privilège [. . .] Je crains qu'un critère de mise en balance ne mène à une incertitude inutile et à une prolifération des requêtes préliminaires en matière civile.

Cela ne veut pas dire que le privilège relatif au litige est absolu. La Cour suprême du Canada a clairement affirmé que tous les privilèges établis sont assortis d'exceptions. . . .

À mon avis, avec des privilèges établis comme le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige, il est préférable que la règle générale soit énoncée

possible. Deviations from the rule should be dealt with as clearly defined exceptions rather than as a new balancing exercise each time a privilege claim is made . . . [Emphasis added; p. 369.]

[40] Moreover, other courts have cited Justice Rosenberg’s analysis with approval: *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, at paras. 57-58; *Llewellyn v. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96, at para. 52; *Kennedy*, at para. 39; *Davies v. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512 (S.C.J.), at paras. 43-46. Similarly, in *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, this Court discussed the certainty that was needed in the case of another fundamental privilege, that of the police informer, explaining as follows why a case-by-case determination of whether relevant information is privileged would undermine the confidence of those who are protected by the privilege:

Police rely heavily on informers. Because of its almost absolute nature, the privilege encourages other potential informers to come forward with some assurance of protection against reprisal. A more flexible rule that would leave disclosure up to the discretion of the individual trial judge would rob informers of that assurance and sap their willingness to cooperate. [Emphasis added; para. 30.]

The same considerations apply to litigation privilege.

[41] What must be done therefore is to identify, where appropriate, specific exceptions to litigation privilege rather than conducting a balancing exercise in each case. In this regard, the Court held in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, that the exceptions that apply to solicitor-client privilege are all applicable to litigation privilege, given that solicitor-client privilege is the “highest privilege recognized by the courts” (para. 44). These include the exceptions relating to public safety, to the innocence of the accused and to criminal communications (paras. 52-59 and 74-86). They also include the exception to litigation privilege recognized in *Blank*

le plus clairement possible. Les dérogations à cette règle devraient faire l’objet d’exceptions clairement définies et ne pas être assujetties à un nouvel exercice de mise en balance chaque fois qu’une revendication de privilège est faite . . . [Je souligne; p. 369.]

[40] D’autres tribunaux ont d’ailleurs repris, en l’approuvant, l’analyse du juge Rosenberg : *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, par. 57-58; *Llewellyn c. Carter*, 2008 PESCAD 12, 278 Nfld. & P.E.I.R. 96, par. 52; *Kennedy*, par. 39; *Davies c. American Home Assurance Co.* (2002), 60 O.R. (3d) 512 (C.S.J.), par. 43-46. De la même manière, dans *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, la Cour a fait état de la nécessaire certitude que commandait l’application d’un autre privilège fondamental, celui de l’indicateur de police. Elle expliquait en ces termes pourquoi une détermination au cas par cas du caractère privilégié des informations pertinentes minerait la confiance des bénéficiaires de ce privilège :

La police compte énormément sur ses indicateurs. Compte tenu de sa nature quasi absolue, le privilège incite d’éventuels indicateurs à se manifester, sachant qu’ils bénéficieront d’une certaine garantie contre les représailles. Or, l’adoption d’une règle plus souple qui accorderait aux juges du procès le pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient ou non de divulguer l’identité des indicateurs de police priverait ces derniers de cette garantie et minerait leur volonté de collaborer. [Je souligne; par. 30.]

Les mêmes considérations s’appliquent au privilège relatif au litige.

[41] Il convient donc de s’en tenir à identifier, le cas échéant, les exceptions précises au privilège relatif au litige plutôt que de procéder à une mise en balance pour chaque cas. À ce chapitre, dans *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, la Cour a statué que les exceptions au secret professionnel sont toutes applicables au privilège relatif au litige, car le secret professionnel de l’avocat est le « plus important privilège reconnu par les tribunaux » (par. 44). Cela comprend les exceptions relatives à la sécurité publique, à l’innocence de l’accusé et aux communications de nature criminelle (par. 52-59 et 74-86). S’y ajoute l’exception au privilège relatif au litige

for “evidence of the claimant party’s abuse of process or similar blameworthy conduct” (para. 44).

[42] Other exceptions may be identified in the future, but they will always be based on narrow classes that apply in specific circumstances. From this perspective, Aviva is proposing a new exception that is narrower than the balancing exercise being advocated by the syndic and that would apply only in the cases of urgency and of necessity. Unsurprisingly, the syndic says that she agrees with the substance of this exception.

[43] The idea of an exception based on urgency and necessity is of course appealing. It would help compensate for the fact that, even though litigation privilege is temporary, it may sometimes delay access to certain documents that another party urgently needs in order to prevent serious harm. Such an exception would be based on criteria such as the need to obtain evidence to prevent serious harm, the impossibility of obtaining it by other means and the urgency of obtaining it before the [TRANSLATION] “natural” lapsing of the effects of litigation privilege.

[44] This exception would certainly be much narrower than the excessively broad balancing exercise proposed by the syndic. What would be required would be not to ask in each case whether litigation privilege should protect a document whose dominant purpose is preparation for litigation, but to lift the privilege in the rare cases in which a party succeeds in discharging its heavy burden with regard to this exception. Therefore, in a situation similar to the one in this case, it would not be enough for a syndic to simply invoke the need to sanction alleged disciplinary breaches in order to lift the privilege. If that did suffice, such a request would always be sufficient to establish the urgency exception, and that exception would then become the rule. This, in my view, would be improper. To establish the urgency exception in a disciplinary context, the existence of an urgent investigation in which extraordinary harm

reconnue dans *Blank* pour la « divulgation d’éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui [. . .] revendique [le privilège relatif au litige] » (par. 44).

[42] D’autres exceptions pourront être reconnues à l’avenir, mais toujours sur la base de catégories restreintes qui s’appliqueront dans des circonstances précises. Dans cette optique, Aviva propose de reconnaître une nouvelle exception plus restreinte que le test de mise en balance sur lequel insiste la syndique, exception qui ne s’appliquerait qu’aux cas d’urgence et de nécessité. Sans surprise, la syndique se dit d’accord avec la teneur de cette exception.

[43] Certes, l’idée d’une exception fondée sur l’urgence et sur la nécessité est intéressante. Elle permettrait de pallier le fait que, même si le privilège relatif au litige est temporaire, il peut parfois retarder l’accès à certains documents dont une autre partie a urgemment besoin pour éviter un préjudice grave. Une telle exception serait basée sur des critères tels que la nécessité d’obtenir la preuve pour éviter un préjudice grave, l’impossibilité de l’obtenir par d’autres moyens, et l’urgence de l’obtenir avant l’extinction « naturelle » des effets du privilège relatif au litige.

[44] Une telle exception serait bien sûr nettement plus restreinte que la trop vaste mise en balance proposée par la syndique. Il ne s’agirait pas de se demander à chaque fois si le privilège relatif au litige doit protéger un document dont l’objet principal est la préparation du litige, mais bien d’écarter ce privilège dans les rares cas où une partie réussirait à se décharger de son lourd fardeau en vertu de cette exception. Ainsi, dans une situation similaire à celle qui nous concerne ici, il ne suffirait pas qu’un syndic invoque simplement la nécessité de sanctionner des fautes disciplinaires alléguées pour écarter le privilège. Si c’était le cas, toute demande du genre satisferait toujours à une exception d’urgence et celle-ci deviendrait alors la règle, ce qui serait à mon avis inopportun. Pour satisfaire à cette exception en contexte disciplinaire, il faudrait plutôt que l’on soit en présence d’une enquête urgente

is apprehended during the period in which litigation privilege applies would instead be needed.

[45] However, the record of this appeal from a declaratory judgment reveals no facts that might be presented as concrete examples of circumstances that could justify the application of such an exception. Because the urgency that is required may vary in nature depending on the legal context of the case and the nature of the relationship between the parties, I consider it preferable to leave the actual adoption of such an exception and a detailed analysis of the conditions for its application for a later date. For now, it would be advisable to limit this discussion to the defined exceptions that have been mentioned above.

(3) Litigation Privilege Can Be Asserted Against Third Parties, Including Third Party Investigators Who Have a Duty of Confidentiality

[46] At the hearing, the syndic submitted, lastly, that in every case, it should not be possible to assert litigation privilege against third parties: it should apply only to parties to the litigation in question. In the case at bar, because the syndic is not a party to any litigation related to the litigation between the insurer and the insured person, that privilege cannot, in her opinion, be asserted against her. This is because of the limited purpose of the privilege, which is intended to facilitate the adversarial process in which the parties alone are involved. In the alternative, the syndic proposes the adoption of an exception to the effect that the privilege cannot be asserted against third party investigators who have a duty of confidentiality.

[47] These arguments are unconvincing. I instead agree with the courts that have held that litigation privilege can be asserted against anyone, including administrative or criminal investigators, not just against the other party to the litigation: *R. v. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182 (Ont. S.C.J.), at paras. 43-44; *D'Anjou v. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999, at paras. 92-93 (CanLII).

[48] There are several reasons that justify this conclusion. The first is that the disclosure of

où l'on appréhende un préjudice extraordinaire pendant la durée de vie du privilège relatif au litige.

[45] Le présent pourvoi, logé à l'encontre d'un jugement déclaratoire, ne révèle cependant pas de faits permettant de donner des exemples concrets de cas qui pourraient donner ouverture à une telle exception. Puisque la nature de l'urgence requise varie en fonction du contexte juridique en cause et de la nature de la relation entre les parties, il me semble préférable de remettre à plus tard l'adoption définitive d'une telle exception et l'analyse détaillée de ses conditions d'application. Pour l'heure, il est prudent de s'en tenir aux exceptions circonscrites déjà énumérées, sans plus.

(3) Le privilège relatif au litige est opposable aux tiers, y compris aux tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité

[46] À l'audience, la syndique avance enfin que, à tous égards, le privilège relatif au litige ne devrait pas être opposable aux tiers : il ne devrait s'appliquer qu'entre les parties au litige concerné. En l'espèce, puisque la syndique n'est pas partie à un litige connexe à celui qui oppose l'assureur et son assurée, le privilège relatif au litige ne lui serait pas opposable. Il en serait ainsi en raison de l'objet limité du privilège qui vise à faciliter le processus contradictoire dans lequel seules les parties sont impliquées. De façon subsidiaire, la syndique propose l'adoption d'une exception d'inopposabilité à un tiers enquêteur ayant une obligation de confidentialité.

[47] Ces arguments sont peu convaincants. Je partage plutôt l'avis des tribunaux qui ont conclu que le privilège relatif au litige est opposable à tous, y compris à des enquêteurs administratifs ou criminels, et non simplement à l'autre partie au litige : *R. c. Kea* (2005), 27 M.V.R. (5th) 182 (C.S.J. Ont.), par. 43-44; *D'Anjou c. Lamontagne*, 2014 QCCQ 11999, par. 92-93 (CanLII).

[48] Plusieurs raisons justifient de conclure de la sorte. D'abord, la divulgation de documents



otherwise protected documents to third parties who do not have a duty of confidentiality would entail a serious risk for the party who benefits from the protection of litigation privilege. There would be nothing to prevent a third party to whom such documents are disclosed from subsequently disclosing them to the public or to the other party, which could have a serious adverse effect on the conduct of the litigation in question. The documents could then be presented to the court in a manner other than that contemplated by the party protected by the privilege. This is the very kind of harm that litigation privilege is meant to avoid: *Susan Hosiery Ltd.*, at pp. 33-34. Moreover, in *Blank*, which concerned the *Access to Information Act*, this Court held that a provision authorizing the government to invoke solicitor-client privilege could also be used to invoke litigation privilege in order to deny a request for access to information by a third party to the litigation (for example, the media or a member of the public) (para. 4).

[49] There are also cases in which the courts have held that disclosure to a third party of a document covered by litigation privilege could result in a waiver of the privilege as against all: *Rodriguez v. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8, at para. 44; *Aherne v. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593, at paras. 12-13. The decisions in those cases are based on the assumption that litigation privilege can be asserted against third parties. To conclude that there are consequences associated with disclosure to third parties, one must first assume that confidentiality in relation to those parties corresponds to a normal application of the privilege.

[50] As for the exception the syndic proposes for third party investigators who have a duty of confidentiality, it is hardly more justifiable. Even where a duty of confidentiality exists, the open court principle applies to proceedings that can be initiated by a syndic (s. 376 *ADFPS* and s. 142 of the *Professional Code*; art. 11 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01). If, in the case at bar, the syndic had decided to file a complaint with the Chamber's discipline committee, or if she had decided to turn to the common law courts (to obtain, for example, an injunction against the person being investigated,

autrement protégés à des tiers non assujettis à une obligation de confidentialité présente un risque considérable pour la partie bénéficiant du privilège relatif au litige. Rien n'empêche en effet ces tiers de divulguer les documents protégés au public ou à l'autre partie, ce qui pourrait grandement nuire à la conduite du litige concerné. Les documents pourraient alors être présentés au tribunal d'une façon autre que celle voulue par la partie bénéficiant du privilège. C'est le genre de préjudice que le privilège relatif au litige vise justement à éviter : *Susan Hosiery Ltd.*, p. 33-34. D'ailleurs, dans *Blank*, où c'est la *Loi sur l'accès à l'information* qui était en cause, la Cour a conclu qu'une disposition autorisant l'État à invoquer le secret professionnel de l'avocat lui permettait également d'invoquer le privilège relatif au litige pour refuser une demande d'accès à l'information par un tiers au litige (par exemple, les médias ou un membre du public) (par. 4).

[49] Les tribunaux ont également parfois jugé que la divulgation à un tiers d'un document couvert par le privilège relatif au litige pourrait emporter renonciation au privilège à l'égard de tous : *Rodriguez c. Woloszyn*, 2013 ABQB 269, 554 A.R. 8, par. 44; *Aherne c. Chang*, 2011 ONSC 3846, 337 D.L.R. (4th) 593, par. 12-13. Cette jurisprudence repose sur le postulat que le privilège relatif au litige est opposable aux tiers. En effet, reconnaître des conséquences à la divulgation aux tiers suppose que la confidentialité à leur endroit correspond à une application normale du privilège.

[50] Par ailleurs, envisager, comme le propose la syndique, une exception pour les tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité ne se justifie guère davantage. Même en présence d'une obligation de confidentialité, le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique aux procédures susceptibles d'être initiées par un syndic (art. 376 *LDPSF* et art. 142 du *Code des professions*; art. 11 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01). Si, en l'espèce, la syndique avait décidé de déposer une plainte devant le comité de discipline de la Chambre, ou encore de s'adresser aux tribunaux de

as the syndic of the Barreau du Québec did in *Guay v. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342), it is far from certain, in light of the open court principle, that the documents that would otherwise be protected by litigation privilege would not have had to be disclosed in the course of those proceedings.

[51] In *Basi*, this Court held that informer privilege could not be lifted in favour of defence counsel merely because those counsel were bound by orders and undertakings of confidentiality. In the Court's opinion, "[n]o one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies" (para. 44). In that case, the fact that the third parties had duties of confidentiality and the reduced risk of harm did not preclude asserting informer privilege against them.

[52] This reasoning applies with equal force to litigation privilege. It would not be appropriate to exclude third parties from the application of this privilege or to expose the privilege to the uncertainties of disciplinary and legal proceedings that could result in the disclosure of documents that would otherwise be protected. Moreover, even assuming that there is no risk that a syndic's inquiry will result in the disclosure of privileged documents, the possibility of a party's work being used by the syndic in preparing for litigation could discourage that party from writing down what he or she has done. This makes it clear why it must be possible to assert litigation privilege against anyone, including a third party investigator who has a duty of confidentiality and discretion. I am thus of the view that unless such an investigator satisfies the requirements of a recognized exception to the privilege, it must be possible to assert the privilege against him or her.

[53] I would add that any uncertainty in this regard could have a chilling effect on parties preparing for litigation, who may fear that documents otherwise

droit commun (par exemple, pour obtenir une injonction contre la personne sous enquête comme le syndic du Barreau du Québec l'avait fait dans l'arrêt *Guay c. Gesca ltée*, 2013 QCCA 343, [2013] R.J.Q. 342), il est loin d'être acquis que, en raison du principe de la publicité des débats judiciaires, les documents autrement protégés par le privilège relatif au litige n'auraient pas dû être divulgués au cours des procédures.

[51] Dans *Basi*, la Cour a conclu que le privilège de l'indicateur de police ne pouvait être écarté au bénéfice des seuls avocats de la défense du simple fait qu'ils étaient liés par des ordonnances et engagements de confidentialité. De l'avis de la Cour, « [n]ul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l'égard desquels le privilège est revendiqué tant qu'un juge n'a pas déterminé que le privilège n'existe pas ou qu'une exception s'applique » (par. 44). Dans cette affaire, les obligations de confidentialité des tiers et le risque atténué de préjudice n'ont pas empêché l'opposabilité du privilège de l'indicateur de police à leurs égards.

[52] Ce raisonnement vaut tout autant pour le privilège relatif au litige. Il n'est pas souhaitable d'exclure les tiers de son application ou de l'exposer aux aléas de procédures disciplinaires et judiciaires qui pourraient mener à la divulgation de documents qui seraient autrement protégés. D'ailleurs, même en tenant pour acquis qu'il n'existe aucun risque que l'enquête d'un syndic mène à une divulgation de documents privilégiés, la possibilité que le travail d'une partie soit utilisé par le syndic pendant la préparation du litige pourrait décourager la mise par écrit des efforts de cette partie. Cela démontre bien pourquoi le privilège relatif au litige doit être opposable à tous, y compris au tiers enquêteur ayant une obligation de confidentialité et de discrétion. À moins qu'un tel enquêteur puisse satisfaire à une exception reconnue au privilège, je suis donc d'avis que celui-ci doit pouvoir lui être opposé.

[53] J'ajouterai que laisser planer quelque incertitude à ce chapitre risquerait d'avoir un effet paralysant sur les parties se préparant à un litige en

covered by litigation privilege could be made public. The United States Supreme Court gave a good description of this chilling effect, which litigation privilege (referred to as the “work product doctrine”) is in fact meant to avoid:

Historically, a lawyer is an officer of the court and is bound to work for the advancement of justice while faithfully protecting the rightful interests of his clients. In performing his various duties, however, it is essential that a lawyer work with a certain degree of privacy, free from unnecessary intrusion by opposing parties and their counsel. Proper preparation of a client’s case demands that he assemble information, sift what he considers to be the relevant from the irrelevant facts, prepare his legal theories and plan his strategy without undue and needless interference. That is the historical and the necessary way in which lawyers act within the framework of our system of jurisprudence to promote justice and to protect their clients’ interests. This work is reflected, of course, in interviews, statements, memoranda, correspondence, briefs, mental impressions, personal beliefs, and countless other tangible and intangible ways — aptly though roughly termed by the Circuit Court of Appeals in this case as the “work product of the lawyer.” Were such materials open to opposing counsel on mere demand, much of what is now put down in writing would remain unwritten. An attorney’s thoughts, heretofore inviolate, would not be his own. Inefficiency, unfairness and sharp practices would inevitably develop in the giving of legal advice and in the preparation of cases for trial. The effect on the legal profession would be demoralizing. And the interests of the clients and the cause of justice would be poorly served. [Emphasis added.]

(*Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), at pp. 510-11)

[54] In short, in the instant case, the courts below were right to hold that the litigation privilege invoked by Aviva could be asserted against the syndic. None of the exceptions to its application justify lifting the privilege in this case. Thus, all that remains to be determined is whether the privilege

raison de la crainte que soient rendus publics des documents autrement couverts par le privilège relatif au litige. La Cour suprême des États-Unis décrivait bien cet effet paralysant que le privilège relatif au litige (appelé doctrine relative au produit du travail de l’avocat (« *work product doctrine* »)) cherche justement à éviter :

[TRADUCTION] Traditionnellement, un avocat est un officier de justice appelé à travailler à l’avancement de la justice tout en protégeant fidèlement les intérêts légitimes de ses clients. Cependant, il est essentiel que, dans l’accomplissement de ses différentes fonctions, celui-ci puisse bénéficier d’un certain degré de confidentialité à l’égard de ses travaux, sans ingérence inutile des parties adverses et de leur avocat. Pour bien préparer la cause de son client, l’avocat doit rassembler des renseignements, dégager ce qu’il estime pertinent parmi les faits non pertinents, préparer ses théories juridiques et planifier sa stratégie sans ingérence indue et inutile. C’est la façon d’agir traditionnelle, et nécessaire, des avocats dans le cadre de notre système de jurisprudence en vue de promouvoir la justice et de protéger les intérêts de leurs clients. Ce travail s’exprime bien sûr par des entrevues, des déclarations, des notes de service, des lettres, des mémoires, des impressions, des croyances personnelles, et d’innombrables autres manières tangibles et intangibles, lesquels sont appelés, avec justesse, mais en termes approximatifs, par la Circuit Court of Appeals en l’espèce le « produit du travail de l’avocat ». Si l’avocat de la partie adverse pouvait consulter ces documents sur simple demande, une grande partie de ce qui est aujourd’hui consigné par écrit demeurerait non écrit. Les pensées d’un avocat, jusqu’alors inviolées, ne lui appartiendraient plus. Les conseils juridiques et la préparation des dossiers pour l’instruction seraient inévitablement marqués au coin de l’inefficacité, de la déloyauté et de la malhonnêteté. Cela serait démoralisant pour la profession juridique. De plus, les intérêts des clients et la cause de la justice seraient mal servis. [Je souligne.]

(*Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), p. 510-511)

[54] Somme toute, en l’espèce, les instances inférieures ont jugé à bon droit que le privilège relatif au litige invoqué par Aviva est opposable à la syndique. Aucune des exceptions à son application ne justifie d’y passer outre ici. Il ne reste donc plus qu’à déterminer si ce privilège peut, comme le plaide

can, as the syndic submits, be lifted by applying the statutory provision — s. 337 *ADFPS* — that is central to the case.

B. *Was It Open to Aviva to Assert Litigation Privilege Against the Syndic in Order to Refuse to Produce the Requested Documents?*

[55] The syndic argues that the rule from *Blood Tribe* on abrogating solicitor-client privilege must not apply to litigation privilege. She submits that a legislature may abrogate litigation privilege by statute without using express language. In her view, the words “any . . . document” in s. 337 *ADFPS* must be interpreted in light of the statute’s purpose, namely the protection of the public, and it must be concluded that litigation privilege cannot be asserted against the syndic, because that would [TRANSLATION] “interfere with” her work by delaying her access to the documents to which it applies.

[56] Because litigation privilege is a common law rule, it will be helpful to reiterate the general principle that applies to legislative departures from such rules. This Court has held that it must be presumed that a legislature does not intend to change existing common law rules in the absence of a clear provision to that effect: *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077; see also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 504-5. Professor Sullivan writes in this regard that “[t]he stability of law is enhanced by rejecting vague or inadvertent change while certainty and fair notice are promoted by requiring legislatures to be clear and explicit about proposed changes” (p. 504).

[57] The Court has therefore imposed strict requirements for the amendment or abrogation of certain fundamental common law rules. For example, in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, the Court emphasized the need for clear and explicit

la syndique, être mis à l’écart par l’application de la disposition législative au cœur du débat, soit l’art. 337 *LDPSF*.

B. *Aviva pouvait-elle opposer à la syndique le privilège relatif au litige pour refuser de produire les documents demandés?*

[55] La syndique plaide que la règle dégagée dans *Blood Tribe* pour la mise à l’écart du secret professionnel de l’avocat ne doit pas s’appliquer au privilège relatif au litige. Elle avance que ce privilège peut être supprimé par une loi qui n’emploie pas des termes exprès. Il faudrait selon elle interpréter les mots « tout document » de l’art. 337 *LDPSF* à la lumière de l’objet de la loi, soit la protection du public, et conclure que le privilège relatif au litige ne saurait être invoqué contre la syndique, car cela « entraverait » son travail en retardant l’accès aux documents visés.

[56] Comme le privilège relatif au litige est une règle de common law, il convient de rappeler le principe général pour la mise à l’écart législative de telles règles. La jurisprudence veut que l’on doive présumer qu’un législateur n’a pas l’intention de modifier les règles de common law existantes à moins d’une disposition claire à cet effet : *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077; voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 504-505. La professeure Sullivan rappelle à ce sujet que [TRADUCTION] « [l]a stabilité du droit est accrue par le rejet des modifications vagues ou effectuées par inadvertance alors que la certitude et le principe de l’avertissement raisonnable se trouvent renforcés du fait qu’on oblige les législateurs à s’exprimer en termes clairs et explicites sur les modifications proposées » (p. 504).

[57] La Cour a ainsi imposé des exigences rigoureuses pour la modification ou l’abrogation de certaines règles de common law d’une importance fondamentale. Par exemple, dans *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, la Cour souligne la

language to oust the inherent general jurisdiction of the provincial superior courts (para. 46). The requirement for such language in this context, which originated in English law (*Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, at pp. 87-88), is based on the fundamental role played by the inherent jurisdiction of the superior courts in the common law system inherited by Canada.

[58] Similarly, in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, the Court refused to consider informer privilege to have been abrogated by a provision of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, finding that it was not “specific” enough (p. 103). In so doing, the Court emphasized the “public order” and “public interest” nature of informer privilege (p. 93). It was the fundamental importance of that privilege that led the Court to require explicit language for its abrogation.

[59] *Blood Tribe*, on which much of the argument in this appeal was focused, was to the same effect. In it, the issue was whether solicitor-client privilege had been abrogated or diluted by a statutory provision that authorized an administrative investigator to compel a person to produce any records the investigator considered necessary to investigate a complaint “in the same manner and to the same extent as a superior court of record” and to “receive and accept any evidence and other information . . . that the [investigator] sees fit, whether or not it is or would be admissible in a court of law” (s. 12 *PIPEDA*, now s. 12.1 (S.C. 2010, c. 23, s. 83)). The Court held that the provision at issue was insufficient to abrogate solicitor-client privilege: “Open-textured language governing production of documents [does] not . . . include solicitor-client documents” (para. 11 (emphasis deleted)). Instead, the legislature must use “clear and explicit language” to abrogate solicitor-client privilege (para. 2). The Court stated that the privilege “cannot be abrogated by inference” and added that any provisions that allow incursions on the privilege must be interpreted restrictively (para. 11).

nécessité de termes clairs et explicites pour écarter la compétence générale inhérente des cours supérieures provinciales (par. 46). L'exigence de ces termes dans ce contexte, issue du droit anglais (*Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, p. 87-88), s'appuie sur le rôle fondamental que joue la compétence inhérente des cours supérieures dans le système de common law dont a hérité le Canada.

[58] De même, dans *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, la Cour refuse de considérer le privilège de l'indicateur de police comme écarté par une disposition du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, puisque celle-ci n'est pas assez « explicite » (p. 103). Ce faisant, la Cour insiste sur le caractère « d'ordre public » et « [d]'intérêt public » du privilège de l'indicateur de police (p. 93). C'est l'importance fondamentale de ce privilège qui mène la Cour à exiger des termes explicites pour sa mise à l'écart.

[59] L'arrêt *Blood Tribe*, sur lequel a porté une grande partie des débats dans le cadre de ce pourvoi, s'inscrit dans le même sens. Dans cette affaire, la question à résoudre était celle de savoir si le secret professionnel de l'avocat était levé ou atténué par une disposition législative permettant à un enquêteur administratif d'obliger une personne à produire les documents jugés nécessaires pour l'examen d'une plainte, « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives », et de « recevoir les éléments de preuve ou les renseignements [. . .] qu'il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux » (art. 12 *LPRPDE*, maintenant art. 12.1 (L.C. 2010, c. 23, art. 83)). La Cour conclut que la disposition en cause n'est pas suffisante pour écarter le secret professionnel de l'avocat : « . . . une disposition d'acception large régissant la production de documents ne vise pas les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat » (par. 11 (italique omis)). Il faut plutôt des « dispositions claires et explicites » pour que le législateur puisse écarter ce secret (par. 2). La Cour indique que le secret professionnel de l'avocat « ne peut être supprimé par inférence » et précise que toute disposition pouvant porter atteinte à ce secret doit être interprétée restrictivement (par. 11).

[60] To justify these requirements, the Court relied on the unique and foundational importance of solicitor-client privilege, which is “fundamental to the proper functioning of our legal system” (*Blood Tribe*, at para. 9). The Court cited a significant body of case law to the effect that the privilege is a “fundamental policy of the law” (para. 11) that must be “as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (para. 10, quoting *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 35). The Court also noted that solicitor-client privilege is of paramount importance because it promotes “access to justice”, the “quality of justice” and “[the] free flow of legal advice” (para. 9). What I take from this is that in *Blood Tribe*, the Court held that there is a requirement similar to the one that applies in Quebec under s. 9 of the *Quebec Charter*, which provides that an “express” legislative override is necessary in order to abrogate professional secrecy.

[61] This being said, *Blood Tribe* represents neither a return to the “plain meaning rule” nor an abandonment of the modern approach to statutory interpretation, the goal of which is not to focus solely on the specific words of the provision, but to read the words “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Blood Tribe*, at para. 26. First of all, the legislature does not necessarily have to use the term “solicitor-client privilege” in order to abrogate the privilege. An abrogation can be clear, explicit and unequivocal where the legislature uses another expression that can be interpreted as referring unambiguously to the privilege. Next, even where there is a specific reference to solicitor-client privilege, the chosen words must nevertheless be interpreted in order to determine whether there is in fact an abrogation and, if so, to assess its scope. The Court recently applied this modern approach to a statute that expressly abrogated solicitor-client privilege in order to determine its meaning and scope in *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381, at paras. 22-34. But in accordance with *Blood Tribe*, unless clear, explicit and

[60] Pour justifier ces exigences, la Cour s’appuie sur l’importance unique et fondamentale du secret professionnel de l’avocat, qui est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice » (*Blood Tribe*, par. 9). La Cour renvoie à une abondante jurisprudence voulant que ce secret est un « principe de droit fondamental » (par. 11) qui doit être « aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 10, citant *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35). La Cour note également que le secret professionnel de l’avocat est capital en ce qu’il favorise « l’accès à la justice », la « qualité de la justice » et « la libre circulation des conseils juridiques » (par. 9). Je retiens que l’arrêt *Blood Tribe* reconnaît ainsi une exigence qui s’apparente à celle qui s’impose en la matière au Québec en raison de l’art. 9 de la *Charte québécoise*, qui exige une dérogation législative « expresse » pour écarter le secret professionnel.

[61] Cela dit, *Blood Tribe* ne représente pas un retour à la « règle du sens ordinaire » (« *plain meaning rule* ») ni une renonciation au recours à la méthode moderne d’interprétation des lois, qui privilégie non pas uniquement ce que le texte révèle précisément, mais plutôt le [TRADUCTION] « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Blood Tribe*, par. 26. D’abord, le législateur ne doit pas forcément utiliser l’expression « secret professionnel » de l’avocat pour le mettre à l’écart. Dans le cadre d’une mise à l’écart qui reste claire, explicite et non équivoque, il pourrait employer une autre expression qui puisse s’interpréter comme référant sans ambiguïté à ce secret. Ensuite, même lorsque l’on constate la présence d’une référence précise au secret professionnel de l’avocat, encore faut-il interpréter les termes choisis pour décider si abrogation il y a et, le cas échéant, en mesurer la portée. Dans *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381, par. 22-34, la Cour a récemment appliqué cette approche moderne à une loi abrogeant expressément le secret professionnel de l’avocat afin d’en cerner le sens et la portée. Par contre, conformément à *Blood Tribe*, en l’absence de

unequivocal language has been used to abrogate solicitor-client privilege, it must be concluded that the privilege has not been abrogated.

[62] In the syndic's view, these requirements that must be met in order to override certain rules of fundamental importance should not apply to litigation privilege. She bases this argument on the limited nature of the privilege, which is not absolute and which, in her opinion, requires a balancing of competing harms and interests.

[63] I disagree. The requirements discussed in *Blood Tribe* apply with equal force to litigation privilege. Not only is litigation privilege a class privilege, but it serves an overriding "public interest" as that expression is used in *Bisaillon*. This public interest, as was explained in *Blank*, is "[t]he secure and effective administration of justice according to law" (para. 31). The purpose of litigation privilege is to "ensure the efficacy of the adversarial process" (*Blank*, at para. 27) by maintaining a "protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate" (para. 40, quoting Sharpe, at p. 165). By maintaining a protected area for the preparation of litigation, litigation privilege in its own way promotes "access to justice" and the "quality of justice" (*Blood Tribe*, at para. 9).

[64] There is of course no question that litigation privilege does not have the same status as solicitor-client privilege and that the former is less absolute than the latter. It is also clear that these two privileges, even though they may sometimes apply to the same documents, are conceptually distinct. Nonetheless, like solicitor-client privilege, litigation privilege is "fundamental to the proper functioning of our legal system" (*Blood Tribe*, at para. 9). It is central to the adversarial system that Quebec shares with the other provinces. As a number of courts have already pointed out, the Canadian justice system promotes the search for truth by allowing the parties to put their best cases before the court, thereby enabling the court to reach a decision with the best information possible: *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario*, 2010 ONCA 197, 260 O.A.C. 125, at para. 39; *Slocan Forest Products Ltd. v. Trapper*

termes clairs, explicites et non équivoques prévoyant une mise à l'écart du secret professionnel de l'avocat, on doit conclure qu'il n'est pas levé.

[62] De l'avis de la syndique, ces exigences pour mettre à l'écart certaines règles d'importance fondamentale ne devraient pas s'appliquer au privilège relatif au litige. La syndique se base sur le caractère limité de ce privilège, qui n'est pas absolu et qui serait sujet à une mise en balance des préjudices et intérêts qui s'y opposent.

[63] Je suis en désaccord. Les exigences dont fait état l'arrêt *Blood Tribe* s'appliquent tout autant au privilège relatif au litige. Non seulement ce dernier est-il un privilège générique, mais il sert un « intérêt public » prépondérant au sens de l'arrêt *Bisaillon*. Cet intérêt public, l'arrêt *Blank* en fait état, est « l'administration sûre et efficace de la justice conformément au droit » (par. 31). Le privilège relatif au litige vise à « assurer l'efficacité du processus contradictoire » (*Blank*, par. 27) en maintenant une « zone protégée destinée à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire » (par. 40, citant Sharpe, p. 165). En maintenant une zone protégée aux fins de la préparation des litiges, le privilège relatif au litige favorise à sa manière « l'accès à la justice » et la « qualité de la justice » (*Blood Tribe*, par. 9).

[64] Il est bien sûr indéniable que le privilège relatif au litige n'a pas le même statut que le secret professionnel de l'avocat, et qu'il n'est pas aussi absolu que ce dernier. Il est aussi évident que ces deux privilèges, s'ils peuvent parfois viser les mêmes documents, sont conceptuellement distincts. Il n'en reste pas moins que, comme le secret professionnel de l'avocat, le privilège relatif au litige est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice » (*Blood Tribe*, par. 9). Il se situe au cœur du système accusatoire et contradictoire que le Québec partage avec les autres provinces. Comme l'ont déjà noté plusieurs tribunaux, le système de justice canadien favorise la recherche de la vérité en permettant aux parties de présenter les meilleurs arguments au tribunal, mettant ce dernier en position de trancher de la manière la plus éclairée possible : *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario*, 2010 ONCA 197,

*Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70, at para. 15. The parties' ability to confidently develop strategies knowing that they cannot be compelled to disclose them is essential to the effectiveness of this process. In Quebec, as in the rest of the country, litigation privilege is therefore inextricably linked to certain founding values and is of fundamental importance. That is a sufficient basis for concluding that litigation privilege, like solicitor-client privilege, cannot be abrogated by inference and that clear, explicit and unequivocal language is required in order to lift it.

[65] This conclusion is consistent with a robust line of authority. Like the Quebec Court of Appeal in the instant case, the Alberta Court of Appeal has also held that a party should not be denied the right to claim litigation privilege without "clear and explicit legislative language to that effect": *TransAlta Corp. v. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32, at para. 36. As well, the Federal Court has applied the principles from *Blood Tribe* to litigation privilege in two cases: *Privacy Commissioner of Canada v. Air Canada*, 2010 FC 429, at paras. 14 and 30-37 (CanLII); *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Privacy Commissioner of Canada*, 2010 FC 736, at para. 115 (CanLII).

[66] In the case at bar, s. 337 *ADFPS*, on which the syndic is relying, merely authorizes a request for the production of "any . . . document" without further precision. This is what the Court characterized in *Blood Tribe* as a "general production provision that does not specifically indicate that the production must include records for which . . . privilege is claimed" (para. 21). In fact, s. 337 *ADFPS* is even less specific than the provisions at issue in *Blood Tribe*, which empowered the investigator to obtain all the evidence he or she wished to obtain, "whether or not it is or would be admissible in a court of law" and "in the same manner and to the same extent as a superior court of record" (s. 12 *PIPEDA*, now s. 12.1).

260 O.A.C. 125, par. 39; *Slocan Forest Products Ltd. c. Trapper Enterprises Ltd.*, 2010 BCSC 1494, 100 C.P.C. (6th) 70, par. 15. La capacité des parties d'élaborer leur stratégie en toute confiance et à l'abri d'une divulgation forcée est une condition *sine qua non* de l'efficacité de ce processus. Au Québec comme ailleurs au pays, le privilège relatif au litige est donc inextricablement lié à des valeurs fondatrices et revêt une importance fondamentale. Cela suffit pour conclure que, comme le secret professionnel de l'avocat, il ne peut être supprimé par inférence et que des termes clairs, explicites et non équivoques sont nécessaires pour l'écarter.

[65] Cette conclusion est conforme à un solide courant de jurisprudence. En plus de la Cour d'appel du Québec en l'espèce, la Cour d'appel de l'Alberta a elle aussi conclu qu'une partie ne devrait pas être privée du droit de revendiquer le privilège relatif au litige sans [TRADUCTION] « qu'un texte législatif clair et explicite ne le prévoit » : *TransAlta Corp. c. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, 577 A.R. 32, par. 36. Dans deux décisions, la Cour fédérale a également appliqué les principes issus de l'arrêt *Blood Tribe* au privilège relatif au litige : *Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Air Canada*, 2010 CF 429, par. 14 et 30-37 (CanLII); *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada*, 2010 CF 736, par. 115 (CanLII).

[66] En l'espèce, l'art. 337 *LDPSF* sur lequel s'appuie la syndique n'autorise que la demande de communication de « tout document », sans plus. Il s'agit de ce que la Cour a qualifié dans *Blood Tribe* de « disposition générale relative à la production de documents qui ne précise pas clairement qu'elle s'applique aux documents à l'égard desquels est invoqué le privilège » (par. 21). En fait, l'art. 337 *LDPSF* est encore moins précis que les dispositions en cause dans *Blood Tribe*, qui permettaient à l'enquêteur d'obtenir tous les documents voulus « indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux » et « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives » (art. 12 *LPRPDE*, maintenant art. 12.1).



[67] A provision that merely refers to the production of “any . . . document” does not contain sufficiently clear, explicit and unequivocal language to abrogate litigation privilege. There are a number of statutes that provide for the disclosure or production of “any . . . document” without further precision. As the intervener Advocates’ Society points out, Quebec’s *Code of Civil Procedure* does so, as do the rules of civil procedure of several other provinces. Some courts have held in the past that rules of civil procedure providing for the disclosure of documents in very general terms did not contain the language that would be required in order to abrogate litigation privilege: *Louch v. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8, at para. 63; *Ward v. Pasternak*, 2015 BCSC 1190, at paras. 37-38 (CanLII). The same conclusion applies in the instant case.

C. *Collateral Issue: The Professional Code and Litigation Privilege*

[68] I must address one final point. In response to certain comments made in the Court of Appeal’s reasons, the Barreau du Québec has intervened in this Court to raise a collateral issue with respect to the scope of s. 192 of the *Professional Code*, as amended in 1994. That section explicitly abrogates professional secrecy in the context of a disciplinary inquiry, but does not refer to the assertion of litigation privilege by a professional in such a context. In its reasons, the Court of Appeal made two references to s. 192 (at paras. 23 and 30) to illustrate a situation in which the legislature has expressly abrogated professional secrecy, which it has not done in s. 337 *ADFPS*.

[69] Wishing to clear up any ambiguity concerning the scope of those comments, the Barreau submits that s. 192 should be read as abrogating not only professional secrecy, but also litigation privilege, even though it does not actually mention the latter. The Barreau relies on *Blank*, in which this Court held that the protection afforded to solicitor-client privilege by s. 23 of the *Access to Information Act*, which did not mention litigation privilege, also applied to the latter privilege.

[67] Une disposition qui traite simplement de la communication de « tout document » ne contient pas de termes suffisamment clairs, explicites et non équivoques pour écarter le privilège relatif au litige. Plusieurs lois prévoient la communication ou la production de « tout document » sans plus de précision. Comme l’indique l’intervenante Advocates’ Society, le *Code de procédure civile* du Québec le fait, tout comme les règles de procédure civile de plusieurs autres provinces. Certains tribunaux ont déjà conclu que des règles de procédure civile prévoyant la communication de documents en des termes très généraux ne contiennent pas le langage requis pour mettre à l’écart le privilège relatif au litige : *Louch c. Decicco*, 2007 BCSC 393, 39 C.P.C. (6th) 8, par. 63; *Ward c. Pasternak*, 2015 BCSC 1190, par. 37-38 (CanLII). Cette conclusion s’impose en l’espèce.

C. *Une question incidente : le Code des professions et le privilège relatif au litige*

[68] Je dois aborder un dernier point. À la suite de certains propos contenus dans l’arrêt de la Cour d’appel, le Barreau du Québec est intervenu devant nous pour soulever une question incidente sur la portée de l’art. 192 du *Code des professions*, dont la modification remonte à 1994. Cette disposition écarte nommément le secret professionnel lors d’une enquête disciplinaire, mais ne mentionne pas le privilège relatif au litige que pourrait invoquer le professionnel sous enquête. Dans ses motifs, la Cour d’appel réfère à cet article à deux endroits (par. 23 et 30) pour illustrer une situation où le législateur écarte expressément le secret professionnel de l’avocat, ce que ne fait pas l’art. 337 *LDPSF*.

[69] Soucieux de dissiper toute ambiguïté quant à la portée de ces propos, le Barreau soutient que l’art. 192 devrait être lu comme écartant non seulement le secret professionnel, mais également le privilège relatif au litige, et ce, bien que cette disposition n’en fasse pas mention. Le Barreau invoque à l’appui l’arrêt *Blank*, où la Cour a considéré que la protection offerte au secret professionnel de l’avocat par l’art. 23 de la *Loi sur l’accès à l’information*, disposition par ailleurs muette sur le privilège relatif au litige, s’étendait à ce dernier privilège.

[70] Although I am mindful of the concerns expressed by the Barreau, I am of the opinion that it would not be appropriate for the Court to rule on this issue at this time without full argument in an adversarial context by all parties who might have an interest in it.

#### VI. Disposition

[71] Litigation privilege is a class privilege that is distinct from solicitor-client privilege and is subject to certain defined exceptions that do not apply in this case. Given the absence of clear, explicit and unequivocal language in the *ADFPS* providing for the abrogation of this privilege, it may be asserted against the syndic, and the Superior Court and Court of Appeal were right to reach this conclusion. I would accordingly dismiss the appeal with costs to Aviva.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Mercier Leduc, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Stikeman Elliott, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Langlois lawyers, Québec.*

[70] Bien que je sois conscient des préoccupations exprimées par le Barreau, j'estime que la Cour n'a pas à trancher définitivement cette question ici en l'absence de débat contradictoire complet impliquant toutes les parties potentiellement intéressées sur le sujet.

#### VI. Dispositif

[71] Le privilège relatif au litige est un privilège générique, distinct du secret professionnel de l'avocat, et sujet à quelques exceptions circonscrites qui ne s'appliquent pas ici. En l'absence de termes clairs, explicites et non équivoques dans le libellé de la *LDPSF* prévoyant sa mise à l'écart, ce privilège est opposable à la syndique, et la Cour supérieure ainsi que la Cour d'appel ont eu raison de conclure en ce sens. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens en faveur d'Aviva.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Mercier Leduc, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Stikeman Elliott, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Langlois avocats, Québec.*