

- | | |
|--|---|
| <p style="text-align: right;">A-472-94</p> <p>Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of the other members of the Samson Indian Nation and Band and The Samson Indian Band and Nation (<i>Plaintiffs</i>) (<i>Respondents</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen in Right of Canada, The Honourable Pierre Cadieux, Minister of Indian Affairs and Northern Development, The Honourable Michael Wilson, Minister of Finance and Donald Goodwin, Assistant Deputy Minister, Department of Indian Affairs and Northern Development (<i>Defendants</i>) (<i>Appellants</i>)</p> <p style="text-align: right;">T-1386-90</p> | <p style="text-align: right;">A-472-94</p> <p>Le chef Victor Buffalo, agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Nation et de la Bande des Indiens Samson et La Bande et la Nation des Indiens Samson (<i>demandeurs</i>) (<i>intimés</i>)</p> <p>a</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine du chef du Canada, l'honorable Pierre Cadieux, ministre des Affaires indiennes et du Nord, l'honorable Michael Wilson, ministre des Finances et Donald Goodwin, sous-ministre adjoint, ministère des Affaires indiennes et du Nord (<i>défendeurs</i>) (<i>appelants</i>)</p> <p>b</p> <p>c</p> <p style="text-align: right;">T-1386-90</p> |
| <p>Chief Jerome Morin acting on his own behalf as well as on behalf of all the members of Enoch's Band of Indians and the Residents thereof on and of Stony Plain Reserve No. 135 (<i>Plaintiffs</i>) (<i>Respondents</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen in Right of Canada (<i>Defendant</i>) (<i>Appellant</i>)</p> <p style="text-align: right;">T-1254-92</p> | <p>Le chef Jerome Morin, agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Bande des Indiens Enoch et des résidents de la réserve n° 135 de Stony Plain (<i>demandeurs</i>) (<i>intimés</i>)</p> <p>d</p> <p>e</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine du chef du Canada (<i>défenderesse</i>) (<i>appelante</i>)</p> <p>f</p> <p style="text-align: right;">T-1254-92</p> |
| <p>Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraym, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation (<i>Plaintiffs</i>) (<i>Respondents</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen in Right of Canada, The Honourable Thomas R. Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development and The Honourable Donald Mazankowski, Minister of Finance (<i>Defendants</i>) (<i>Appellants</i>)</p> | <p>Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraym, chef et conseillers élus de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin, agissant en leur nom et au nom de tous les membres de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin (<i>demandeurs</i>) (<i>intimés</i>)</p> <p>g</p> <p>h</p> <p>i</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine du chef du Canada, l'honorable Thomas R. Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord et l'honorable Donald Mazankowski, ministre des Finances (<i>défendeurs</i>) (<i>appelants</i>)</p> <p>j</p> |

INDEXED AS: *SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (C.A.)*

RÉPERTORIÉ: *NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, MacGuigan and Décary J.J.A.—Vancouver, April 4; Ottawa, May 12, 1995.

Cour d'appel, juges Pratte, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Vancouver, 4 avril; Ottawa, 12 mai 1995.

Practice — Privilege — Solicitor-client privilege — Privilege now extending broadly to include any consultation for legal advice, whether litigious or not — Litigation privilege not limited to advice — As to general solicitor-client privilege in case involving alleged trust relationship between Crown, Indians, Crown's responsibility to all Canadians to be taken into account — Privileged documents not ordered disclosed for reasons of equity, openness — No implied waiver of privilege.

Pratique — Communications privilégiées — Privilège des communications entre avocat et client — La portée du privilège s'étend maintenant de manière à inclure toute consultation en vue d'obtenir des conseils juridiques, sans égard à l'existence d'un litige — Le privilège des communications liées à une instance ne se limite pas aux conseils — Quant au privilège général des communications entre avocat et client lorsqu'un rapport fiduciaire entre la Couronne et les Indiens est invoqué, la responsabilité de la Couronne envers l'ensemble de la population doit être prise en considération — La divulgation de documents faisant l'objet d'un privilège ne peut pas être ordonnée pour des motifs d'équité et de transparence — Pas de renonciation implicite au privilège.

Native peoples — Crown asserting solicitor-client privilege for documents in breach of trust actions — Alleged trust relationship between Crown, Indians not superseding privilege claim — Practices covering private trusts not automatically applicable to Crown trusts — Crown acting not only for Indians — Accountable to all Canadians — Solicitor-client privilege not ousted by equity, openness considerations.

Peuples autochtones — La Couronne invoque le privilège des communications entre avocat et client relativement à des documents dans des actions intentées pour violation d'obligations fiduciaires — Le prétendu rapport de fiducie entre la Couronne et les Indiens ne prévaut pas sur la revendication du privilège — Les pratiques gouvernant les rapports fiduciaires privés ne sont pas automatiquement applicables aux rapports fiduciaires de la Couronne — La Couronne ne représente pas seulement les Indiens — Elle doit aussi rendre des comptes à tous les Canadiens — Le privilège des communications entre avocat et client ne peut être écarté pour des motifs d'équité et de transparence.

Crown — Trusts — Crown asserting solicitor-client privilege for documents in breach of trust actions brought by Indian Bands — Whether alleged trust relationship superseding privilege — Practices relating to private trusts not automatically applicable to Crown trusts — Crown not ordinary "trustee" — Acting in interest of Indians but accountable to all Canadians.

Couronne — Fiducies — La Couronne invoque le privilège des communications entre avocat et client relativement à des documents dans des actions intentées par des bandes indiennes pour violation d'obligations fiduciaires — Le rapport fiduciaire allégué prévaut-il sur le privilège? — Les pratiques gouvernant les rapports fiduciaires privés ne sont pas automatiquement applicables aux rapports fiduciaires de la Couronne — La Couronne n'est pas un «fiduciaire» ordinaire — Elle représente les intérêts des Indiens, mais elle doit rendre des comptes à l'ensemble de la population.

In three actions for breach of trust, the Crown claimed privilege, *inter alia*, with respect to documents a) on the basis of solicitor-client privilege in litigation and b) on the basis of a general solicitor-client privilege, the legal professional privilege. The Motions Judge allowed the Crown's claim with respect to documents for which solicitor-client privilege in litigation was claimed but only to the extent that they were initiated for the "dominant purpose of advising in the conduct of this litigation". The Motions Judge ordered the production of the documents for which the legal professional privilege was claimed, "subject to objection by [the Crown] to production where [its] concern is more than reliance on general solicitor-client privilege". This was an appeal from that decision.

Dans trois actions pour violation d'obligations fiduciaires, la Couronne a invoqué un privilège, entre autres, en ce qui concerne des documents a) le privilège des communications entre avocat et client liées à une instance et b) le privilège général des communications entre avocat et client, à savoir le secret professionnel de l'avocat. Le juge des requêtes a accueilli la demande de la Couronne quant aux documents pour lesquels elle invoquait le privilège des communications entre avocat et client liées à une instance, mais seulement dans la mesure où ils avaient été préparés «principalement en vue de la fourniture de conseils relativement à la poursuite de l'instance». Le juge des requêtes a ordonné la production des documents pour lesquels la Couronne revendiquait le secret professionnel de l'avocat, «sous réserve de toute objection soulevée par [la Couronne] pour s'opposer à leur production en invoquant un motif

Held, the appeal should be allowed.

The recognition of privileged communications between lawyers and their clients, originally only an exemption from testimonial compulsion, today includes communications exchanged during other litigation, those made in contemplation of litigation, and, ultimately, any consultation for legal advice, whether litigious or not. The privilege has gradually been given a particularly broad scope. Solicitor-client privilege, therefore, is not to be interfered with except to the extent absolutely necessary, and any conflict should be resolved in favour of protecting confidentiality.

With respect to the litigation privilege, the Motions Judge has unduly restricted its scope when he used the words "documents . . . initiated for the dominant purpose of advising in the conduct of this litigation". Privilege in relation to litigation is not limited to advice. And it extends to communications in respect of any litigation, actual or contemplated. The order will therefore be amended to read: "documents . . . initiated for the dominant purpose of the conduct of litigation".

With respect to the general solicitor-client privilege or legal advice privilege, the respondents invoked the alleged trust relationship between the Crown and the Indians to argue that this relationship superseded the claim of privilege. The first condition for the application of the trust principle (that the legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries) at the discovery stage is fulfilled: whatever may be the precise nature of the relationship between the Crown and the Indians, it would *prima facie* qualify as a trust-style relationship for this purpose. However, the rules and practices developed with respect to private trusts do not apply automatically to Crown "trusts". The Crown is no ordinary "trustee". It acts not only on behalf or in the interest of the Indians, but it is also accountable to the whole Canadian population. It is engaged in many regards in continuous litigation. Considering the Crown's many "clients" or "beneficiaries", one cannot assume that all documents at issue concern the respondents.

It is preferable to err on the side of caution and protect privilege, particularly since the respondents will have the opportunity before a motions judge to challenge the claim of privilege document by document.

Reasons of equity and openness cannot found an order of disclosure of privileged documents.

There was no basis to the argument that where a fiduciary puts its state of mind at issue by pleading that it had acted honestly and reasonably there is an implied waiver of privilege and

autre que le privilège général des communications entre avocat et client». Il s'agit de l'appel de cette décision.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

La reconnaissance de la protection des communications entre les avocats et leurs clients, à l'origine, uniquement une exception à la contraignabilité des témoins, comprend maintenant les communications échangées dans le cadre d'une autre instance, celles établies dans la perspective d'une instance et, enfin, toute consultation en vue d'obtenir des conseils juridiques, sans égard à l'existence d'un litige. On a graduellement reconnu au privilège une portée particulièrement grande. Le privilège des communications entre avocat et client, par conséquent, ne doit pas être restreint, sauf dans la mesure où cette restriction est absolument nécessaire, et tout conflit doit être résolu en faveur de la confidentialité.

En ce qui concerne le privilège des communications liées à une instance, le juge des requêtes l'a restreint indûment lorsqu'il a utilisé les termes «documents . . . préparés principalement en vue de la fourniture de conseils relativement à la poursuite de l'instance». Le privilège des communications liées à une instance ne se limite pas aux conseils. Il englobe les communications liées à toute instance, en cours ou envisagée. L'ordonnance sera donc modifiée de la façon qu'elle se lise ainsi: «documents . . . préparés principalement en vue de la poursuite d'une instance».

En ce qui concerne le privilège général des communications entre avocat et client, ou secret professionnel de l'avocat, les intimés ont affirmé qu'il y aurait un rapport fiduciaire entre la Couronne et les Indiens, et que ce rapport prévaudrait sur le privilège revendiqué. La première condition à l'application du principe de la fiducie au stade de l'enquête préalable (soit que les conseils juridiques demandés par le fiduciaire appartiennent aux bénéficiaires) est remplie: quelle que soit la nature exacte du rapport entre la Couronne et les Indiens, il pourrait être considéré à première vue comme un rapport de nature fiduciaire à cette fin. Il ne s'ensuit toutefois pas que les règles et les pratiques établies relativement aux fiducies privées s'appliquent automatiquement aux «fiducies» de la Couronne. La Couronne n'est pas un «fiduciaire» ordinaire. Non seulement agit-elle au nom ou dans l'intérêt des Indiens, mais encore doit-elle rendre compte à l'ensemble de la population canadienne. Elle participe, à de nombreux égards, à des litiges en instance. Compte tenu des nombreux «clients» ou «bénéficiaires» de la Couronne, il n'est pas possible de présumer que tous les documents en question concernent les intimés.

Il est préférable de pécher par excès de prudence et de protéger le privilège, particulièrement si l'on tient compte que les intimés auront la possibilité de contester devant un juge des requêtes la revendication du privilège pour chaque document pris individuellement.

Une ordonnance de divulgation de documents protégés par un privilège ne peut se fonder sur des motifs d'équité et de transparence.

Il n'y a aucun fondement à l'argument selon lequel lorsqu'un fiduciaire soulève la question de son état d'esprit en plaidant qu'il a agi honnêtement et raisonnablement, tous les

all documents relating to the alleged breach of its legal obligations must be disclosed. This is certainly so where, as here, the pleadings do not expressly allege reliance on legal advice.

documents concernant la prétendue violation de ses obligations juridiques doivent être divulgués. C'est certainement le cas lorsque, comme en l'espèce, les actes de procédure ne mentionnent pas expressément que l'on a agi sur la foi des conseils juridiques.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 450 (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Re Ballard Estate* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Gen. Div.); *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241.

DISTINGUISHED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

REFERRED TO:

R. v. Littlechild (1979), 19 A.R. 395; 108 D.L.R. (3d) 340; [1980] 1 W.W.R. 742; 51 C.C.C. (2d) 406; 11 C.R. (3d) 390 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Weiler v. Canada (Department of Justice)*, [1991] 3 F.C. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163 (T.D.); *Balabel v Air-India*, [1988] 2 All ER 246 (C.A.); *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd v Commissioners of Customs and Excise (No 2)*, [1973] 2 All ER 1169 (H.L.); *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] F.C. 184; (1975), 55 D.L.R. (3d) 713; 22 C.C.C. (2d) 70; 18 C.P.R. (2d) 155; 29 C.R.N.S. 361 (C.A.); *IBM Canada Limited-IBM Canada Limitée v. Xerox of Canada Limited*, [1978] 1 F.C. 513; (1977), 32 C.P.R. (2d) 205; 15 N.R. 11 (C.A.); *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.).

APPEAL from an order of the Motions Judge (*Samson Indian Band v. Canada*, [1994] F.C.J. No. 1448 (T.D.) (QL)) on claims of solicitor-client privi-

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 450 (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Re Ballard Estate* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Div. gén.); *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Littlechild (1979), 19 A.R. 395; 108 D.L.R. (3d) 340; [1980] 1 W.W.R. 742; 51 C.C.C. (2d) 406; 11 C.R. (3d) 390 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*, [1991] 3 C.F. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163 (1^{re} inst.); *Balabel v Air-India*, [1988] 2 All ER 246 (C.A.); *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd v Commissioners of Customs and Excise (No 2)*, [1973] 2 All ER 1169 (H.L.); *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] C.F. 184; (1975), 55 D.L.R. (3d) 713; 22 C.C.C. (2d) 70; 18 C.P.R. (2d) 155; 29 C.R.N.S. 361 (C.A.); *IBM Canada Limited-IBM Canada Limitée c. Xerox du Canada Limitée*, [1978] 1 C.F. 513; (1977), 32 C.P.R. (2d) 205; 15 N.R. 11 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une ordonnance décernée par le juge des requêtes (*Bande indienne de Samson c. Canada*, [1994] F.C.J. n° 1448 (1^{re} inst.) (QL)) sur une reven-

lege with respect to documents which the Bands wanted the Crown to produce at the discovery stage of actions for breach of duty in the administration of a trust.

COUNSEL:

Barbara Ritzen for defendants (appellants).
Edward H. Molstad, Q.C. and *Owen Young* for plaintiffs (respondents) (Chief Victor Buffalo and The Samson Indian Band and Nation).
L. Leighton Decore for plaintiffs (respondents) (Chief Jerome Morin and members of Enoch's Band of Indians and the Residents thereof on and of Stone Plain Reserve No. 135).
Marvin R. V. Storrow, Q.C. and *Maria A. Morellato* for plaintiffs (respondents) (Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for defendants (appellants).
Molstad, Gilbert, Edmonton for plaintiffs (respondents) (Chief Victor Buffalo and The Samson Indian Band and Nation).
Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, for plaintiffs (respondents) (Chief Jerome Morin and members of Enoch's Band of Indians and the Residents thereof on and of Stone Plain Reserve No. 135).
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for plaintiffs (respondents) (Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN AND DÉCARY J.J.A.: This appeal relates to three actions, T-2022-89, T-1386-90, T-1254-92, in which the statements of claim are very similar and the issues at law and of fact are the same. The actions are to be tried together on common evidence.

lication du privilège des communications entre avocat et client relativement à des documents que les bandes indiennes voulaient que la Couronne produise à l'étape de la communication de documents dans des actions intentées pour violation d'obligation dans le cadre de l'administration d'une fiducie.

AVOCATS:

Barbara Ritzen pour les défendeurs (appellants).
Edward H. Molstad, c.r. et *Owen Young* pour les demandeurs (intimés) (le chef Victor Buffalo et la Nation et la Bande des Indiens Samson).
L. Leighton Decore pour les demandeurs (intimés) (le chef Jerome Morin et les membres de la Bande des Indiens Enoch et les résidents de la réserve n° 135 de Stony Plain).
Marvin R. V. Storrow, c.r. et *Maria A. Morellato* pour les demandeurs (intimés) (le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs (appellants).
Molstad, Gilbert, Edmonton pour les demandeurs (intimés) (le chef Victor Buffalo et la Nation et la Bande des Indiens Samson).
Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, pour les demandeurs (intimés) (le chef Jerome Morin et les membres de la Bande des Indiens Enoch et les résidents de la réserve n° 135 de Stony Plain).
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour les demandeurs (intimés) (le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn).

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

LES JUGES MACGUIGAN ET DÉCARY, J.C.A.: L'appel concerne trois actions, portant les numéros T-2022-89, T-1386-90, T-1254-92, dans lesquelles les déclarations sont très semblables et les questions de droit et de fait identiques. Ces actions feront l'objet d'une

The various respondents in these proceedings (“Samson Band”, “Enoch Band”, and “Ermineskin Band”, respectively) commenced action against the various appellants (hereinafter referred to as “the Crown”) on the basis of a breach by the Crown of trust, trust-like, fiduciary or other equitable obligations owed to the respondents in respect of natural resources of and royalties from Indian reserves, moneys paid in trust to the Crown in relation to royalties, and moneys for programs and services.

As required by subsection 448(1) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)] the Crown filed affidavits of documents in respect of the respondents’ actions. Pursuant to subsection 448(2) [as am. *idem*], the Crown identified, in a separate list, all those documents which are or were in the possession, power or control of the Crown and for which privilege is claimed.

By notice of motion the respondents sought an order requiring production of 1,000 or more documents over which the Crown had claimed privilege. The Motions Judge [[1994] F.C.J. N° 1448 (T.D.) (QL)] ordered the Crown to file an amended affidavit of documents, pursuant to *Federal Court Rules*, Rules 448 and 450 [as am. *idem*], identifying in separate lists the following five categories of documents in respect of which privilege had originally been claimed by the Crown: (A) those already produced or agreed to be produced to the respondents; (B) those to be certified by production of a certificate pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*¹; (C) those claimed to be privileged on the basis of solicitor-client privilege in litigation; (D) those which the Crown claims are irrelevant to these actions; (E) those which the Crown claims are subject to a general solicitor and client privilege, the legal professional privilege.

¹ R.S.C., 1985, c. C-5.

seule et même instruction au cours de laquelle une preuve commune sera produite.

Les différents intimés dans la présente instance (la «Bande Samson», la «Bande Enoch» et la «Bande Ermineskin», respectivement) ont intenté une action contre les différents appelants (ci-après appelés «la Couronne») en invoquant la violation, par la Couronne, de ses obligations fiduciaires, de nature fiduciaire ou en *equity* envers les intimés, relativement à des ressources naturelles situées sur des réserves indiennes et à des redevances qui en proviennent, à des sommes versées en fiducie à la Couronne concernant des redevances et à des fonds destinés à des programmes et à des services.

Conformément aux exigences du paragraphe 448(1) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15)], la Couronne a déposé des affidavits de documents dans les actions des intimés. Par application du paragraphe 448(2) [mod., *idem*] des *Règles*, la Couronne a indiqué, dans une liste séparée, les documents qui sont ou qui étaient en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde, et à l’égard desquels un privilège est revendiqué.

Les intimés ont demandé, par voie d’avis de requête, une ordonnance enjoignant à la Couronne de produire au moins 1 000 documents à l’égard desquels elle a revendiqué un privilège. Le juge des requêtes [[1994] F.C.J. n° 1448 (1^{re} inst.) (QL)] a ordonné à la Couronne de déposer un affidavit de documents modifié, conformément aux Règles 448 et 450 [mod., *idem*] des *Règles de la Cour fédérale*, en indiquant dans des listes séparées les cinq catégories suivantes de documents à l’égard desquels elle a revendiqué un privilège à l’origine: (A) les documents qu’elle a déjà remis, ou qu’elle a accepté de remettre aux intimés; (B) les documents devant faire l’objet d’une attestation par application de l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹; (C) les documents à l’égard desquels elle a revendiqué le privilège des communications entre avocat et client protégeant les documents préparés en vue d’une instance; (D) les documents que la Couronne prétend non pertinents aux actions; (E) les documents à l’égard des-

¹ L.R.C. (1985), ch. C-5 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).

No order was made by the Motions Judge with respect to group A. With respect to group B he held that the Crown had not complied with section 39 of the *Canada Evidence Act*, and gave directions as to compliance, which have not been appealed. With respect to class D, he held that the Court would not order the production of irrelevant documents, but that the onus was on the Crown to establish irrelevance, and that the Court would review the documents if necessary. The Crown's appeal to this order relates to classes C and E, which read as follows (Appeal Book, Vol. III, at pages 415-416):

Schedule IIC—Documents for which solicitor and client privilege is claimed on the ground they were initiated for the dominant purpose of advising in the conduct of this litigation. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case whether it is privileged or is to be produced.

Schedule IIE—Documents, which are relevant, for which the defendants claim solicitor and client privilege. These documents shall be produced forthwith to the plaintiffs, subject to objection by defendants to production where the defendants' concern is more than reliance on general solicitor and client privilege. If objection not be resolved by agreement, any party may apply for disposition of the matter by the Court.

It should be noted that the parties have signed a confidentiality document which restricts the use of all documents to the purposes of this litigation only.

Solicitor and client privilege: description

The recognition of privileged communications between lawyers and their clients, as fundamental to the due administration of justice, dates back some four centuries, and originally was only an exemption from testimonial compulsion. The privilege has gradually been extended to include communications

quels la Couronne revendique le privilège général des communications entre avocat et client, savoir le secret professionnel de l'avocat.

Le juge des requêtes n'a prononcé aucune ordonnance concernant la catégorie A. En ce qui a trait à la catégorie B, il a statué que la Couronne n'avait pas satisfait à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* et lui a donné des directives pour qu'elle s'y conforme; ces directives n'ont pas été portées en appel. En ce qui a trait à la catégorie D, il a décidé que la Cour n'ordonnerait pas la production de documents non pertinents, mais qu'il incombait à la Couronne d'établir leur non-pertinence et que la Cour examinerait les documents au besoin. La Couronne a interjeté appel des dispositions de l'ordonnance touchant les catégories C et E, qui se lisent comme suit (Cahier d'appel, vol. III, aux pages 415 et 416):

[TRADUCTION] Annexe IIC—Les documents à l'égard desquels on revendique le privilège des communications entre avocat et client, au motif qu'ils ont été préparés principalement en vue de la fourniture de conseils relativement à la poursuite de l'instance. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et décidera s'il est protégé ou s'il doit être produit.

Annexe IIE—Les documents, qui sont pertinents, à l'égard desquels les défendeurs revendiquent le privilège des communications entre avocat et client. Ces documents doivent être remis immédiatement au demandeur, sous réserve de toute objection soulevée par les défendeurs pour s'opposer à leur production en invoquant un motif autre que le privilège général des communications entre avocat et client. Si pareille objection ne peut être résolue par voie d'entente, l'une ou l'autre des parties pourra demander à la Cour de trancher la question.

Soulignons que les parties ont signé un accord de confidentialité qui limite l'utilisation de tous les documents aux fins de l'instance.

Le privilège des communications entre avocat et client: description

La reconnaissance de la protection des communications entre les avocats et leurs clients, comme un élément essentiel de la bonne administration de la justice, remonte à environ quatre siècles. À l'origine, il s'agissait uniquement d'une exception à la contraignabilité des témoins. On a graduellement étendu la

exchanged during other litigation, those made in contemplation of litigation, and, ultimately, any consultation for legal advice, whether litigious or not.

Today, it is generally recognized that there are two distinct branches of solicitor and client privilege: the litigation privilege and the legal advice privilege. The litigation privilege protects from disclosure all communications between a solicitor and client, or third parties, which are made in the course of preparation for any existing or contemplated litigation. The legal advice privilege protects all communications, written or oral, between a solicitor and a client that are directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice; it is not necessary that the communication specifically request or offer advice, as long as it can be placed within the continuum of communication in which the solicitor tenders advice; it is not confined to telling the client the law and it includes advice as to what should be done in the relevant legal context.

The principles relating to solicitor and client privilege apply in both civil and criminal cases, and they apply regardless of whether the solicitor is in private practice or is a salaried or government solicitor.²

² See: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 836; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Littlechild* (1979), 19 A.R. 395 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; *Weiler v. Canada (Department of Justice)*, [1991] 3 F.C. 617 (T.D.); *Balabel v Air-India*, [1988] 2 All ER 246 (C.A.); *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] F.C. 184 (C.A.); *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd v Commissioners of Customs and Excise (No 2)*, [1973] 2 All ER 1169 (H.L.); *IBM Canada Limited-IBM Canada Limitée v. Xerox of Canada Limited*, [1978] 1 F.C. 513 (C.A.); *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.).

portée de ce privilège pour y inclure les communications échangées dans le cadre d'une autre instance, celles faites dans la perspective d'une instance et, enfin, toute consultation en vue d'obtenir des conseils juridiques, sans égard à l'existence d'un litige.

De nos jours, on reconnaît généralement qu'il existe deux volets distincts au privilège des communications entre avocat et client: le privilège des communications liées à une instance et le privilège des conseils juridiques. Le privilège des communications liées à une instance permet d'éviter la divulgation de toutes les communications entre l'avocat et son client ou des tiers, faites dans le cadre de la préparation d'une instance en cours ou envisagée. Le privilège des conseils juridiques protège toutes les communications entre un avocat et son client, écrites ou orales, qui sont directement liées à la demande, à la formulation ou à la fourniture de conseils juridiques; il n'est pas nécessaire que la communication constitue une demande ou une offre expresse de conseils, dans la mesure où elle peut être tenue pour faire partie d'une communication continue au cours de laquelle l'avocat dispense des conseils; la communication protégée ne se limite pas à l'exposé du droit présenté au client, et elle comprend les conseils touchant les mesures à prendre dans le contexte juridique pertinent.

Les principes liés au privilège des communications entre avocat et client s'appliquent tant en matière civile qu'en matière criminelle et sans égard au fait que l'avocat exerce en cabinet privé, qu'il soit un avocat salarié, ou qu'il appartienne à la fonction publique².

² Voir: *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 836; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. v. Littlechild* (1979), 19 A.R. 395 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*, [1991] 3 C.F. 617 (1^{re} inst.); *Balabel v Air-India*, [1988] 2 All ER 246 (C.A.); *Shell Canada Ltd. (In re)*, [1975] C.F. 184 (C.A.); *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd v Commissioners of Customs and Excise (No 2)*, [1973] 2 All ER 1169 (H.L.); *IBM Canada Limited-IBM Canada Limitée c. Xerox du Canada Limitée*, [1978] 1 C.F. 513 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1^{re} inst.).

In recent years the privilege has been given a particularly broad scope. In *Solosky v. The Queen*, Dickson J. (as he then was) stated:³

Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room. The courts, unwilling to so restrict the concept, have extended its application well beyond those limits.

In the subsequent case of *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, the Supreme Court, per Lamer J. (as he then was), went on to say:⁴

It is quite apparent that the Court in that case [*Solosky*] applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

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

Contrary to the contention of the respondent Samson Band, solicitor-client privilege, therefore, is not to be interfered with except to the extent absolutely neces-

Depuis quelques années, ce privilège est interprété comme ayant une portée particulièrement large. Dans *Solosky c. La Reine*, le juge Dickson (alors juge puîné) a déclaré³:

a Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites.

Dans une affaire ultérieure, la cause *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, le juge Lamer (alors juge puîné) a ajouté, au nom de la Cour suprême⁴:

c De toute évidence la Cour, dans cette cause, appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

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

Contrairement à la prétention de la Bande Samson, intimée, le privilège des communications entre avocat et client ne doit donc pas être restreint, sauf dans

³ *Supra*, note 2, at p. 836.

⁴ *Supra*, note 2, at p. 875.

³ *Supra*, note 2, à la p. 836.

⁴ *Supra*, note 2, à la p. 875.

sary, and any conflict should be resolved in favour of protecting confidentiality.⁵

Appeal with respect to class C (the litigation privilege)

With respect to the third class (the litigation privilege, Schedule IIC of the order), the Crown's contention is that the privilege was unduly restricted by the Motions Judge when he used the words "documents . . . initiated for the dominant purpose of advising in the conduct of this litigation" (our emphasis).

We accept that contention. On the one hand, privilege in relation to litigation is not limited to advice. On the other hand, it extends to communications in respect of any litigation, actual or contemplated.⁶ It would therefore seem more accurate to amend the Motions Judge's statement in the first sentence of Schedule IIC to read: "documents . . . initiated for the dominant purpose of the conduct of litigation".

The Crown appears to have been particularly concerned about the revelation of documents from this case in other similar pending cases and from related completed cases in this case. Counsel for the Enoch Band, which appears to be the only respondent having such an issue, disclaimed before us any intention to challenge the Crown on this point, so that it may be regarded here as a non-issue. In any event the amendment above should take care of that problem, if it arises.

Appeal with respect to class E (the legal advice privilege)

It is settled law that where there is a trust relationship, no privilege attaches to communications between a solicitor and the trustee as against the beneficiaries who have a joint interest with the trustee in

⁵ We do not find *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, the relevance of which was urged on us by the Crown, helpful in this context, because of its relating so exclusively to criminal procedure.

⁶ See: *Solosky*, *supra* note 2, at p. 834.

la mesure où cette restriction est absolument nécessaire, et tout conflit doit être résolu en faveur de la confidentialité⁵.

L'appel relatif à la catégorie C (le privilège des communications liées à une instance)

En ce qui a trait à la troisième catégorie (le privilège des communications liées à une instance, Annexe IIC de l'ordonnance), la Couronne fait valoir que le juge des requêtes a restreint indûment ce privilège en utilisant les termes «documents . . . préparés principalement en vue de la fourniture de conseils relativement à la poursuite de l'instance» (non souligné dans le texte original).

Nous retenons cet argument. D'une part, le privilège lié à une instance ne se limite pas aux conseils. D'autre part, il englobe les communications liées à toute instance, en cours ou envisagée⁶. Il semble par conséquent plus juste de modifier la première phrase énoncée par le juge des requêtes dans l'Annexe IIC, de façon qu'elle se lise ainsi: «documents . . . préparés principalement en vue de la poursuite d'une instance».

La Couronne semble se préoccuper particulièrement de la divulgation de documents relatifs à la présente instance dans des affaires similaires en cours et de documents liés à des instances connexes terminées dans la présente instance. L'avocat de la Bande Enoch, qui semble être la seule partie intimée à soulever cette question, a nié devant nous son intention de s'opposer à la Couronne sur ce point, de sorte que la question ne semble pas en litige en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la modification énoncée plus haut réglerait ce problème, le cas échéant.

L'appel relatif à la catégorie E (le privilège des conseils juridiques)

Il est bien établi en droit qu'en présence d'un rapport fiduciaire, aucun privilège protégeant les communications entre l'avocat et le fiduciaire ne peut être opposé aux bénéficiaires qui ont un intérêt conjoint

⁵ Selon nous, l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, dont la Couronne a fait valoir la pertinence, n'est pas utile en l'espèce parce qu'il concerne la procédure criminelle de façon exclusive.

⁶ Voir: *Solosky*, *supra* note 2, à la p. 834.

the subject-matter of the communications. The matter was recently canvassed by Lederman J. in *Re Ballard Estate*, where it was said:⁷

Both counsel recognized the principle that communications passing between an executor or trustee and a solicitor are not privileged as against beneficiaries who are claiming under the will or trust. The rationale was set out in the classic statement of Lord Wrenbury in *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581 at pp. 626-27, [1920] All E.R. Rep. 1 (H.L.), as follows:

If the plaintiff is right in saying that he is a beneficiary, and if the documents are documents belonging to the executors as executors, he has a right to access to the documents which he desires to inspect upon what has been called in the judgments in this case a proprietary right. The beneficiary is entitled to see all trust documents because they are trust documents and because he is a beneficiary. They are in this sense his own. Action or no action, he is entitled to access to them. This has nothing to do with discovery. The right to discovery is a right to see someone else's documents. The proprietary right is a right to access to documents which are your own. No question of professional privilege arises in such a case. Documents containing professional advice taken by the executors as trustees contain advice taken by trustees for their cestuis que trust, and the beneficiaries are entitled to see them because they are beneficiaries.

Lederman J. added that (at page 353):

When Lord Wrenbury used the phrase "proprietary right" he was saying no more than the documents in question are in a sense the beneficiary's and is therefore entitled to access them. They are said to belong to the beneficiary not because he or she literally has an ownership interest in them but, rather, because the very reason that the solicitor was engaged and advice taken by the trustees was for the due administration of the estate and for the benefit of all beneficiaries who take or may take under the will or trust.

The Court continued (at page 356):

Moreover, the cases have stated that, whatever approach to the claim of privilege is taken, in actions where the beneficiary is alleging lack of good faith or breach of fiduciary duty, this information is to be made available to him or her. In *Froese v. Montreal Trust Co. of Canada*, [1993] B.C.J. No. 1529 (B.C. Master), leave to appeal refused [1993] B.C.J. No. 1847, the Master put it this way at para. 27:

⁷ (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Gen. Div.), at pp. 351-352.

avec le fiduciaire dans l'objet des communications. Cette question a été analysée récemment par le juge Lederman, dans l'affaire *Re Ballard Estate*⁷:

[TRADUCTION] Les deux avocats ont reconnu le principe selon lequel les communications entre un exécuteur ou un fiduciaire et un avocat ne sont pas protégées par un privilège opposable aux bénéficiaires qui font valoir leurs droits en vertu du testament ou de la fiducie. La raison d'être de ce principe a été énoncée dans l'extrait classique du jugement de Lord Wrenbury dans l'affaire *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581, pp. 626 et 627, [1920] All E.R. Rep. 1 (Ch. des lords):

Si le demandeur a raison d'affirmer qu'il est un bénéficiaire, et si les documents sont des documents appartenant aux exécuteurs en cette qualité, il a le droit d'avoir accès aux documents qu'il désire examiner en vertu de son droit que les jugements en l'espèce ont qualifié de droit propriétaire. Le bénéficiaire est autorisé à consulter tous les documents de la fiducie parce que ce sont des documents de la fiducie et parce qu'il est un bénéficiaire. En ce sens, ils lui appartiennent. Qu'une action soit intentée ou non, il a le droit d'y avoir accès. Ce droit n'a aucun rapport avec la divulgation de documents. Le droit à la divulgation de documents est le droit de voir des documents appartenant à quelqu'un d'autre. Le droit propriétaire est un droit d'accès aux documents qui nous appartiennent. Aucune question relative au privilège du secret professionnel ne saurait être en cause en l'espèce. Les documents contenant des conseils professionnels reçus par les exécuteurs en leur qualité de fiduciaires contiennent des conseils reçus par les fiduciaires au nom des bénéficiaires et ces derniers ont le droit de les consulter parce qu'ils sont bénéficiaires.

Le juge Lederman a ajouté (à la page 353):

[TRADUCTION] Lorsque lord Wrenbury a utilisé l'expression «droit propriétaire», il voulait simplement dire que les documents en cause appartenaient, en un sens, au bénéficiaire et que ce dernier avait donc le droit d'y avoir accès. On dit qu'ils appartiennent au bénéficiaire, non pas parce qu'il a, à proprement parler, un intérêt de propriété sur ces documents, mais plutôt parce que la véritable raison pour laquelle les services de l'avocat ont été retenus et ses conseils ont été reçus par les fiduciaires était la bonne administration de la succession, dans l'intérêt de tous les bénéficiaires qui bénéficient ou peuvent bénéficier du testament ou de la fiducie.

La Cour a poursuivi en déclarant (à la page 356):

[TRADUCTION] De plus, la jurisprudence a établi que, peu importe la façon dont on aborde la revendication d'un privilège, dans les actions où le bénéficiaire allègue l'absence de bonne foi ou la violation d'une obligation fiduciaire, il doit avoir accès à ces renseignements. Dans *Froese v. Montreal Trust Co. of Canada*, [1993] B.C.J. n° 1529 (Prot. C.-B.), autorisation d'appel refusée [1993] B.C.J. n° 1847, le protonotaire s'est exprimé ainsi au paragraphe 27:

⁷ (1994), 20 O.R., (3d) 350 (Div. gén.), aux p. 351 et 352.

I am of the opinion that in the context of litigation in which the plaintiff alleges breach of duty in the administration of a trust and the documents which are sought to be examined are relevant to that issue the plaintiff may succeed on the basis of proprietary right if he makes out a *prima facie* case that he is a beneficiary of the trust and establishes that the documents are documents obtained or prepared by the trustee in the administration of the trust and in the course of the trustee carrying out his duties as trustee. In my view, to require the plaintiff to pursue and complete an action to determine this preliminary issue before documents relevant to the issue of the breach of the alleged trust can be produced would not promote the economical and expeditious resolution of disputes and would not be in the interests of justice.

The respondents rely on what we shall refer to as the “trust principle” to argue that the alleged trust relationship between the Crown and the respondents, if established on a *prima facie* basis, supersedes the claim of privilege. The Motions Judge refused to decide the issue on that basis for the following reason (at pages 14-15):

Determination of the relationship between the parties, and the responsibilities arising in that relationship, is a key to resolution of these actions by the plaintiffs. As noted by counsel for the plaintiffs there are references in relevant statutes that support the concept of a trust relationship of the Crown to aboriginal peoples or to their bands, but ultimately determination of the relationship and attendant responsibilities in this case, in my opinion, must await the hearing of evidence and argument by the trial judge. At this stage there is inadequate basis for that relationship to be determined, or for a decision on production of documents to be based upon a presumption of that relationship.

He nevertheless decided in favour of the respondents on what were, essentially, reasons of equity and openness which cannot, in our respectful view, found an order of disclosure of privileged documents. Indeed, before us, the respondents, while obviously supporting the order of the Motions Judge, did so essentially on the basis of the “trust principle”.

In order for the trust principle to apply at the discovery stage of an action for breach of duty in the administration of a trust, two conditions, in our view, must be fulfilled: the alleged trust relationship must be established on a *prima facie* basis, and the docu-

[TRADUCTION] Je suis d’avis que, dans le cadre d’une instance dans laquelle la partie demanderesse allègue la violation d’une obligation dans l’administration d’une fiducie et lorsque les documents visés par la demande d’examen sont pertinents à cette question, la partie demanderesse doit avoir gain de cause en raison de son droit propriétaire, si elle établit, à première vue, qu’elle est bénéficiaire de la fiducie et que les documents en cause sont des documents obtenus ou préparés par le fiduciaire dans l’administration de la fiducie et dans le cours de l’exécution de ses devoirs de fiduciaire. Selon moi, le fait d’obliger la partie demanderesse à poursuivre l’action et à la mener à terme pour trancher cette question préliminaire avant que les documents pertinents à la question de la violation de la prétendue fiducie puissent être produits, ne favoriserait pas la résolution économique et rapide des litiges et ne servirait pas les intérêts de la justice.

Les intimés s’appuient sur la notion que nous appellerons le «principe de la fiducie» pour faire valoir que le prétendu rapport fiduciaire entre la Couronne et les intimés, s’il est établi à première vue, prévaut sur la revendication du privilège. Le juge affecté aux requêtes a refusé de trancher la question en suivant ce raisonnement pour la raison suivante (aux pages 14 et 15):

La nature de la relation entre les parties, et les responsabilités découlant de cette relation, sont au cœur du règlement des actions intentées par les demandeurs. Comme l’ont noté les avocats des demandeurs, certaines dispositions des lois pertinentes appuient le concept d’une relation de fiduciaire qui lierait la Couronne aux peuples autochtones ou à leurs bandes, mais, au bout du compte, la détermination de cette relation et des responsabilités connexes, en l’espèce, doivent à mon avis attendre que les éléments de preuve et l’argumentation des parties aient été soumis au juge du procès. À cette étape, je ne dispose pas d’une preuve suffisante pour déterminer la nature de cette relation, ni pour fonder une décision ordonnant la production de documents sur la présomption qu’une telle relation existe.

Il a toutefois rendu une décision favorable aux intimés en se fondant essentiellement sur des motifs d’équité et de transparence qui, à notre humble avis, ne peuvent fonder une ordonnance de divulgation de documents protégés par un privilège. De fait, devant nous, les intimés qui appuient l’ordonnance du juge des requêtes l’ont défendue essentiellement en invoquant le «principe de la fiducie».

Selon nous, le principe de la fiducie ne peut s’appliquer au stade de l’enquête préalable, dans une action pour violation d’une obligation dans l’administration d’une fiducie, que si deux conditions sont respectées: le prétendu rapport fiduciaire doit être

ments allegedly belonging to the beneficiaries must be documents obtained or prepared by the trustee in the administration of the trust and in the course of the trustee carrying out his duties as trustee. We have here little concern with respect to the first condition. Our concern is, rather, with the second one.

We are prepared, because of the very special relationship between the Crown and the Indians⁸ and because the Crown is to be held to "a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin et al. v. The Queen et al.*"⁹, to accept that whatever may be the precise nature of the relationship between the Crown and the Indians, it would *prima facie* qualify as a trust-type relationship for the purposes of the application of the trust principle at the discovery stage.

That being said, however, it does not necessarily flow that the rules and practices developed with respect to private trusts apply automatically to Crown "trusts" such as those alleged in the present proceedings.

The basis of the trust principle, as appears from Mr. Justice Lederman's reasons in *Re Ballard Estate*, is the assumption, in cases of private trusts, that legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries "because the very reason that the solicitor was engaged and advice taken by the trustees was for the due administration of the estate and for the benefit of all beneficiaries who take or may take under the will or trust"¹⁰.

That assumption cannot be applied to Crown "trusts". The Crown can be no ordinary "trustee". It wears many hats and represents many interests, some of which cannot but be conflicting. It acts not only on behalf or in the interest of the Indians, but it is also accountable to the whole Canadian population. It is engaged in many regards in continuous litigation. It

⁸ See: *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335.

⁹ See: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1109.

¹⁰ *Supra*, note 7, at p. 353.

établi à première vue et les documents qui appartiendraient aux bénéficiaires doivent être des documents obtenus ou préparés par le fiduciaire dans l'administration de la fiducie et dans le cours de l'exécution de ses devoirs de fiduciaire. En l'espèce, la première condition ne pose pas vraiment de problème. C'est plutôt la deuxième qui nous préoccupe.

Compte tenu du rapport très particulier qui lie la Couronne aux Indiens⁸ et du fait que la Couronne doit être tenue au respect «d'une norme élevée—celle d'agir honorablement — dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autres*»⁹, nous sommes disposés à reconnaître que, peu importe la nature exacte du rapport existant entre la Couronne et les Indiens, il pourrait être considéré à première vue comme un rapport de nature fiduciaire aux fins de l'application du principe de la fiducie à l'étape de l'enquête préalable.

Cela dit, il ne s'ensuit toutefois pas que les règles et les pratiques établies relativement aux fiducies privées s'appliquent automatiquement aux «fiducies» de la Couronne, telle celle alléguée en l'espèce.

Si l'on se reporte aux motifs du juge Lederman dans l'affaire *Re Ballard Estate*, le fondement du principe de la fiducie est la présupposition, dans le cas des fiducies privées, que les conseils juridiques demandés par le fiduciaire appartiennent aux bénéficiaires «parce que la véritable raison pour laquelle les services de l'avocat ont été retenus et ses conseils ont été reçus par les fiduciaires était la bonne administration de la succession, dans l'intérêt de tous les bénéficiaires qui bénéficient ou peuvent bénéficier du testament ou de la fiducie»¹⁰.

Cette présupposition ne peut s'appliquer aux «fiducies» de la Couronne. La Couronne ne saurait être un «fiduciaire» ordinaire. Elle agit à plusieurs titres et elle représente de nombreux intérêts, dont certains sont nécessairement opposés. Non seulement agit-elle au nom ou dans l'intérêt des Indiens, mais encore doit-elle rendre compte à l'ensemble de la population

⁸ Voir: *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335.

⁹ Voir: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1109.

¹⁰ *Supra*, note 7, à la p. 353.

has always to think in terms of present and future legal and constitutional negotiations, be they with the Indians or with the provincial governments, which negotiations, it might be argued, can be equated in these days and ages with continuous litigation. Legal advice may well not have been sought or obtained for the exclusive or dominant benefit of the Indians, let alone that of the three bands involved in these proceedings. Legal advice may well relate to policy decisions in a wide variety of areas which have nothing or little to do with the administration of the "trusts". It is doubtful that payment of the legal opinions given to the Crown is made out of the "private" funds of the "trusts" it administers . . .

There being many possible "clients" or "beneficiaries", there being many possible reasons for which the Crown sought legal advice, there being many possible effects in a wide variety of areas deriving from the legal advice sought, it is simply not possible at this stage to assume in a general way that all documents at issue, in whole and in part, are documents which were obtained or prepared by the Crown in the administration of the specific "trusts" alleged by the respondents and in the course of the Crown carrying out its duties as "trustee" for the respondents.

As noted by Dickson J. (as he then was) in *Solosky*¹¹, "privilege can only be claimed document by document". We have not seen the documents at issue; we do not know what argument nor what line of argument, if any, may be developed by the parties with respect to each of the documents and, eventually, to a class of them. Furthermore, we cannot rely on any practical precedent in the case law, for this is an approach to the law of privilege which is peculiar to the yet unsettled relationship between the Crown and the Indians. It is not possible in the abstract to resolve the conflict between the alleged right of the Crown to privilege and the alleged right of the respondents to disclosure otherwise than in the man-

¹¹ *Supra*, note 2, at p. 837.

canadienne. Elle participe, à de nombreux égards, à des litiges en instance. Elle doit toujours tenir compte des négociations juridiques et constitutionnelles en cours et à venir, avec les Indiens ou avec les gouvernements provinciaux, et on peut soutenir que ces négociations peuvent, à notre époque, être assimilées à des litiges en instance. Les conseils juridiques en cause peuvent très bien ne pas avoir été demandés, ni obtenus, dans l'intérêt exclusif ou principal des Indiens, et encore moins dans celui des trois bandes qui sont parties à l'instance. Il se peut très bien que ces conseils juridiques soient liés à des décisions en matière de politique, dans une grande diversité de secteurs qui n'ont que peu ou pas de liens avec l'administration des «fiducies». Il est peu probable que le paiement des opinions juridiques données à la Couronne ait été prélevé sur les fonds «privés» des «fiducies» qu'elle administre . . .

Compte tenu des nombreux «clients» ou «bénéficiaires» possibles, des nombreux motifs pour lesquels la Couronne a pu demander des conseils juridiques, des nombreux effets possibles, dans une grande variété de secteurs, des conseils juridiques obtenus, il est tout simplement impossible à ce stade de l'instance de présumer de façon générale que tous les documents en cause sont, en tout ou en partie, des documents qui ont été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'administration des «fiducies» particulières alléguées par les intimés et dans l'exécution, par la Couronne, de ses devoirs de «fiduciaire» au profit des intimés.

Comme l'a précisé le juge Dickson (alors juge puîné) dans *Solosky*¹¹, «le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement». Nous n'avons pas vu les documents en cause; nous ne connaissons pas la plaidoirie, ni l'orientation de la plaidoirie que les parties pourraient élaborer, le cas échéant, relativement à chaque document et, peut-être, à une catégorie de documents. De plus, nous ne pouvons nous en remettre en pratique à aucun précédent, car la façon d'aborder le droit des privilèges en l'espèce est particulière aux rapports entre les Indiens et la Couronne, dont la nature n'a pas encore été établie. Il n'est pas possible de trancher hors contexte le conflit qui oppose le prétendu droit de la Couronne à

¹¹ *Supra*, note 2, à la p. 837.

ner suggested by the Supreme Court in *Descôteaux*¹², i.e. in favour of protecting privilege.

It would be ill-advised for a court of appeal, in the circumstances, to blindly order the production by the Crown of the documents listed in class E, albeit in the presence of a confidentiality order. We would rather err on the side of caution, particularly so when one considers that the respondents will have the opportunity before a motions judge to challenge the claim of privilege document by document.

By the same token, and unfortunately for the motions judge, we are not prepared, so early in these proceedings and so early in this type of litigation, to set out specific guidelines without having seen the documents, without knowing what line of argument will be developed with respect to each document or with respect to classes of documents and without learning from the motions judge's experience and reasoning in dealing with the issue on a document by document basis.

We would therefore rephrase as follows the Motions Judge's order with respect to Schedule IIE:

Documents for which the defendants claim solicitor and client privilege on the ground that they are protected by the legal advice privilege. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case, in light of the unique status of the Crown as "trustee" and in light of the unique relationship between the Crown and the Indians, whether it is privileged or is to be produced.

Implied waiver

A word, in closing, on the argument of implied waiver of privilege raised by the respondents. Counsel argue that where a fiduciary puts its state of mind at issue by pleading, in effect, that it has acted honestly and reasonably, all documents relating to the alleged breach of its legal obligations must be dis-

¹² *Supra*, note 2.

un privilège et le prétendu droit des intimés à la divulgation, si ce n'est conformément à l'arrêt *Descôteaux*¹² de la Cour suprême, c'est-à-dire en faveur du respect du privilège.

^a Malgré l'existence d'une ordonnance de confidentialité, une cour d'appel serait mal avisée d'ordonner aveuglément, dans les circonstances, la production par la Couronne des documents énumérés dans la catégorie E. Nous préférons pécher par excès de prudence, plus particulièrement si l'on tient compte que les intimés auront la possibilité de contester la revendication du privilège pour chaque document pris individuellement devant un juge des requêtes.

^c De la même façon, et malheureusement pour le juge des requêtes, nous ne sommes pas disposés, à une étape aussi peu avancée de la présente instance et de l'histoire de ce type de litige, à énoncer des lignes directrices particulières sans avoir examiné les documents, sans connaître l'orientation de la plaidoirie qui sera élaborée relativement à chacun d'eux ou à une catégorie de documents, et sans bénéficier de l'expérience et de la réflexion du juge des requêtes qui examinera la question pour chaque document individuellement.

^f En conséquence, nous formulerions à nouveau ainsi l'ordonnance du juge des requêtes en ce qui concerne l'Annexe IIE:

^g Les documents à l'égard desquels les défendeurs revendiquent le privilège des communications entre avocat et client au motif qu'ils sont protégés par le privilège des conseils juridiques. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et elle tiendra compte du statut unique de la Couronne en sa qualité de «fiduciaire» et du rapport unique existant entre la Couronne et les Indiens pour décider s'il est protégé ou s'il doit être produit.

Renonciation implicite

ⁱ En terminant, abordons l'argument selon lequel les intimés auraient implicitement renoncé au privilège. L'avocat soutient que, lorsqu'un fiduciaire soulève la question de son état d'esprit en plaidant, en fait, qu'il a agi honnêtement et raisonnablement, tous les documents concernant la prétendue violation de ses obli-

¹² *Supra*, note 2.

closed. That may be so where the pleadings expressly allege reliance on legal advice, but certainly is not so in the absence of any such express pleading. Counsel has cited no authority, and we know of none, to the effect that by simply alleging good faith a party waives the privilege which attaches to its communications with its solicitor.

We would allow the appeal and replace Schedules IIC and IIE of the Motions Judge's Order by the following:

Schedule IIC: Documents for which solicitor and client privilege is claimed on the ground they were initiated for the dominant purpose of the conduct of litigation. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case whether it is privileged or is to be produced.

Schedule IIE: Documents for which the defendants claim solicitor and client privilege on the ground that they are protected by the legal advice privilege. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case, in light of the unique status of the Crown as "trustee" and in light of the unique relationship between the Crown and the Indians, whether it is privileged or is to be produced.

We would make no order as to costs.

PRATTE J.A.: I agree.

gations juridiques doivent être divulgués. C'est peut-être le cas lorsque les actes de procédure mentionnent expressément qu'une partie a agi sur la foi des conseils juridiques, mais certainement pas en l'absence de toute prétention expresse de cette nature. L'avocat n'a mentionné aucune source, et nous n'en connaissons aucune, établissant qu'une partie qui allègue simplement sa bonne foi renonce au privilège protégeant ses communications avec son avocat.

Nous accueillerions l'appel et remplacerions les Annexes IIC et IIE de l'ordonnance du juge affecté aux requêtes par les dispositions suivantes:

Annexe IIC: Les documents à l'égard desquels on revendique le privilège des communications entre client et avocat au motif qu'ils ont été préparés principalement en vue de la poursuite d'une instance. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et décidera s'il est protégé ou s'il doit être produit.

Annexe IIE: Les documents à l'égard desquels les défendeurs revendiquent le privilège des communications entre avocat et client au motif qu'ils sont protégés par le privilège des conseils juridiques. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et elle tiendra compte du statut unique de la Couronne en sa qualité de «fiduciaire» et du rapport unique existant entre la Couronne et les Indiens pour décider s'il est protégé ou s'il doit être produit.

Nous n'adjugerons pas les dépens.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris à ce jugement.