



PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

APPELLANT

- and -

ENBRIDGE GAS NEW BRUNSWICK LIMITED PARTNERSHIP, as represented by its general partner, ENBRIDGE GAS NEW BRUNSWICK INC., ENBRIDGE ENERGY DISTRIBUTION INC. and ENBRIDGE INC.

RESPONDENTS

Province of New Brunswick v. Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership et al., 2016 NBCA 17

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
June 29, 2015

History of case:

Decision under appeal:
2015 NBQB 136

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 30, 2015

Judgment rendered:
April 1, 2016

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Baird

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

ENBRIDGE GAS NEW BRUNSWICK LIMITED PARTNERSHIP, représentée par sa commanditée ENBRIDGE GAZ NOUVEAU-BRUNSWICK INC., ENBRIDGE ENERGY DISTRIBUTION INC. et ENBRIDGE INC.

INTIMÉES

Province du Nouveau-Brunswick c. Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership et autres, 2016 NBCA 17

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 29 juin 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2015 NBBR 136

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 30 novembre 2015

Jugement rendu :
le 1 avril 2016

Motifs de jugement:
l'honorable juge Baird

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Catherine A. Lahey, Q.C.

Pour l'appelante :
Catherine A. Lahey, c.r.

For the respondents:
David Duncan Young

Pour les intimées :
David Duncan Young

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs of \$5,000 payable to the Province.

L'appel est accueilli et des dépens de 5 000 \$ sont accordés à la Province.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction and Background

[1] This appeal arises as a result of a motion judge’s decision to order disclosure of approximately 800 documents for which the appellant claimed either solicitor-client privilege or public interest immunity. As background, on April 12, 2012, the respondents (“Enbridge”) initiated legal proceedings against the Province of New Brunswick (the “Province”), alleging a breach of a General Franchise Agreement executed between them in 1999 for the distribution of natural gas in the Province of New Brunswick.

[2] During pre-trial disclosure proceedings, the Province provided Enbridge with an Affidavit of Documents executed by Stephen A. Waycott, an agent of the Crown designated pursuant to the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-18. Schedule “A” listed 9,686 documents, and Schedule “B” listed 3,606 documents for which privilege was claimed. Enbridge filed a Notice of Motion seeking a court order requiring disclosure of the documents listed in Schedule “B” on the basis the claims were improper. In answer, the Province filed an affidavit of Mr. Waycott, setting out additional detail of the basis for the privilege claims. The motion was heard on August 15, 2014, and December 17, 2014. Between those dates, the parties were able to reduce the number of documents in dispute, naming them the “Remaining Documents in Dispute”. Approximately 800 documents remained in dispute at the time the hearing resumed.

[3] Generically, the documents in question include: (1) “Internal Employee Documents” for which “solicitor-client privilege is claimed on the basis they transmit, comment upon or otherwise reveal the substance of legal advice”; (2) “Solicitor Copied Documents”, for which “solicitor-client privilege is claimed on the basis the solicitor, both in-house, as well as the out-sourced solicitor, is named as a direct addressee of the

communication, and the document was created for the ‘direct purpose’ of ‘seeking or obtaining legal advice’”; (3) “Communications through Intermediaries” for which “solicitor-client privilege is asserted on the basis the documents involve communications involving ‘agents’ of the Province of New Brunswick in furtherance of the solicitor-client relationship”; and finally, (4) “Public Interest Immunity Documents”, for which privilege is claimed on the ground that disclosure would interfere with the public interest.

[4] The motion judge concluded the privilege claims were unsupported, and ordered disclosure of the remaining 800 documents.

II. Issues on appeal

[5] The Province of New Brunswick appeals the disclosure order on five grounds. They assert the motion judge committed reversible errors in law when she ordered disclosure of documents for which solicitor-client privilege and public interest immunity was claimed. The five grounds were condensed into four headings in the Province’s written submission. They allege the motion judge erred in concluding that:

- (a) the Internal Employee Documents are not subject to privilege and must, therefore, be produced;
- (b) the Solicitor-Copied Documents are not subject to privilege and must, therefore, be produced;
- (c) the Communications through Intermediaries are not subject to privilege and must, therefore, be produced; and
- (d) the Public Interest Immunity Documents are not subject to the public interest immunity and must, therefore, be produced.

III. Standard of Review

[6] In *Chapelstone Developments Inc., Action Motors Ltd. and Hamilton v. Her Majesty the Queen in Right of Canada*, 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, Robertson J.A., for the Court, finds the standard of review surrounding production or disclosure of documents constitutes pure questions of law, or questions of mixed law and fact.

[7] Enbridge initially submitted the appropriate standard of review was that described in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, where Drapeau C.J.N.B., for the Court, describes the standard of review for discretionary orders; however, at the appeal hearing, Enbridge conceded, because the enumerated grounds of appeal are pure questions of law, the standard of review is correctness. In my view, this was a wise concession.

IV. Analysis

A. *Solicitor-Client Privilege*

[8] “Solicitor-client privilege is part of and fundamental to the Canadian legal system”. It is a “fundamental and substantive rule of law”: *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 17. In that case, Major J., for the Court, explains solicitor-client communications fall into the category of “class privilege” 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)” (para. 27 quoting from Lamer C.J. in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] S.C.J. No. 80 (QL). In that decision, Lamer C.J. explained that “[s]uch communications are excluded not because the evidence is not relevant, but rather because, there are overriding policy reasons to exclude this relevant evidence” (para. 26).

[9] In *Saint John Shipbuilding Ltd, v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, 2002 NBCA 41, 251 N.B.R. (2d) 102, Drapeau J.A. (as he then was), for the Court, explains the nature, purpose and rationale for the privilege:

The solicitor-client relationship, being fiduciary in nature, obligates solicitors to keep secret all confidential information about the business and affairs of the client obtained in the course of their professional employment. That duty of confidentiality lies at the heart of the solicitor-client privilege, which is fundamental to the Canadian legal system (see *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 17). It gives rise, as well, to an ethical obligation, the breach of which may result in disciplinary action. See the *Professional Conduct Handbook*, at p. 9. Chapter IV of the Canadian Bar Association *Code of Professional Conduct*, entitled "Confidential Information", contains the following rule:

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

[Footnotes omitted]

The rationale for that Rule is well known.

Our system of justice functions most effectively when litigants are competently represented. Counsel's competence blossoms when he or she has been provided a full account of all potentially pertinent facts. The principal inspiration for counsel's education as to the facts is invariably none other than the client. Unless the client is secure in the knowledge that shared confidences will remain secret, he or she is unlikely to speak freely and candidly and to provide counsel with a complete picture of the dispute's factual background. As a consequence, the client's interests may not be represented as fully as they might otherwise be. When that unfortunate situation materializes, both the client and the system of justice suffer. That view is expressed particularly ably by Jackett

C.J. in *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] F.C. 184 (C.A.), at p. 193:

... the protection, civil and criminal, afforded to the individual by our law is dependent upon his having the aid and guidance of those skilled in the law untrammelled by any apprehension that the full and frank disclosure by him of all his facts and thoughts to his legal adviser might somehow become available to third persons so as to be used against him.

[Footnotes omitted]

See, as well, *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, per Dickson J. (as he then was), at p. 834, *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, per Cory J., at para. 46, and *R. v. McClure*, at paras. 31-33. [paras. 43-44]

[10] In *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, Binnie J. states the common law rule for solicitor-client privilege “is an umbrella that covers confidences of differing centrality and importance” and “[t]he protection of solicitor-client confidences is a matter of high importance” (paras. 34 and 54). In *McClure*, the privilege was granted the protection of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in criminal prosecutions. In *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, the Supreme Court finds the privilege applies equally to both civil and criminal litigation. The privilege was “elevated” as discussed by Dickson J. in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, [1979] S.C.J. No. 130 (QL), at p. 836, and expanded by the Supreme Court in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, [1982] S.C.J. No. 43 (QL), per Lamer J. at p. 893; in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; and *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319. In *Descôteaux*, Lamer J. observes the privilege can arise even before the retainer is established.

[11] In *McClure*, however, Major J. notes the privilege is not absolute; “it will [...] yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis” (para. 35). Cory J. reiterates these principles in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, [1999] S.C.J. No. 15 (QL), and agrees the privilege is not

absolute. He notes that one such exception is in matters of public safety (paras. 51 and 57).

[12] In *Pritchard*, the Supreme Court extends the privilege to any consultation for legal advice, whether litigation is contemplated or not, and whether or not there is an expectation of litigation (paras. 28, 32-33). In recent years, the Supreme Court has adopted an expansive, more purposeful, approach to the privilege (*Blank*, at para. 26; *McClure*, at para. 31; and *Smith v. Jones*, at paras. 45-46).

[13] In his book, *Solicitor-Client Privilege*, (Markham: LexisNexis Canada Inc., 2014), at Chapter 12, Professor Adam M. Dodek of the University of Ottawa observes the same privilege rules apply to government as to the private sector, but acknowledges the unique nature of the Crown as client. This relationship may raise questions, particularly between the substantive rule of solicitor-client privilege and litigation privilege in cases where the protection of the public interest is at stake. The growing tension between the need to protect the public interest, while at the same time maintaining the protections offered by the rule, was also identified by Professor Allan C. Hutchinson in his article, “‘In the Public Interest’ The Responsibilities and Rights of Government Lawyers” (2008) 46 Osgoode Hall LJ 105 (QL). It is his opinion government agencies should not be permitted to use the rule as a shield where public interests are at stake; however, any erosion of the privilege has, to date, been carefully circumscribed by the Supreme Court. Deborah MacNair, legal counsel for the Department of Justice, Ottawa, in a paper entitled “Solicitor-Client Privilege and the Crown: When is a Privilege a Privilege?” (2003), 82 Can Bar Rev 213, offers an historical case study review of the evolving jurisprudence in the area of solicitor-client privilege in the public sector. In her opinion, “[t]he sanctity of the solicitor-client relationship is pitted against what others refer to as the search for truth, but in the glare of the public interest” (p. 215).

[14] In-house government counsel serves the public interest; however, his or her client is the executive branch of government. The solicitor-client relationship is

complicated yet again, when independent private sector legal counsel is retained by the government, as it was in this case, to work collaboratively with in-house counsel, to share and exchange documents, ideas, legal advice and opinions. Recent decisions concerning solicitor-client privilege in this context include *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, [1999] S.C.J. No. 16 (QL); *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Pritchard*; and more recently *Blank*, as previously noted.

[15] In *Campbell*, the Supreme Court finds the scope and nature of the privilege is the same as in the private sector. In *Blank*, Fish J. concludes solicitor-client privilege protects “full and frank” communications between a lawyer and his or her client and is conceptually distinct from litigation privilege. He acknowledges litigation privilege terminates when the litigation terminates. Litigation privilege is distinct from solicitor-client privilege, as it ensures the efficiency of the litigation process. Solicitor-client privilege, on the other hand, protects the professional relationship, and continues even after the litigation terminates. See *Davis v. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 N.B.R. (2d) 232, at paras. 27-28 per Drapeau C.J.N.B., for the Court.

[16] Solicitor-client privilege may involve non-confidential communications between the lawyer, the litigant and third parties, as stated by this Court. In *Lamey v. Rice* (2000), 227 N.B.R. (2d) 295, [2000] N.B.J. No. 271 (QL), Larlee J.A., for the Court, concluded solicitor-client privilege can arise when an agent is “working for the lawyer or the client” (para. 12). In *McClure*, Major J. states the privilege “must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (para. 35).

[17] The Supreme Court finds solicitor-client privilege can arise when in-house government lawyers provide legal advice to a government agency (*Campbell*, at para. 49). Binnie J. compares the function of public lawyers in government agencies with that of corporate in-house counsel. He explains when government lawyers give legal advice to a “client department” the privilege applies; however, corporate lawyers who give advice in a non-legal capacity, such as policy advice outside the realm of their legal

responsibilities, are not protected by the privilege. Whether or not the privilege attaches is dependent “on the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered” (*Campbell*, para. 50).

[18] The following communications have been found to be privileged:

- i) Legal advice prepared by lawyers in the Department of Justice for the Minister of Justice, including confidential memorandums prepared for a specific purpose. In *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, [1992] S.C.J. No. 97 (QL), the Supreme Court extended the privilege to memoranda drafted by government lawyers to a Minister;
- ii) Legal advice provided by the Department of Justice lawyers for other government departments or agencies. (*Campbell* and *Pritchard*); In *Pritchard*, the legal advice was provided to a Human Rights Commission;
- iii) Legal advice provided by lawyers outside of government to government bodies. (*Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1987] F.C.J. No. 345 (QL), at 257; *McEwen v. British Columbia (Attorney General)*, 2013 BCSC 517, [2013] B.C.J. No. 583 (QL); and *Telus Communications Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 380, [2004] F.C.J. No. 1918 (QL);
- iv) Legal advice provided by private lawyers concerning the drafting of regulations (*Robin Quinn v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 FC 376, [2008] F.C.J. No. 474 (QL).

[19] Professor Dodek observes there is an “expansive” modern Canadian view that solicitor-client privilege attaches to all communications in the “continuum of communications” which applies to the normal functioning of government (*Camp Development Corporation v. South Coast Greater Vancouver Transportation Authority*, 2011 BCSC 88, [2011] B.C.J. No. 104 (QL), at paras. 63-65).

[20] Solicitor-client privilege applies only to legal advice and not necessarily to policy advice. In *Campbell* (para. 50), Binnie J. finds advice given by lawyers such as those who participate in government committees, is not protected if the advice requested and given falls outside their legal training or expertise; however, he acknowledges the line can be blurry. The result is dependent on the nature of the professional relationship, the subject matter of the advice, and the circumstances in which it is “sought and rendered” (see *Solosky* at pp. 756-757). In such an event, a contextual analysis is required to determine whether the privilege attaches. The exceptions above are described in *Pritchard* as circumstances where legal advice is neither sought nor offered, where it is clear the communications were not intended to be confidential or have been waived, and where the purposes are unlawful. It exists, however, when “in-house” government lawyers provide legal advice to a government agency (paras. 21 and 50).

[21] As previously observed, in *Blank*, Fish J. identifies the distinctions between solicitor-client privilege and litigation privilege. See paras. 27, 33-39 where he refers to the Ontario Court of Appeal decision in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, [1999] O.J. No. 3291 (C.A.) (QL). In the case at bar, the motion judge relied, in part, on *Chrusz* as authority to order disclosure of documents for which solicitor-client privilege was claimed. In my opinion, this was an error. Communications protected by a class privilege have a *prima facie* presumption of inadmissibility, unless the party seeking disclosure can show why the communications should not be privileged (*McClure*). The onus was, therefore, on Enbridge in this case to present a case for exception.

[22] I turn now to the disputed documents and the motion judge’s analysis.

B. *Internal Employee Documents*

[23] Schedule “B” to the Affidavit of Documents identifies the communications the Province deems non-discoverable on the basis of solicitor-client privilege. The disputed documents have descriptors which reveal the date the document

was created, the names of the individuals who created and received the document, and the basis of the privilege claim. The unchallenged evidence before the motion judge concerning these documents was:

As to the documents marked **B-1**, the Defendant objects to producing same on the grounds that these documents are confidential communications passing between the Defendant and its lawyers, including the Office of the Attorney General, for the purpose of obtaining or providing legal advice, or documents which reflect and reveal the substance of advice provided to the Defendant by its lawyers, with respect to matters which are now in question or may be in question in this action; [Affidavit of Documents, February 25, 2014, para. 4(a)]

The documents listed in the spreadsheet attached as **Exhibit “J”** are internal communications among employees of the Defendant which reflect and reveal the substance of solicitor-client advice. [Affidavit of Documents, August 14, 2014, para. 15(j)]

[24] The motion judge finds the Province did not provide sufficient details in the descriptors to bolster their claim of solicitor-client privilege; however, they did not have that onus. The privilege claim would be meaningless if the party who claims privilege with respect to a certain class of documents was required to provide details that would, in essence, reveal the contents of the document (*Seely v. Corrier*, 2009 NBCA 3, 340 N.B.R. (2d) 262, per Drapeau C.J.N.B., for the Court, at para. 35; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.* (1999), 222 N.B.R. (2d) 1, [1999] N.B.J. No. 539 (Q.B.) (QL), at paras. 49-50; *Doucet v. Spielo Manufacturing Inc.*, 2007 NBQB 245, 319 N.B.R. (2d) 14, affd *Spielo Manufacturing and Manship v. Doucet and Dauphinee*, 2007 NBCA 85, 327 N.B.R. (2d) 1).

[25] In her reasons, the motion judge opines the descriptors in the documents listed under “Internal Employee Documents” did not advise they were prepared for the purpose of seeking or giving legal advice. I disagree. The Waycott Affidavit advises the documents were prepared for the purpose of “obtaining or providing legal advice”. Enbridge had the onus to establish an exception to the privilege (*McClure*). The motion

judge's reasons do not inform on what basis an exception to the privilege was even invoked.

C. *Solicitor-Copied Documents*

[26] Turning to the Solicitor-Copied documents, the motion judge finds the Province did not provide “sufficient evidence of the reason” to protect the documents from disclosure (*Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership v. New Brunswick (Province)*, 2015 NBQB 136, [2015] N.B.J. No. 166 (QL)). She finds:

[...]there is absolutely no information as to why the documents were copied to counsel. There is no indication that it was for the seeking or giving of legal advice.

[...]

There is no description in regard to any of the 28 documents listed under tab 2 that indicates the purpose of obtaining legal advice or for use in litigation. PNB did not provide sufficient evidence of the reason to protect the documents from disclosure. [para. 40]

The motion judge cites *Solosky*, as authority to order disclosure. As previously observed, this is a misinterpretation of the ratio in that decision, in my opinion. The Supreme Court states once solicitor-client privilege is claimed, the party claiming the privilege does not have to identify the purpose for which the advice was sought (*Solosky*, p. 837). In applying a litigation privilege analysis, the motion judge committed an error in law. She determined communications through intermediaries were exempt from solicitor-client privilege. The Waycott Affidavit of Documents confirms these documents consisted of communications through agents of the Province who relayed legal advice to the Province. As there was no cross-examination of the deponent, that evidence remains unchallenged.

[27] The documents listed in Exhibit “K” were described as internal communications among employees of the Province which were copied to legal counsel

for the purpose of “soliciting and requesting input and legal advice” (Affidavit of Documents, para. 15(k)).

[28] The motion judge erroneously concludes the Province needed to provide further explanation with respect to why the legal advice was being sought. See *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.*; and *051766 N.B. Ltd. v. Wilbur*, 2004 NBQB 122, [2004] N.B.J. No. 125 (QL). The fact the solicitor was only copied on documents does not change the nature of the privilege, provided the purpose is connected to the retainer, which was identified in this case. The Affidavit of Documents clearly provides the basis for the privilege claim; i.e. the purpose of obtaining and seeking legal advice.

D. *Communications through Intermediaries*

[29] With respect to Tabs 3 and 4, the motion judge found the descriptors concerning the retainers of KPMG and Elenchus did not reveal they were employed as intermediaries or agents of the Province and she concluded they were “garnering” information and passing it on to the Province through legal counsel. She finds:

With regard to both tabs 3 and 4, the defendant’s further and better description of the documents in regard to both tabs, does not provide information that either Elenchus or KPMG were conduits between a client and its counsel. In reference back to paragraph 11 of this decision I accept the submission of counsel for the plaintiffs and I find that PNB has failed to show evidence that any of the information being assembled by either Elenchus or KPMG and disseminated to the Province was anything more than garnering information from sources and passing it on to the client or to the lawyer. [para. 44]

[30] If a third party is gathering information and passing it on through legal counsel, as stated in *Chrusz*, the information will not fall under the umbrella protection of solicitor-client privilege; however, the report of legal counsel and the advice offered as a result will be privileged. Enbridge relies on *Solosky* and *Chrusz* to support its submission

privilege did not attach to documents prepared at the request of outsourced legal counsel. There was no analysis concerning the effect of the Supreme Court's decision in *Blank*.

[31] Paragraph 4(e)(iii) of the Waycott Affidavit of Documents states:

[...]The services provided by Elenchus were provided in conjunction with and closely related to advice from legal counsel, such that reports, communications and other documents passing between the Defendant, Elenchus and/or its lawyers reveal the substance of legal advice obtained by the Defendant with respect to matters now in issue or which may become in issue in this litigation. The work completed by Elenchus was necessary to assess, consider and evaluate the advice received by the Defendant from its lawyers. Elenchus, as an agent of the Defendant, carried out various analyses at the direction of the Defendant's lawyers to assist them in advising the Defendant.

[32] Mr. Waycott deposes that KPMG was retained in 2011 to assist the Province with the development and evaluation of various financial models for consideration by the Minister and Executive Council in the development of natural gas policies. The services were related to the advice given by legal counsel, and reveal the "substance of legal advice obtained by the Defendant with respect to matters now in issue or which may become in issue in this litigation".

[33] In *Melanson v. Léger et al.*, 2005 NBCA 19, 279 N.B.R. (2d) 276, Larlee J.A., for the Court, citing *Lamey*, states: "[it] seems clear that a solicitor-client privilege arises if, as in the present case, an adjuster, as agent of the client, carries out an investigation at the direction of the client's lawyer and as a result, produces documents to assist the latter in advising the client" (para. 11).

[34] The uncontradicted evidence reveals Elenchus and KPMG were intermediaries, providing advice and counsel at the direction of legal counsel on seminal questions relating to the development of natural gas policies in the Province of New Brunswick. This expert opinion advice became part and parcel of the legal opinions

generated by outsourced counsel to the Province on the same issues under consideration by Cabinet. Doherty J.A., in *Chrusz*, states:

[...] If the third party's retainer extends to a function which is essential to the existence or operation of the client-solicitor relationship, then the privilege should cover any communications which are in furtherance of that function and which meet the criteria for client-solicitor privilege.
[para. 120]

[35] I conclude the motion judge erred when she found solicitor-client privilege did not attach to communications between Elenchus, KPMG and legal counsel. There was clear evidence of the nature of the communications, and the finding Elenchus and KPMG were simply "garnering" information is not founded.

E. *Public Interest Immunity*

[36] The authoritative decision concerning public interest immunity is *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, [1986] S.C.J. No. 74 (QL). The former owner of a tourist resort initiated legal action against the Province of Ontario claiming damages arising from their significant financial losses. During pre-trial examination for discovery procedures, the plaintiffs sought disclosure of documents over which the Province claimed privilege, including all documents that were forwarded to Cabinet and various related committees, or were sent as a result of Cabinet discussions to those committees. The privilege claim was based not on the contents of the documents, but on the class to which they belonged. The Province submitted disclosure would breach Cabinet confidentiality and therefore inhibit candid discussions of policy during Cabinet meetings. It further submitted the overarching principle of public interest immunity of government permitted them to withhold the documents. The matter proceeded to the Supreme Court on the issue whether the refusal to produce Cabinet documents, as a class, was valid, and whether the plaintiff had established the documents were relevant to the litigation.

[37] La Forest J. concludes there is a basic rule which would require disclosure, unless it can be demonstrated disclosure would be against the public interest. He states, however:

The fact that such documents concern the decision-making process at the highest level of government cannot, however, be ignored. Courts must proceed with caution in having them produced. But the level of the decision-making process concerned is only one of many variables to be taken into account. The nature of the policy concerned and the particular contents of the documents are, I would have thought, even more important. [para. 79]

The Supreme Court elevates the issues to those of significant import, such as national security or national defence. A policy concerning the development of tourism in the Province of Ontario did not meet the threshold (*Carey*). La Forest J. finds the protection must be balanced against the public interest in maintaining confidence in the judicial system. He describes the process:

The principal argument for withholding the documents described in the affidavit is that their disclosure would lead to a decrease in completeness, in candour and in frankness of such documents if it were known that they could be produced in litigation and this in turn would detrimentally affect government policy and the public interest. The familiar "candour argument" is combined with the need of completeness and the fear that the freedom of Cabinet members to discuss matters of significant public concern and policy might be diminished. This may simply mean that the setting in which confidential statements are made may make them different in kind from others. [para. 44]

[38] *Carey* was followed in *Leeds v. Alberta (Minister of the Environment)*, [1990] A.J. No. 370 (Q.B.) (QL), where the Court found policy documents concerning the development of transportation and utility corridors around the City of Edmonton were not of sufficient public interest to warrant the privilege (see also *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)*, [1993] A.J. No. 1024 (Q.B.) (QL); *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC

1509, [2002] B.C.J. No. 2464 (QL)). In the latter decision, the Court accepted the criteria laid out in J. Sopinka, S. Lederman & A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2d ed (Toronto: Butterworths, 1999).

[39] In summary, a claim of public interest immunity will generally be successful if there is evidence the communication was the result of “high-level” policy deliberations at the policy formation stage, including confidential advice and recommendations to Cabinet, memoranda, letters, agendas and documents regarding Cabinet deliberations. The persuasive public policy argument against disclosure is the potential for a chilling effect on Cabinet deliberations, where clearly, candid and open dialogue concerning sensitive matters should not be tempered by the fear of later divulcation.

[40] La Forest J. queries in *Carey*:

[...] are we really dealing with the formulation of policy on a broad basis, or are we simply concerned with a transaction made in the implementation of that policy? [...] Policy and implementation may well be intertwined but a court is empowered to reveal only so much of the relevant documents as it feels it is necessary or expedient to do following an inspection. [para. 82]

[41] The above question, in my opinion, is seminal. As Richard J.A., for the Court, states in *Bennett v. State Farm Fire and Casualty Company*, 2013 NBCA 4, 398 N.B.R. (2d) 290:

I accept that there may be situations where a court has an obligation to scrutinize documents if the judge feels disclosure of these might be harmful to the “fabric of the state,” in that the disclosure might damage, for example, national security, international relations, or government decision-making or functioning, but this is not one of those cases. [...] [para. 39]

[42] The motion judge ordered disclosure of the challenged documents. The documents relate to the development of natural gas policy in the Province of New Brunswick, and date from 1997 forward. The documents were submitted in bundles. The motion judge concludes if there had been a valid claim for public interest immunity, that “time has passed”. She distinguishes the development of natural gas policy from policies relating to national security on the same basis as *La Forest J. in Carey*. Recall, the Province of New Brunswick entered into a Franchise Agreement for the distribution of natural gas in 1999 at a time when the Province was in the infancy stages of developing natural gas strategies and policies, working with legal counsel, stake holders, and experts as previously noted. In my opinion the analysis should not have been that simplistic.

[43] The Province submits the motion judge committed reversible error when she concludes the development of natural gas policy was not of sufficient public interest to warrant the protection from disclosure, and, she erred in concluding natural gas policy is historical, and not a current preoccupation of the Province. In support of its submission, the Province draws from the affidavit of Mr. Waycott, where he states:

Natural gas policy in the Province has a significant impact on several sectors which affect the collective well-being of the Province and its citizens, such as employment in the Province, competitiveness of the market and of the Province as a whole, the viability of the manufacturing sector, the availability of affordable heating options for the Province and other consumers and the environment. The development of governmental policy with respect to natural gas, including the availability, regulation and distribution thereof, is an on-going and evolutionary process which is being undertaken by Executive Council and the highest levels of Government with the assistance of departmental officials, industry stakeholders, experts and legal counsel. [Appeal Book, page 803]

[44] Public interest immunity has been codified since 1952. The *Proceedings Against the Crown Act* provides:

In proceedings against the Crown, the rules of the court in which the proceedings are
Dans des procédures contre la Couronne, les règles de la cour saisie, relatives à la

pending as to discovery and inspection of documents and examination for discovery, oral and written, apply in the same manner as if the Crown were an ordinary corporation, except that

communication et à l'examen de documents, ainsi qu'à l'interrogatoire préalable, oral et écrit, s'appliquent comme si la Couronne était une corporation ordinaire, sauf

(a) the Crown may refuse to produce a document or to make answer to a question on discovery on the ground that the production or the answer would be injurious to the public interest, and nothing in this section affects the rights of the Crown or any officer or agent of the Crown in connection with such refusal[.]

a) que la Couronne peut refuser de produire un document ou de répondre à une question de l'interrogatoire préalable pour le motif que cette production ou cette réponse serait préjudiciable à l'intérêt public et qu'aucune disposition du présent article ne porte atteinte aux droits de la Couronne ou de l'un de ses fonctionnaires ou représentants concernant un tel refus[.]

[45] As previously observed, public interest immunity exists as well in the *Right to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.B. 2009, c. R-10.6 (RTIPPA).

[46] In *The Law of Evidence in Canada*, Sopinka, Lederman and Bryant define public interest immunity:

The public interest in the administration of justice is promoted through full access of litigants to information. The public also has an interest in protecting the country from damage to national security and international relations that could be caused by the disclosure of state secrets. Also, damage to the process of government decision-making and functioning may be caused by disclosure of other government documents. In those areas where the public interest favours non-disclosure, the government may assert an immunity from disclosure.

[47] When one distills the jurisprudence since *Carey*, the following important analytic criteria emerge when determining whether or not public interest immunity applies:

- i) The nature of the policy;
- ii) The contents of the documents;

- iii) The level of the decision-making process and the need to protect the confidences of Cabinet;
- iv) The importance of producing the documents to the administration of justice;
- v) The time that has elapsed;
- vi) Any allegation of improper conduct by the executive branch of government towards a citizen (*Leeds*, at para. 25);
- vii) Whether the document relates to policy formation or implementation;
- viii) Whether the document affects “present policy”.

[48] The Court in *Pocklington* correctly observes the distinction between development and implementation of public policy, and whether the disputed documents affect “present policy”. The nature of the policy and its significance to the proper disposal of the litigation are also relevant. McLaughlin J. (as she then was) in *M.(A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, [1997] S.C.J. No. 13 (QL), sums it up as follows:

For privilege to exist, it must be shown that the benefit that inures from privilege, however great it may seem, in fact outweighs the interest in the correct disposal of the litigation. [para. 31]

[49] In her reasons, the motion judge refers to *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2014), “in regard to public interest immunity”. At page 1064, under the “Criteria for Grant of Immunity”, the authors identify seven factors which should be considered in weighing whether disclosure should occur. The motion judge correctly observes the necessity to balance the public interest against the preservation of immunity. She notes “a class claim has a greater chance of success if the government identifies the documents that specifically relate to the formulation of government policy on important economic and financial matters demonstrating the sensitivity issue of disclosure in the particular case” (para. 18). This is simply a re-statement of the text.

[50] The Province submits they met the threshold through the descriptions of the documents listed in the schedule to the Waycott Affidavit of Documents. The unchallenged affidavit evidence states the documents reflected “confidential communications that would reveal the substance of deliberations, discussions and planning by Executive Council, and that there is a continuing evolution in the development of natural gas policy in the Province of New Brunswick”. A further submission focused on the fact some of the documents could arguably be covered by solicitor-client privilege as they contain advice received from legal counsel both within and outside of government. The Province submits the analysis should not be restricted solely to the nature of the document, but should also include a consideration of the content of the document. Did the Province successfully elevate the status of this class of documents to a level where disclosure would be injurious to the public interest, or the withholding of the documents would impede litigation? The answer to this question is found in *Carey* and the jurisprudence which followed. La Forest J. frames the answer in the following paragraphs:

The foregoing authorities, and particularly, the Smallwood case, are in my view, determinative of many of the issues in this case. That case determines that Cabinet documents like other evidence must be disclosed unless such disclosure would interfere with the public interest. The fact that such documents concern the decision-making process at the highest level of government cannot, however, be ignored. Courts must proceed with caution in having them produced. But the level of the decision-making process concerned is only one of many variables to be taken into account. The nature of the policy concerned and the particular contents of the documents are, I would have thought, even more important. So far as the protection of the decision-making process is concerned, too, the time when a document or information is to be revealed is an extremely important factor. Revelations of Cabinet discussion and planning at the developmental stage or other circumstances when there is keen public interest in the subject matter might seriously inhibit the proper functioning of Cabinet government, but this can scarcely be the case when low level policy that has long become of little public interest is involved.

To these considerations, and they are not all, one must, of course, add the importance of producing the documents in the interests of the administration of justice. On the latter question, such issues as the importance of the case and the need or desirability of producing the documents; to ensure that it can be adequately and fairly presented are factors to be placed in the balance. In doing this, it is well to remember that only the particular facts relating to the case are revealed. This is not a serious departure from the general regime of secrecy that surrounds high level government decisions. [paras. 79-80]

[51] La Forest J. acknowledges the level of the decision-making process is but one consideration; however, he finds the nature of the policy and the contents of the documents to be “more important”. If it is shown divulgence “might” inhibit the proper functioning of Cabinet, or impede the development of government policy, public interest immunity applies. The scope is not narrowed to matters of national security as suggested by the motion judge and Enbridge. In *Alberta v. Yellowhorn*, 1998 ABCA 206, [1998] A.J. No. 1467 (QL), it was extended to issues pertaining to water management. In the same vein, the Waycott Affidavit of Documents highlights similar issues (see excerpt at paragraph 43, above).

[52] The motion judge agrees Cabinet communications are privileged. As she notes in para. 48 of the decision, if she failed to recognize a confidential Cabinet document that reveals the nature and substance of cabinet communications, the document “could possibly” be exempt from disclosure; however, she finds the descriptors were insufficient to enable her to discern which documents would fall into that category. She notes the issues do not fall into the category of matters of “national security”. She concludes that policy concerning the development of natural gas in the Province of New Brunswick is evolving; therefore, there is no compelling public interest immunity. I pause here to note the types of communications for which the Province claims immunity. They are identified as documents which include formal memoranda to Executive Council as well as communications containing advice to Executive Council.

[53] The respondents correctly draw our attention to what it terms “a general trend” towards disclosure of Cabinet documents. In support, it quotes from Karen Horsman and Gareth Morley, *Government Liability Law and Practice*, 4th ed (Aurora, Ontario: Canada Law Book, 2007) at 114. Counsel for Enbridge presents a liberal interpretation of *Carey*, and suggests the bulk of the jurisprudence favours a dilution of public interest immunity. Examples include *Health Services and Support Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*; *Can Am Simulation Ltd. v. Newfoundland*, [1994] N.J. No. 125 (S.C.) (QL); *Johnston v. Prince Edward Island*, [1988] P.E.I.J. No. 63 (S.C.) (QL); and *Nova Scotia (Attorney General) v. Royal & Sun Alliance Insurance Company Ltd. of Canada*, [2000] N.S.J. No. 404 (S.C.) (QL). In *Nunavut (Department of Community and Government Services) v. Northern Transportation Co.*, 2011 NUCJ 4, [2011] Nu.J. No. 3 (QL), Johnson J. ordered disclosure of 32 documents of 35, finding three were privileged as they related to policy development concerning the long term supply of fuel to citizens living in northern Canada. The 32 documents not covered by the privilege were created eight years prior to the motion. The Court found their production would have minimal impact on candid dialogue in Cabinet, where matters concerning the long-term fuel supply policies were concerned. The Court notes: “[h]igh level policy documents are treated differently than lower level policy documents” (para. 24). Johnson J. observes:

The words "hardly world-shaking", used by La Forest J. in *Carey* to describe a tourist policy, were adopted by Miller J. in *Leeds* to describe the policy of developing the transportation and utility corridors around the cities of Edmonton and Calgary. [para. 44]

The three privileged documents concerned the financial implications of proposals received for the bulk fuel re-supply to 27 communities; one was an Information Plan for Cabinet to develop strategies, and one was a Ministerial Briefing Note/Decision paper. All three documents were described as pertaining to “policy formation” by Cabinet. From the above jurisprudence, and considering *Carey*, I conclude the distinction rests on whether the documents over which privilege is claimed pertain to policy formation, as opposed to policy implementation. *Carey* requires the plaintiff to describe the policy

matters in sufficient detail so the trier of fact can decipher the purpose of the document. If it relates to the former, it is privileged; if the latter, it is discoverable.

[54] The motion judge ordered disclosure on the basis the documents did not fall within the same category as national security or national defence. With respect, this is a misinterpretation of *Carey*, as previously observed. I conclude too much weight was given by the motion judge to one or two criteria. The reasons did not demonstrate any other consideration. The Province characterized the challenged documents as relating to “policy” formulation. A review of the index and descriptors confirms they were prepared for the purpose of giving advice to the Minister and Executive Council to assist in the development of natural gas policy in the Province of New Brunswick. The fact some of the documents date to 1997, does not change their purpose.

[55] The Supreme Court in *Carey*, and the jurisprudence which follows, advises that a purposeful analysis should be undertaken, which did not occur in this case. The motion judge concludes the documents are dated and should be produced on that basis. I disagree. There is no pressing “keen public” interest for disclosure as stated in *Nunavut*. In fact, on the same basis as discussed in *Carey*, I am of the view disclosure would have no benefit to the public. Enbridge did not advance a case for “public interest” in the documents. In *Carey*, the Cabinet discussions pre-dated the disclosure request by twelve years, and the issue in dispute was limited to a singular event. Here, Cabinet memoranda and discussions pre-dated the execution of the Gas Franchise Agreement by a few years only. The motion judge did not advise how she concludes the documents would be relevant in the prosecution of the Enbridge case.

[56] I pause again to observe the motion judge did not scrutinize the documents. There was no cross-examination of the affidavit evidence proffered by the Province. Richard J.A., for the Court, discusses the application of Rule 31.06 in a similar context in *Bennett v. State Farm and Casualty Company* (2013). Rule 31.06(d) permits a court to “inspect any document for the purpose of determining the validity of a claim of privilege”, but only where the court is satisfied a claim of privilege may have been

improperly made (para. 23). This matter was heard by way of affidavit evidence. In *Seely v. Corrier*, Drapeau C.J.N.B., for the Court, discusses the importance of “cogent” affidavit evidence. “The affidavits must make the factual case for the privilege claimed, lifting its foundation from the general to the particular” (para. 35). Enbridge submits two of the documents over which solicitor-client privilege was claimed did not meet that standard in the descriptors. If that were all, perhaps they may have had a case; however, the importance of the Waycott affidavit cannot be underestimated, as it clearly reveals the basis for the privilege claim.

V. Disposition

[57] In my respectful view, the motion judge erred when she ordered disclosure of the documents for which solicitor-client privilege was claimed. Similarly, for the reasons stated, I conclude she erred in ordering disclosure of the documents over which public interest immunity was claimed. In the former case, the judge reversed the onus in a situation where the privilege was otherwise properly claimed. In the latter case, she failed to take into account the unchallenged Waycott affidavit that sufficiently set out the basis for the immunity. It follows that I would allow the appeal and set aside the motion judge’s decision. I would order Enbridge to pay costs in the amount of \$5,000.

La juge Baird

I. Introduction et contexte

[1] Le présent appel est interjeté de la décision, rendue par une juge saisie d'une motion, d'ordonner la divulgation d'environ 800 documents pour lesquels l'appelante revendiquait soit le privilège du secret professionnel de l'avocat, soit une exception d'intérêt public. À titre d'information contextuelle, mentionnons que le 12 avril 2012, les intimées (« Enbridge ») ont intenté une poursuite judiciaire à la Province du Nouveau-Brunswick (la « Province »), en reprochant à celle-ci d'avoir violé un accord de concession générale conclu entre elles en 1999 et visant la distribution de gaz naturel dans la province du Nouveau-Brunswick.

[2] Au cours de l'enquête préalable, la Province a remis à Enbridge un affidavit des documents signé par Stephen A. Waycott, représentant de la Couronne nommé conformément à la *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-18. L'annexe A énumérait 9 686 documents; l'annexe B énumérait 3 606 documents pour lesquels le privilège était revendiqué. Enbridge a déposé un avis de motion sollicitant une ordonnance judiciaire prescrivant la divulgation des documents énumérés à l'annexe B en soutenant que les revendications de privilège étaient injustifiées. En réponse, la Province a déposé un affidavit souscrit par M. Waycott qui fournissait des renseignements additionnels sur les motifs des revendications de privilège. La motion a été entendue le 15 août 2014 et le 17 décembre 2014. Dans l'intervalle, les parties ont réussi à réduire le nombre de documents en litige et elles ont classé les documents qui restaient dans la catégorie « documents qui demeurent en litige ». Environ 800 documents demeuraient en litige au moment de la reprise de l'instruction de l'affaire.

[3] Les documents en cause portent les titres génériques suivants : 1) « Documents d'employés internes », pour lesquels « le secret professionnel

de l'avocat est revendiqué parce que ces documents renferment des observations sur la substance d'un avis juridique, transmettent cet avis ou autrement le révèlent »;

2) « Documents dont copie est envoyée à l'avocat », pour lesquels « le secret professionnel de l'avocat est revendiqué pour le motif que l'avocat, tant l'avocat interne que l'avocat du secteur privé, est nommé directement comme destinataire de la communication et que le document a été créé dans le “but direct” de “solliciter ou d'obtenir un avis juridique” »;

3) « Communications par voie d'intermédiaires », pour lesquelles « le secret professionnel de l'avocat est revendiqué du fait que les documents portent sur des communications entre des “représentants” de la Province du Nouveau-Brunswick et donnent suite à la relation entre avocat et client »; et enfin

4) « Documents visés par une exception d'intérêt public », pour lesquels un privilège est revendiqué du fait que la divulgation de ceux-ci porterait atteinte à l'intérêt public.

[4] La juge saisie de la motion a conclu que les revendications de privilège n'étaient pas fondées et elle a ordonné la divulgation des 800 documents qui demeuraient en litige.

II. Questions soulevées en appel

[5] La Province du Nouveau-Brunswick porte en appel l'ordonnance de divulgation en invoquant cinq moyens d'appel. Elle soutient que la juge saisie de la motion a commis des erreurs de droit justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'elle a ordonné la divulgation de documents pour lesquels le secret professionnel de l'avocat et l'exception d'intérêt public étaient revendiqués. Dans le mémoire de la Province, les cinq moyens d'appel ont été consolidés dans quatre rubriques. Ils font valoir que la juge saisie de la motion a commis des erreurs en tirant les conclusions suivantes :

- a. les « Documents d'employés internes » ne sont pas assujettis au privilège et, par conséquent, ils doivent être produits;
- b. les « Documents dont copie est envoyée à l'avocat » ne sont pas assujettis au

privilège et, par conséquent, ils doivent être produits;

- c. les « Communications par voie d'intermédiaires » ne sont pas assujetties au privilège et, par conséquent, elles doivent être produites;
- d. les « Documents visés par une exception d'intérêt public » ne s'inscrivent pas dans cette catégorie d'exception et, par conséquent, ils doivent être produits.

III. Norme de contrôle

[6] Dans l'arrêt *Chapelstone Developments Inc., Action Motors Ltd. et Hamilton c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2^e) 350, le juge d'appel Robertson, qui rendait jugement au nom de notre Cour, a conclu que la norme de contrôle relative à la production ou à la divulgation de documents constitue une pure question de droit ou une question mixte de droit et de fait.

[7] Au départ, Enbridge a prétendu que la norme de contrôle appropriée était celle décrite dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, où le juge Drapeau, J.C.N.-B., a décrit, au nom de la Cour, la norme de contrôle applicable aux ordonnances discrétionnaires. Toutefois, à l'audition de l'appel, Enbridge a reconnu, étant donné que les moyens d'appels énumérés constituent de pures questions de droit, que la norme de contrôle était celle de la décision correcte. À mon avis, cette concession de la part d'Enbridge était sage.

IV. Analyse

A. *Secret professionnel de l'avocat*

[8] « Le secret professionnel de l'avocat est un aspect fondamental du système juridique canadien. » Il constitue une « règle de droit fondamentale et

substantielle » : voir *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au par. 17. Dans cette affaire, le juge Major, qui rendait décision au nom de la Cour, a expliqué que les communications entre un avocat et son client s'inscrivent dans la catégorie du « privilège générique » 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) » (par. 27, où il cite le juge en chef Lamer dans *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, [1991] A.C.S. n° 80 (QL)). Dans cette décision, le juge en chef Lamer a expliqué que « [d]e telles communications sont exclues non pas parce que l'élément de preuve n'est pas pertinent, mais plutôt parce qu'il existe des raisons de principe prépondérantes d'exclure cet élément de preuve pertinent » (par. 26).

[9] Dans l'arrêt *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al.*, 2002 NBCA 41, 251 R.N.-B. (2^e) 102, le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a expliqué, au nom de la Cour, la nature, l'objet et la raison d'être du privilège :

[TRADUCTION]

La relation d'avocat à client étant d'ordre fiduciaire, elle impose aux avocats de garder le secret sur tous les renseignements confidentiels qu'ils obtiennent, dans l'exercice de leur profession, sur les affaires et les occupations d'un client. Cette obligation de confidentialité est le pendant immédiat du secret professionnel de l'avocat, qui est un aspect fondamental du système juridique canadien (voir *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au par. 17). L'avocat qui manque à la confidentialité à laquelle il est obligé encourt une instance disciplinaire (*Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick, p. 9). Le chapitre IV du *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien, intitulé « Le secret professionnel », formule la règle suivante :

L'avocat est tenu de garder le secret le plus absolu sur ce qu'il a appris des affaires et des occupations de son client au cours de leurs relations

professionnelles. Il ne peut être relevé de ce devoir qu'avec l'autorisation soit expresse soit tacite de son client, lorsque la loi le lui ordonne, ou encore lorsque ce Code le lui permet ou lui en impose l'obligation.

[Renvois en bas de page omis.]

La raison d'être de la règle est bien connue.

Notre système judiciaire fonctionne le plus efficacement lorsque les plaideurs sont représentés avec compétence. L'avocat est d'autant plus compétent si le client rend compte sans détour de tous les faits qui peuvent être pertinents. L'inspiration première de l'avocat à s'instruire des faits est, inévitablement, le client et nul autre. Il est peu probable que le client, s'il n'est pas convaincu que ses confidences demeureront secrètes, s'exprime librement et franchement et dresse un tableau complet des faits du litige. Il apparaît donc possible que les intérêts du client ne soient pas représentés tout aussi parfaitement qu'ils pourraient l'être. Dans ce cas malheureux, le client et le système judiciaire sont tous deux perdants. Le juge en chef Jakkett, à la page 193 de *Shell Canada Ltd., Re*, [1975] C.F. 184 (C.A.), traduit particulièrement bien ce point de vue :

[...] La protection civile et criminelle, que nos principes de droit accordent à l'individu est subordonnée à l'assistance et aux conseils que l'individu reçoit d'hommes de loi sans aucune crainte que la divulgation pleine et entière de tous ses actes et pensées à son conseiller juridique puisse de quelque façon être connue des tiers de manière à être utilisée contre lui.

[Renvois en bas de page omis.]

On pourra se reporter également à la page 834 de *Solosky c. Canada*, [1980] 1 R.C.S. 821, motifs du juge Dickson (tel était alors son titre), au paragraphe 46 de *Jones c. Smith*, [1999] 1 R.C.S. 455, motifs du juge Cory, et aux paragraphes 31 à 33 de *R. c. McClure*. [par. 43 et 44]

[10] Dans l'arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189, le juge Binnie affirme que la règle de common law applicable au secret professionnel de l'avocat couvre des renseignements confidentiels

protégés qui « n'ont pas tous la même importance et le même caractère crucial » et que « [l]a protection des communications avocat-client confidentielles revêt une grande importance » (par. 34 et 54). Dans l'arrêt *McClure*, le privilège bénéficiait de la protection accordée par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas de poursuites criminelles. Dans l'arrêt *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, la Cour suprême a conclu que le privilège du secret professionnel s'appliquait en matière civile comme en matière criminelle. Le privilège a été placé « sur un plan nouveau », ainsi que l'a affirmé le juge Dickson dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, [1979] A.C.S. n° 130 (QL), à la p. 836, et élargi par la Cour suprême dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, [1982] A.C.S. n° 43 (QL), par le juge Lamer, à la p. 893, ainsi que dans l'arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, et dans l'arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319. Dans l'arrêt *Descôteaux*, le juge Lamer a fait remarquer que le privilège de la relation client-avocat peut prendre naissance avant même la formation du mandat formel.

[11] Toutefois, dans l'arrêt *McClure*, le juge Major fait remarquer que le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu et qu'il « cède le pas [...] dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas » (par. 35). Le juge Cory réitère ces principes dans l'arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.S.C. 455, [1999] A.C.S. n° 15 (QL), et convient que le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu. Il souligne une exception au secret professionnel de l'avocat lorsqu'il s'agit de sécurité publique (par. 51 et 57).

[12] Dans l'arrêt *Pritchard*, la Cour suprême du Canada a étendu le privilège avocat-client à toute consultation en vue d'obtenir un avis juridique, peu importe qu'un litige soit envisagé ou prévu (par. 28, 32 et 33). Au cours des dernières années, la Cour suprême a adopté une solution plus large et davantage téléologique concernant le secret professionnel de l'avocat (*Blank*, par. 26; *McClure*, par. 31; *Smith c. Jones*, par. 45 et 46).

[13] Dans son ouvrage intitulé *Solicitor-Client Privilege*, (Markham : LexisNexis Canada Inc., 2014), le professeur Adam M. Dodek, de l'Université d'Ottawa, souligne, au chapitre 12, que les mêmes règles en matière de secret professionnel de l'avocat s'appliquent au gouvernement et au secteur privé, mais il reconnaît que la Couronne est un client unique. Cette relation peut soulever des questions, particulièrement en ce qui concerne la règle de droit substantielle du secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige dans les affaires où la protection de l'intérêt public entre en jeu. Le conflit accru entre le besoin de protéger l'intérêt public tout en préservant en même temps les protections offertes par la règle a aussi été abordé par le professeur Allan C. Hutchinson dans son article intitulé « "In the Public Interest" The Responsibilities and Rights of Government Lawyers », (2008) 46 Osgoode Hall LJ 105 (QL). De l'avis de l'auteur, il ne devrait pas être permis aux organismes gouvernementaux d'invoquer cette règle comme bouclier lorsque des intérêts publics sont en jeu; toutefois, jusqu'à présent, toute érosion du secret professionnel de l'avocat a été soigneusement circonscrite par la Cour suprême. Deborah MacNair, conseillère juridique au ministère de la Justice, à Ottawa, dans un article intitulé « Solicitor-Client Privilege and the Crown: When is a Privilege a Privilege? », (2003), 82 R. du Bar. Can. 213, passe en revue l'évolution de la jurisprudence qui porte sur le secret professionnel de l'avocat dans le secteur public. À son avis, [TRADUCTION] « [l]e caractère sacré de la relation avocat-client se trouve à concurrencer avec ce que d'autres appellent la recherche de la vérité, mais sous les projecteurs de l'intérêt public » (p. 215).

[14] Les conseillers juridiques internes du gouvernement servent l'intérêt public; toutefois, leur client est la branche exécutive du gouvernement. La relation avocat-client se trouve davantage compliquée lorsque le gouvernement retient les services d'un avocat indépendant du secteur privé, comme c'était le cas en l'espèce, pour que ce dernier travaille de concert avec un avocat interne afin de partager et d'échanger des documents, des idées, des avis et des conseils juridiques. Parmi les décisions récentes qui portent sur le secret professionnel de l'avocat dans ce contexte, mentionnons les décisions *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, [1999] A.C.S. n° 16 (QL), *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008

CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, l'affaire *Pritchard* et, plus récemment, l'affaire *Blank*, comme nous l'avons mentionné précédemment.

[15] Dans l'arrêt *Campbell*, la Cour suprême a conclu que la portée et la nature du privilège sont les mêmes que celles qui existent dans le secteur privé. Dans l'arrêt *Blank*, le juge Fish a conclu que le secret professionnel de l'avocat protège la communication « complète [...] et franche » entre un avocat et son client et qu'il se distingue du privilège relatif au litige. Il reconnaît que le privilège relatif au litige prend fin lorsque se termine le litige. Le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l'avocat en ce sens qu'il vise à assurer l'efficacité du processus afférent au litige. En revanche, le secret professionnel de l'avocat protège la relation professionnelle et continue de s'appliquer même une fois que le litige a pris fin. Voir l'arrêt *Davis c. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 R.N.-B. (2^e) 232, aux par. 27 et 28, rendu au nom de la Cour par le juge Drapeau, J.C.N.-B.

[16] Le secret professionnel de l'avocat peut s'appliquer à des communications non confidentielles entre l'avocat, la partie au litige et des tiers, comme l'a affirmé notre Cour. Dans l'arrêt *Lamey c. Rice* (2000), 227 R.N.-B. (2^e) 295, [2000] A.N.-B. n° 271 (QL), la juge d'appel Larlee, rendant jugement au nom de la Cour, a conclu que le secret professionnel de l'avocat peut s'appliquer lorsqu'un mandataire [TRADUCTION] « travaille pour l'avocat ou le client » (par. 12). Dans l'arrêt *McClure*, le juge Major a affirmé que le secret professionnel de l'avocat « doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 35).

[17] La Cour suprême a conclu que le secret professionnel de l'avocat peut s'appliquer lorsque des avocats d'un service juridique gouvernemental interne fournissent des conseils juridiques à un organisme gouvernemental (*Campbell*, au par. 49). Le juge Binnie compare la fonction des avocats d'un organisme gouvernemental à celle des avocats internes de sociétés. Il explique que lorsque les avocats gouvernementaux fournissent des conseils juridiques à des « ministères clients », le secret professionnel de l'avocat s'applique; toutefois, les conseils n'ayant rien à voir avec leur formation

juridique que donnent les avocats internes de sociétés, comme les conseils en matière de politique non liés à leurs responsabilités juridiques, ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat. La question de savoir si le secret professionnel de l'avocat s'appliquera ou non dépend de « la nature de la relation, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni » (*Campbell*, par. 50).

[18] Les communications suivantes ont été jugées protégées :

- i) Les avis juridiques rédigés par des avocats du ministère de la Justice pour le ministre de la Justice, notamment les notes confidentielles rédigées dans un but précis. Dans l'arrêt *Idziak c. Canada (ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, [1992] A.C.S. n° 97 (QL), la Cour suprême a étendu le privilège aux notes rédigées par des avocats du gouvernement à l'intention d'un ministre.
- ii) Les avis juridiques fournis par les avocats du ministère de la Justice à l'intention d'autres ministères ou organismes gouvernementaux (*Campbell et Pritchard*). Dans l'arrêt *Pritchard*, l'avis juridique avait été fourni à la Commission des droits de la personne.
- iii) Les avis juridiques fournis à des organismes gouvernementaux par des avocats du secteur privé (*Canada (Attorney General) c. Central Cartage Co.*, [1987] F.C.J. No. 345 (QL), à 257; *McEwen c. British Columbia (Attorney General)*, 2013 BCSC 517, [2013] B.C.J. No. 583 (QL); et *Telus Communications Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 380, [2004] F.C.J. No. 1918 (QL)).
- iv) Les avis juridiques fournis par des avocats du secteur privé concernant la rédaction de règlements (*Quinn c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CF 376, [2008] A.C.F. n° 474 (QL)).

[19] Selon le professeur Dodek, il existe au Canada une opinion contemporaine [TRADUCTION] « expansive » voulant que le secret professionnel de l'avocat s'applique à toutes les communications, dans le [TRADUCTION] « continuum des

communications » qui relève du fonctionnement normal du gouvernement (*Camp Development Corporation c. South Coast Greater Vancouver Transportation Authority*, 2011 BCSC 88, [2011] B.C.J. No. 104 (QL), aux par. 63 à 65).

[20] Le secret professionnel de l'avocat s'applique uniquement aux conseils juridiques et non pas nécessairement aux conseils en matière de politique. Dans l'arrêt *Campbell* (par. 50), le juge Binnie a conclu que les conseils fournis par des avocats qui participent, par exemple, à des comités gouvernementaux, ne sont pas protégés si les conseils demandés et fournis n'ont rien à voir avec leur formation ou expertise juridiques, mais il reconnaît que la distinction est parfois floue. Le résultat est fonction de la nature de la relation professionnelle, de l'objet de l'avis juridique et des circonstances dans lesquelles cet avis est « demandé et fourni » (voir *Solosky*, aux p. 756 et 757). Dans ce cas, une analyse contextuelle est nécessaire afin de déterminer si le secret professionnel de l'avocat s'applique. Les exceptions mentionnées ci-dessus sont décrites dans l'arrêt *Pritchard* comme des circonstances où un avis juridique n'est ni demandé ni offert, des circonstances où il est clair que les communications n'étaient pas censées être confidentielles ou ont fait l'objet d'une renonciation, et des circonstances où les objectifs sont illicites. Le privilège s'applique, toutefois, lorsque des avocats gouvernementaux « internes » fournissent des avis juridiques à un organisme gouvernemental (par. 21 et 50).

[21] Comme il a déjà été mentionné, dans l'arrêt *Blank*, le juge Fish établit une distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige. Voir les paragraphes 27, 33 à 39, où il renvoie à la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *General Accident Assurance Co. c. Chrusz*, [1999] O.J. No. 3291 (C.A.) (QL). Dans l'affaire qui nous occupe, la juge saisie de la motion s'est fondée, en partie, sur l'arrêt *Chrusz* afin d'ordonner la divulgation des documents pour lesquels le secret professionnel de l'avocat était revendiqué. À mon avis, cette décision était une erreur. Il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité dans le cas des communications qui font l'objet d'un privilège générique, à moins que la partie qui demande la divulgation puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne

devraient pas être protégées (*McClure*). En l'espèce, donc, le fardeau incombait à Enbridge de démontrer l'applicabilité de l'exception.

[22] Je passe maintenant aux documents contestés et à l'analyse faite par la juge saisie de la motion.

B. *Documents d'employés internes*

[23] L'annexe B de l'affidavit des documents énumère les communications que la Province juge non assujetties à la divulgation en raison du secret professionnel de l'avocat. Les documents contestés contiennent des éléments descriptifs qui révèlent la date à laquelle le document a été créé, le nom des personnes qui l'ont créé et qui l'ont reçu ainsi que la raison pour laquelle le privilège est revendiqué. La preuve non contestée dont disposait la juge saisie de la motion concernant ces documents est la suivante :

[TRADUCTION]

S'agissant des documents cotés **B-1**, la défenderesse s'oppose à la production de ceux-ci pour le motif qu'ils sont des communications confidentielles échangées entre la défenderesse et ses avocats, notamment le bureau du Procureur général, afin d'obtenir ou de fournir des avis juridiques, ou des documents qui reflètent ou révèlent la substance d'avis juridiques fournis à la défenderesse par ses avocats au sujet de questions qui sont maintenant en litige ou qui pourraient l'être dans la présente action. [Affidavit des documents, le 25 février 2014, 4a)].

Les documents énumérés dans le tableau annexé comme **pièce J** sont des communications internes entre des employés de la défenderesse qui reflètent et révèlent la substance d'avis juridiques d'un avocat à son client. [Affidavit des documents, le 14 août 2014, 15j)]

[24] La juge saisie de la motion a conclu que la Province n'avait pas fourni suffisamment de détails dans les éléments descriptifs pour étayer sa revendication de privilège du secret professionnel de l'avocat; toutefois, la Province n'avait pas cette charge. La revendication d'un privilège n'aurait aucun sens si la partie qui le revendique

au sujet de certaines catégories de documents était tenue de fournir des détails qui, essentiellement, révéleraient le contenu des documents (*Seely c. Corrier*, 2009 NBCA 3, 340 R.N.-B. (2^e) 262, décision rendue au nom de la Cour par le juge Drapeau, J.C.N.-B., au par. 35; *Canadian Broadcasting Corp. c. New Brunswick Broadcasting Co.* (1999), 222 R.N.-B. (2^e) 1, [1999] A.N.-B. n^o 539 (C.B.R.) (QL), aux par. 49 et 50; *Doucet et al. c. Spielo Manufacturing Inc. et al.*, 2007 NBBR 245, 319 R.N.-B. (2^e) 14, conf. à *Spielo Manufacturing et Manship c. Doucet et Dauphinee*, 2007 NBCA 85, 327 R.N.-B. (2^e) 1).

[25] Dans ses motifs, la juge saisie de la motion exprime l'avis que les éléments descriptifs contenus dans les documents de la liste intitulée [TRADUCTION] « Documents d'employés internes » n'indiquent pas que ces documents ont été rédigés afin de solliciter ou de fournir un avis juridique. Je ne suis pas d'accord. L'affidavit de M. Waycott indique que les documents ont été rédigés afin [TRADUCTION] « d'obtenir ou de fournir un avis juridique ». Enbridge avait la charge d'établir l'existence d'une exception au privilège (*McClure*). Les motifs de la juge saisie de la motion n'indiquent pas sur quel fondement une exception au secret professionnel de l'avocat était même invoquée.

C. Documents dont copie est envoyée à l'avocat

[26] S'agissant de ces documents, la juge saisie de la motion a conclu que la Province n'avait pas fourni [TRADUCTION] « une preuve suffisante de la raison pour laquelle » ces documents devaient être protégés (*Enbridge Gas New Brunswick c. PNB*, 2015 NBBR 136, [2015] A.N.-B. n^o 166 (QL)). Elle a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

[...] [I]l n'y a absolument aucune information sur la raison pour laquelle une copie des documents a été transmise à l'avocat. Rien n'indique qu'ils ont été transmis afin d'obtenir ou de fournir un avis juridique.

[...]

Il n'existe aucune description concernant n'importe lequel des 28 documents énumérés à l'onglet 2 qui soit susceptible d'indiquer qu'il s'agissait d'obtenir un avis juridique ou d'utiliser ces documents dans un litige. La Province n'a pas fourni une preuve suffisante de la raison pour laquelle ces documents ne devraient pas être divulgués[.] [par. 40]

La juge saisie de la motion a cité l'arrêt *Solosky* comme source justifiant d'ordonner la divulgation des documents. Comme il a été mentionné précédemment, à mon avis, il s'agit là d'une mauvaise interprétation des motifs de cette décision. La Cour suprême affirme qu'une fois le privilège du secret professionnel de l'avocat revendiqué, la partie qui le revendique n'a pas à fournir la raison pour laquelle l'avis juridique a été sollicité (*Solosky*, p. 837). En ayant recours à l'analyse fondée sur le privilège relatif au litige, la juge saisie de la motion a commis une erreur de droit. Elle a jugé que les communications par voie d'intermédiaires étaient exclues du secret professionnel de l'avocat. L'affidavit des documents de M. Waycott confirme que ces documents étaient des communications transmises par des mandataires de la Province qui transmettaient un avis juridique à la Province. Puisque le déposant n'a pas été contre-interrogé, la preuve demeure non contestée.

[27] Les documents énumérés dans la pièce K sont décrits comme des communications internes entre des employés de la Province, dont des copies ont été transmises au conseiller juridique dans le but [TRADUCTION] «de solliciter et de demander son opinion et son avis juridique» (Affidavit des documents, par. 15k).

[28] La juge saisie de la motion a conclu par erreur que la Province devait fournir une explication supplémentaire sur la raison pour laquelle elle avait sollicité l'avis juridique. Voir *Canadian Broadcasting Corp. c. New Brunswick Broadcasting Co.* et *051766 N.B. Ltd. c. Wilbur*, 2004 NBBR 122, [2004] A.N.-B. n° 125 (QL). Le fait que des copies seulement de ces documents sont transmises à l'avocat ne change en rien la nature du privilège, pourvu que l'objet soit lié au mandat, lequel a été établi en l'espèce. L'affidavit des documents indique clairement le fondement du privilège revendiqué, c'est-à-dire qu'il s'agissait de demander et d'obtenir un avis juridique.

D. *Communications par voie d'intermédiaires*

[29] S'agissant des onglets 3 et 4, la juge saisie de la motion a conclu que les éléments descriptifs des mandats de KPMG et d'Elenchus n'indiquaient pas qu'ils étaient employés à titre d'intermédiaires ou de mandataires de la Province et que ces entreprises [TRADUCTION] « réunissaient » de l'information qu'elles transmettaient à la Province par l'intermédiaire d'un avocat. Voici la conclusion qu'elle a tirée :

[TRADUCTION]

S'agissant des onglets 3 et 4, la description supplémentaire et améliorée des documents faite par la défenderesse au sujet de ces deux onglets ne fournit aucun renseignement indiquant que KPMG ou Elenchus étaient des intermédiaires entre un client et son avocat. Pour revenir au paragraphe 11 de la présente décision, j'accepte l'observation faite par l'avocat des demanderesse et je conclus que la Province n'a pas réussi à fournir une preuve établissant que l'information réunie soit par Elenchus, soit par KPMG et fournie à la Province était davantage qu'une information réunie à partir de sources et transmise au client ou à l'avocat. [par. 44]

[30] Si un tiers réunit de l'information et qu'il la transmet par l'intermédiaire d'un avocat, comme il est indiqué dans l'arrêt *Chrusz*, cette information ne tombe pas sous le coup de la protection générale du secret professionnel de l'avocat; toutefois, le rapport rédigé par l'avocat et l'avis juridique qui s'ensuit s'inscrivent dans le secret professionnel de l'avocat. Enbridge invoque les arrêts *Solosky* et *Chrusz* à l'appui de son observation selon laquelle les documents préparés à la demande d'un avocat du secteur privé ne font l'objet d'aucun privilège. Aucune analyse n'a été effectuée concernant l'effet de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Blank*.

[31] Le paragraphe 4e)(iii) de l'affidavit des documents de M. Waycott énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Les services fournis par Elenchus ont été dispensés en concomitance avec l'avis d'un conseiller juridique et y sont étroitement liés, de sorte que les rapports, les communications et les autres documents échangés entre la défenderesse, Elenchus et (ou) ses avocats révèlent la substance de l'avis juridique obtenu par la défenderesse concernant les questions qui sont maintenant en litige ou qui pourraient l'être dans la présente action en justice. Le travail effectué par Elenchus était nécessaire pour évaluer, examiner et soupeser l'avis fourni à la défenderesse par ses avocats. En tant que mandataire de la défenderesse, Elenchus a effectué diverses analyses à la demande des avocats de la défenderesse afin d'aider ceux-ci à conseiller la défenderesse.

[32] Dans son affidavit, M. Waycott affirme que les services de KPMG ont été retenus en 2011 afin d'aider la Province dans l'élaboration et l'évaluation de divers modèles financiers devant être soumis au Ministre et au Conseil exécutif en vue de l'élaboration de politiques sur le gaz naturel. Les services avaient trait à l'avis fourni par le conseiller juridique et révèlent [TRADUCTION] « la substance de l'avis juridique obtenu par la défenderesse concernant des questions qui sont maintenant en litige ou qui pourraient l'être dans la présente action en justice ».

[33] Dans l'arrêt *Melanson c. Léger et al.*, 2005 NBCA 19, 279 R.N.-B. (2^e) 276, la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de notre Cour, a cité l'arrêt *Lamey* et dit : « [il] semble clair que le secret professionnel de l'avocat naît si, comme en l'espèce, un expert en sinistres, à titre de mandataire du client, mène à la demande de l'avocat du client une enquête qui lui permet de produire des documents pour aider l'avocat à conseiller son client » (par. 11).

[34] La preuve non contredite révèle que Elenchus et KPMG étaient des intermédiaires qui fournissaient des avis et des conseils à la demande des avocats sur des questions lourdes de conséquences ayant trait à l'élaboration de politiques sur le gaz naturel dans la province du Nouveau-Brunswick. L'avis fondé sur l'opinion d'expert est devenu une composante intégrale des avis juridiques produits par des avocats du secteur

privé à l'intention de la Province sur les mêmes questions qui étaient soumises à l'étude du Cabinet. Dans l'affaire *Chrusz*, le juge d'appel Doherty a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION]

[...] Si le tiers a été engagé pour assurer un service essentiel à l'existence ou au bon fonctionnement de la relation entre le client et l'avocat, le privilège devrait protéger toutes les communications intervenues dans l'exercice de cette fonction qui répondent aux critères du privilège du secret professionnel de l'avocat. [par. 120]

[35] Je conclus que la juge saisie de la motion a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le privilège du secret professionnel de l'avocat n'englobait pas les communications entre Elenchus, KPMG et les conseillers juridiques. Il y avait une preuve non équivoque de la nature des communications, et la conclusion selon laquelle Elenchus et KPMG [TRADUCTION] « réunissaient » tout simplement de l'information n'est pas fondée.

E. *Exception d'intérêt public*

[36] L'arrêt clé portant sur l'exception d'intérêt public est *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, [1986] A.C.S. n° 74 (QL). L'ancien propriétaire d'un centre de villégiature a intenté une poursuite judiciaire à la Province de l'Ontario et réclamé des dommages-intérêts par suite des pertes financières considérables qu'il avait subies. Durant l'enquête préalable, les demandeurs avaient sollicité la divulgation de documents au sujet desquels la Province revendiquait un privilège, notamment tous les documents qui avaient été transmis au Cabinet et à divers comités connexes, ou qui avaient été envoyés à ces comités par suite de discussions tenues par le Cabinet. La revendication de privilège n'était pas fondée sur la teneur des documents, mais sur la catégorie à laquelle ils appartenaient. Selon la Province, la divulgation des documents violerait la confidentialité des discussions du Cabinet et gênerait la tenue de discussions franches sur des questions de politique pendant les réunions du Cabinet. Elle soutenait de plus que le principe fondamental de l'exception d'intérêt public dont bénéficie le gouvernement permettait à celui-ci de ne pas produire les documents. La Cour suprême a été saisie d'un

pourvoi sur la question de savoir s'il était justifié de refuser de produire des documents du Cabinet parce qu'ils s'inscrivent dans la catégorie de documents du Cabinet, et sur celle de savoir si le demandeur avait établi que les documents étaient pertinents pour le litige.

[37] Le juge La Forest a conclu qu'il y a une règle fondamentale qui milite en faveur de la divulgation, à moins qu'on puisse démontrer que la divulgation irait à l'encontre de l'intérêt public. Cela dit, il a affirmé ce qui suit :

[...] Toutefois, on ne saurait faire abstraction du fait que de tels documents concernent le processus décisionnel à l'échelon le plus élevé du gouvernement. Les tribunaux doivent agir avec prudence en ordonnant leur production. Toutefois, le palier du processus décisionnel dont il s'agit n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres à prendre en considération. Plus importantes encore, à ce qu'il me semble, sont la nature de la politique en question et la teneur précise des documents. [par. 79]

La Cour suprême a estimé que les questions soulevées doivent être d'importance considérable, comme des questions concernant la sécurité nationale ou la défense nationale. Une politique au sujet de l'aménagement touristique dans la province de l'Ontario n'atteignait pas ce seuil (*Carey*). Le juge La Forest a conclu que l'objectif de protection doit être mis en balance avec l'intérêt public afin de maintenir la confiance dans le système judiciaire. Il a décrit ce processus :

L'argument principal invoqué pour la non-communication des documents énumérés dans l'affidavit est que leur divulgation aurait pour effet de les rendre moins complets à l'avenir et leur enlèverait de la franchise et de la sincérité si on les savait susceptibles de production dans le cadre d'un procès, ce qui nuirait à la fois à la politique gouvernementale et à l'intérêt public. À l'argument bien connu de la « franchise » viennent s'ajouter le souci du caractère complet et la crainte que ne soit diminuée la liberté des membres du Cabinet de discuter de questions importantes de politique et d'intérêt public. Or, il se peut qu'on entende simplement par là que le contexte dans

lequel se font des déclarations confidentielles peut les rendre différentes d'autres déclarations. [par. 44]

[38] L'arrêt *Carey* a été appliqué dans la décision *Leeds c. Alberta (Minister of the Environment)*, [1990] A.J. No. 370 (C.B.R.) (QL), où la Cour a conclu que des documents en matière de politique sur l'aménagement de corridors pour les transports et les services publics autour de la ville d'Edmonton n'étaient pas des questions d'intérêt public suffisantes pour justifier l'application du privilège (voir aussi *Pocklington Foods Inc. c. Alberta (Provincial Treasurer)*, [1993] A.J. No. 1024 (C.B.R.) (QL); *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association c. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, [2002] B.C.J. No. 2464 (QL)). Dans cette dernière décision, la Cour a adopté le critère énoncé dans l'ouvrage de J. Sopinka, S. Lederman et A. Bryant intitulé *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1999).

[39] Pour résumer, la revendication d'une exception d'intérêt public sera généralement accueillie s'il existe une preuve que la communication était le résultat de délibérations sur des politiques à un « échelon élevé », à l'étape de la formation de la politique, y compris des conseils et des recommandations faites confidentiellement au Cabinet, des notes de service, des lettres, des ordres du jour et des documents portant sur les délibérations du Cabinet. S'agissant d'une politique publique, l'argument convaincant qui milite contre la divulgation est l'effet négatif possible sur les délibérations du Cabinet, où, manifestement, le dialogue franc et ouvert concernant des sujets délicats ne devrait pas être tempéré par la crainte d'une divulgation ultérieure.

[40] Le juge La Forest se pose la question suivante dans l'arrêt *Carey* :

[...] [S]'agit-il en réalité ici de la création d'une politique au sens large ou s'agit-il simplement d'une opération faite en exécution de cette politique? [...] Certes, il se peut bien que la politique et son application soient indissociables, mais un tribunal est autorisé à ne divulguer que les parties des documents pertinents qu'il juge nécessaires ou à propos à la suite d'un examen. [par. 82]

[41] À mon avis, la question qui précède est une question majeure. Dans l'arrêt *Bennett c. State Farm Fire and Casualty Company*, 2013 NBCA 4, 398 R.N.-B. (2^e) 290, le juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom de notre Cour, a affirmé ce qui suit :

Je reconnais que dans certaines situations, la Cour peut avoir l'obligation d'examiner attentivement des documents si le juge estime que leur divulgation pourrait porter atteinte à la [TRADUCTION] « structure de l'État », en ce sens que la divulgation pourrait avoir un effet dommageable sur la sécurité nationale, sur les relations internationales ou encore sur le processus décisionnel ou le fonctionnement du gouvernement, par exemple, mais il ne s'agit pas d'une de ces situations en l'espèce[.] [par. 39]

[42] La juge saisie de la motion a ordonné la divulgation des documents contestés. Les documents portent sur l'élaboration d'une politique relative au gaz naturel dans la province du Nouveau-Brunswick et remontent à 1997 et aux années suivantes. Les documents ont été soumis en liasses. La juge saisie de la motion a conclu que s'il y avait eu à quelque moment une revendication valable au titre de l'exception d'intérêt public, ce moment était depuis [TRADUCTION] « révolu ». Elle a fait une distinction entre une politique relative au gaz naturel et une politique ayant trait à la sécurité nationale en invoquant les mêmes principes que le juge La Forest avait invoqués dans l'arrêt *Carey*. Il faut se rappeler que la Province du Nouveau-Brunswick avait conclu un accord de concession exclusive pour la distribution du gaz naturel en 1999, à un moment où la Province entamait l'élaboration de stratégies et de politiques en matière de gaz naturel, de concert avec des avocats, des intervenants et des experts, comme il a déjà été mentionné. À mon avis, l'analyse faite n'aurait pas dû être aussi simpliste.

[43] La Province fait valoir que la juge saisie de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'elle a conclu que l'élaboration d'une politique en matière de gaz naturel ne constituait pas une question d'intérêt public suffisante pour justifier la protection contre la divulgation des documents et qu'elle a commis une erreur en concluant que la politique relative au gaz naturel est d'intérêt

historique et non d'intérêt actuel pour la Province. À l'appui de son argument, la Province se fonde sur l'affidavit de M. Waycott, lorsqu'il dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La politique en matière de gaz naturel dans la province a une incidence considérable sur plusieurs secteurs d'activités qui touchent le bien-être collectif de la Province et de ses habitants, notamment l'embauche dans la province, la capacité concurrentielle du marché et de la Province dans son ensemble, la viabilité du secteur de la fabrication, l'accès à des moyens de chauffage abordables pour la Province et pour d'autres consommateurs, ainsi que les facteurs touchant l'environnement. L'élaboration d'une politique gouvernementale en matière de gaz naturel, notamment en ce qui touche l'accès à celui-ci, la réglementation et la distribution de celui-ci, est un processus continu et évolutif entrepris par le Conseil exécutif et les plus hautes instances du gouvernement avec le concours des fonctionnaires ministériels, des intervenants de l'industrie, des experts et des avocats. [Cahier d'appel, page 803]

[44] L'exception d'intérêt public est codifiée depuis 1952. La *Loi sur les procédures contre la Couronne* prévoit ce qui suit :

In proceedings against the Crown, the rules of the court in which the proceedings are pending as to discovery and inspection of documents and examination for discovery, oral and written, apply in the same manner as if the Crown were an ordinary corporation, except that

(a) the Crown may refuse to produce a document or to make answer to a question on discovery on the ground that the production or the answer would be injurious to the public interest, and nothing in this section affects the rights of the Crown or any officer or agent of the Crown in connection with such refusal[.]

Dans des procédures contre la Couronne, les règles de la cour saisie, relatives à la communication et à l'examen de documents, ainsi qu'à l'interrogatoire préalable, oral et écrit, s'appliquent comme si la Couronne était une corporation ordinaire, sauf

a) que la Couronne peut refuser de produire un document ou de répondre à une question de l'interrogatoire préalable pour le motif que cette production ou cette réponse serait préjudiciable à l'intérêt public et qu'aucune disposition du présent article ne porte atteinte aux droits de la Couronne ou de l'un de ses fonctionnaires ou représentants concernant un tel refus[.]

[45] Comme il a déjà été mentionné, l'exception d'intérêt public est prévue également dans la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B. 2009, ch. R-10.6.

[46] Dans leur ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada*, les auteurs Sopinka, Lederman et Bryant ont défini l'exception d'intérêt public :

[TRADUCTION]

Dans l'administration de la justice, l'intérêt public est mis en valeur lorsque les parties à un litige ont un accès complet à l'information. Le public a un intérêt également dans la protection de la nation contre les atteintes qui pourraient être portées à la sécurité nationale et aux relations internationales par la divulgation de secrets d'État. En outre, des dommages peuvent être causés au processus décisionnel et au fonctionnement du gouvernement par la divulgation d'autres documents gouvernementaux. Dans les domaines où l'intérêt public milite en faveur de la non-divulgation, le gouvernement peut faire valoir une exception à ce titre.

[47] Un examen des décisions rendues depuis l'arrêt *Carey* permet d'isoler les critères d'analyse importants pour déterminer si l'exception d'intérêt public s'applique :

- i) la nature de la politique;
- ii) le contenu des documents;
- iii) l'instance chargée du processus décisionnel et le besoin de protéger le caractère confidentiel des délibérations du Cabinet;
- iv) l'importance pour l'administration de la justice de communiquer les documents en cause;
- v) le temps écoulé;
- vi) toute allégation d'inconduite par l'organe exécutif du gouvernement envers un citoyen (*Leeds*, par. 25);
- vii) la question de savoir si le document porte sur l'élaboration ou la mise en œuvre d'une politique;

viii) la question de savoir si le document vise une « politique actuelle ».

[48] Dans la décision *Pocklington*, la Cour établit une distinction, à juste titre, entre l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique d'intérêt public, d'une part, et la question de savoir si les documents contestés visent une [TRADUCTION] « politique actuelle », d'autre part. La nature de la politique et son importance pour le règlement approprié du litige sont également importantes. La juge McLachlin (tel était alors son titre) a résumé la situation comme suit, dans l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, [1997] A.C.S. n° 13 (QL) :

[...] Pour qu'un privilège existe, il faut démontrer que l'avantage tiré du privilège, si grand qu'il puisse sembler, l'emporte en fait sur l'intérêt qu'il y a à bien trancher le litige. [par. 31]

[49] Dans ses motifs, la juge saisie de la motion a mentionné l'ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd. (Toronto : Butterworths, 2014), [TRADUCTION] « à l'égard de l'exception d'intérêt public ». À la page 1064, sous la rubrique *Criteria for Grant of Immunity* [Critère d'application de l'exception], les auteurs isolent sept facteurs qui devraient être pris en ligne de compte pour évaluer la question de savoir s'il devrait y avoir divulgation. La juge saisie de la motion a fait remarquer, à bon droit, la nécessité de mettre en balance l'intérêt public et l'application de l'exception. Elle a fait remarquer que [TRADUCTION] « la revendication d'un privilège au titre de la catégorie de documents est plus susceptible d'être accueillie si le gouvernement isole les documents qui portent précisément sur l'élaboration d'une politique gouvernementale sur des questions financières et économiques importantes et s'il démontre la nature délicate d'une divulgation dans ce cas particulier » (par. 18). Il s'agit là tout simplement d'une reprise du texte.

[50] La Province soutient qu'elle a atteint ce seuil, grâce aux descriptions des documents énumérés à l'annexe de l'affidavit des documents de M. Waycott. La preuve non contestée que contient cet affidavit indique que les documents portaient sur

[TRADUCTION] « des communications confidentielles qui révéleraient la substance des délibérations, des discussions et des projets du Conseil exécutif, et que l'élaboration d'une politique en matière de gaz naturel dans la province du Nouveau-Brunswick est un processus évolutif ». Il a été soutenu également que certains des documents pourraient, à vrai dire, être protégés par le secret professionnel de l'avocat étant donné qu'ils contiennent des avis provenant d'avocats, tant du secteur public que du secteur privé. La Province prétend que l'analyse ne devrait pas porter uniquement sur la nature du document, mais devrait tenir compte aussi du contenu du document. La Province a-t-elle réussi à porter la catégorie de ces documents à un niveau où leur divulgation serait préjudiciable à l'intérêt public ou à un niveau où leur protection serait susceptible de nuire à la poursuite judiciaire? La réponse à cette question est fournie dans l'arrêt *Carey* et dans les décisions qui ont été rendues après cet arrêt. Le juge La Forest a fourni la réponse dans les paragraphes qui suivent :

La jurisprudence qui précède, et en particulier l'arrêt *Smallwood*, règle à mon avis plusieurs des questions en cause en l'espèce. Cet arrêt détermine que les documents du Cabinet doivent être divulgués au même titre que d'autres éléments de preuve, à moins que cela ne porte atteinte à l'intérêt public. Toutefois, on ne saurait faire abstraction du fait que de tels documents concernent le processus décisionnel à l'échelon le plus élevé du gouvernement. Les tribunaux doivent agir avec prudence en ordonnant leur production. Toutefois, le palier du processus décisionnel dont il s'agit n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres à prendre en considération. Plus importantes encore, à ce qu'il me semble, sont la nature de la politique en question et la teneur précise des documents. Aussi, en ce qui concerne la protection du processus décisionnel, le moment où sera divulgué un document ou un renseignement constitue un facteur extrêmement important. La révélation des discussions et des projets du Cabinet au stade de l'élaboration ou dans d'autres situations où le public s'intéresse vivement à ces choses risquerait de nuire gravement au bon fonctionnement du gouvernement par le Cabinet, mais cela n'est guère le cas lorsqu'il s'agit d'une politique de moindre importance qui a cessé depuis longtemps de susciter beaucoup d'intérêt parmi le public.

À ces considérations, et la liste n'est pas exhaustive, on doit bien entendu ajouter l'importance qu'il y a à produire les documents dans l'intérêt de l'administration de la justice. À ce propos, des points tels que l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire les documents afin qu'elle puisse être plaidée d'une manière adéquate et équitable sont autant de facteurs à faire entrer en ligne de compte. En même temps, il est bien de se rappeler que seuls doivent être révélés les faits particuliers se rapportant au litige. Ainsi on ne se trouve pas à s'écarter sérieusement du principe général du secret qui s'applique aux plus importantes décisions gouvernementales. [par. 79 et 80]

[51] Le juge La Forest reconnaît que l'échelon du processus décisionnel constitue un facteur seulement et il conclut que la nature de la politique et la teneur des documents sont « [p]lus importantes encore ». S'il est démontré que la divulgation « risquerait » de nuire au bon fonctionnement du Cabinet, ou qu'elle entraverait l'élaboration d'une politique gouvernementale, alors l'exception d'intérêt public s'applique. La portée de cette exception n'est pas restreinte aux questions de sécurité nationale, ainsi que l'ont suggéré la juge saisie de la motion et Enbridge. Dans l'arrêt *Alberta c. Yellowhorn*, 1998 ABCA 206, [1998] A.J. No. 1467 (QL), l'exception a été étendue aux questions ayant trait à la gestion de l'eau. Dans le même ordre d'idées, l'affidavit des documents de M. Waycott souligne des questions semblables (voir un extrait au paragraphe 43, ci-dessus).

[52] La juge saisie de la motion est d'avis que les communications du Cabinet sont protégées. Comme elle le constate au paragraphe 48 de sa décision, si elle devait omettre de reconnaître le caractère confidentiel d'un document du Cabinet qui révèle la nature et la substance des communications du Cabinet, le document [TRADUCTION] « pourrait » ne pas être assujéti à l'obligation de divulgation; toutefois, elle conclut que les éléments descriptifs sont insuffisants pour lui permettre de discerner quels documents s'inscriraient dans cette catégorie. Elle fait remarquer que les questions en litige n'entrent pas dans la catégorie des questions de [TRADUCTION] « sécurité nationale ». Elle conclut que la politique concernant la mise en valeur du gaz naturel au Nouveau-Brunswick est une politique en voie d'évolution. Par conséquent, il n'existe pas

d'exception impérieuse en matière d'intérêt public. Je fais ici une parenthèse pour signaler les types de communications pour lesquelles la Province revendique l'exception. Il s'agit de documents qui incluent une note de service officielle destinée au Conseil exécutif ainsi que des communications qui renferment des avis fournis au Conseil exécutif.

[53] Les intimées attirent notre attention, à juste titre, sur ce qu'elles décrivent comme [TRADUCTION] « une tendance générale » vers la divulgation des documents du Cabinet. À l'appui de cette prétention, elles citent l'ouvrage intitulé *Government Liability Law and Practice*, 4^e éd. (Aurora, Ontario : Canada Law Book, 2007) à la p. 114, par les auteurs Karen Horsman et Gareth Morley. L'avocat d'Enbridge offre une interprétation large de l'arrêt *Carey*, et laisse entendre que la grande majorité des sources jurisprudentielles favorisent une dilution de l'exception d'intérêt public. Les décisions citées en exemple sont les suivantes : *Health Services and Support Facilities Subsector Bargaining Association c. British Columbia*; *Can Am Simulation Ltd. c. Newfoundland*, [1994] N.J. No. 125 (CS) (QL); *Johnston c. Prince Edward Island*, [1988] P.E.I.J. No. 63 (CS) (QL); et *Nova Scotia (Attorney General) c. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, [2000] N.S.J. No. 404 (CS) (QL). Dans l'affaire *Nunavut (Department of Community and Government Services) c. Northern Transportation Co.*, 2011 NUCJ 4, [2011] Nu.J. No. 3 (QL), le juge Johnson a ordonné la divulgation de 32 documents sur un total de 35, après avoir conclu que trois documents étaient protégés étant donné qu'ils portaient sur l'élaboration d'une politique concernant l'approvisionnement à long terme de carburant pour les habitants du Nord canadien. Les 32 documents qui n'étaient pas protégés avaient été créés huit ans avant le dépôt de la motion. S'agissant des questions relatives à la politique d'approvisionnement à long terme de carburant, la Cour a conclu que la production de ces documents aurait une incidence minimale sur le dialogue franc au sein du Cabinet. La Cour a fait remarquer que [TRADUCTION] « les documents de principe émanant d'un échelon élevé sont traités de manière différente que les documents de principe élaborés à un échelon inférieur » (par. 24). Voici un extrait des propos du juge Johnson :

[TRADUCTION]

Les termes « son importance n'est certainement pas capitale », utilisés par le juge La Forest dans l'affaire *Carey* pour décrire une politique touristique, ont été adoptés par le juge Miller dans l'affaire *Leeds* afin de décrire la politique d'aménagement de corridors pour les services de transport et les services publics autour des villes d'Edmonton et de Calgary. [par. 44]

Les trois documents protégés portaient sur les incidences financières des propositions reçues pour le réapprovisionnement de carburant en vrac à 27 localités. Un des documents constituait un plan d'information destiné au Cabinet en vue de l'élaboration de stratégies et un autre était une note d'information ministérielle / rapport de décision. Selon la description fournie, les trois documents avaient trait à [TRADUCTION] « l'élaboration d'une politique » par le Cabinet. En me fondant sur les sources jurisprudentielles susmentionnées, et compte tenu de l'arrêt *Carey*, je conclus que la distinction repose sur la question de savoir si les documents au sujet desquels le privilège est revendiqué ont trait à l'élaboration d'une politique par opposition à la mise en œuvre d'une politique. Selon la décision *Carey*, la partie demanderesse doit décrire les questions ayant trait à la politique de manière suffisamment détaillée pour que le juge des faits puisse isoler l'objet du document. Si l'objet est l'élaboration d'une politique, le document est protégé; si l'objet est la mise en œuvre, le document est assujéti à la divulgation.

[54] La juge saisie de la motion a ordonné la divulgation pour le motif que les documents ne s'inscrivaient pas dans la même catégorie que ceux afférents à la sécurité nationale ou à la défense nationale. Avec égards, et comme il a été mentionné précédemment, il s'agit d'une mauvaise interprétation de l'arrêt *Carey*. Je conclus que la juge saisie de la motion a accordé trop de poids à un ou deux critères. Les motifs ne révèlent aucun autre point considéré. La Province a qualifié les documents contestés comme s'inscrivant dans la catégorie des documents d'élaboration d'une « politique ». Un examen de l'index et des éléments descriptifs confirme que les documents ont été rédigés afin de fournir des conseils au Ministre et au Conseil exécutif pour aider ces derniers à élaborer une politique en matière de gaz naturel pour la Province du Nouveau-

Brunswick. Le fait que certains des documents remontent à 1997 ne change en rien l'objet de ces documents.

[55] La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Carey*, tout comme les décisions rendues par la suite dans ce domaine, recommande d'effectuer une analyse téléologique, ce qui n'a pas été fait en l'espèce. La juge saisie de la motion a conclu que les documents remontent à une date lointaine et qu'ils devraient être divulgués pour ce motif. Je ne suis pas de cet avis. Comme la Cour l'a affirmé dans l'affaire *Nunavut*, il n'y a pas de [TRADUCTION] « vif intérêt public » qui milite de façon pressante en faveur de la divulgation. En effet, sur le même fondement que celui mentionné dans l'affaire *Carey*, je suis d'avis que la divulgation ne présente aucun avantage pour le public. Enbridge n'a pas fait valoir un « intérêt public » relatif aux documents. Dans l'affaire *Carey*, les discussions tenues par le Cabinet avaient eu lieu douze ans avant le dépôt de la demande de divulgation et la question en litige était restreinte à un seul événement. En l'espèce, les notes de service destinées au Cabinet et les discussions ont précédé de quelques années seulement la date de la signature de l'accord de concession exclusive sur le gaz naturel. La juge saisie de la motion n'a pas motivé sa conclusion selon laquelle les documents seraient pertinents pour la poursuite de l'action à laquelle Enbridge était partie.

[56] Je fais une fois de plus une parenthèse pour mentionner que la juge saisie de la motion n'a pas examiné les documents. Il n'y a pas eu de contre-interrogatoire relatif à la preuve par affidavit offerte par la Province. Dans l'arrêt *Bennett c. State Farm and Casualty Company* (2013), le juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom de notre Cour, a examiné l'application de la règle 31.06 dans un contexte semblable. La règle 31.06d) permet à une cour d'« examiner tout document afin de décider si la revendication de privilège est justifiée », mais uniquement lorsque la cour est convaincue qu'une revendication de privilège peut ne pas être justifiée (par. 23). La présente affaire a été entendue par voie de preuve par affidavit. Dans l'arrêt *Seely c. Corrier*, le juge Drapeau, J.C.N.-B., qui rendait jugement au nom de notre Cour, s'est penché sur l'importance d'une preuve « forte » soumise par voie d'affidavit. « Les affidavits doivent établir les faits justifiant le privilège revendiqué, lui donnant un fondement non pas

simplement général, mais précis », a-t-il dit (par. 35). Selon Enbridge, deux des documents au sujet desquels a été revendiqué le privilège du secret professionnel de l'avocat ne remplissaient pas ce critère dans les éléments descriptifs. Si aucun autre facteur n'entraîne en jeu, leur demande serait peut-être fondée; toutefois, nul ne saurait sous-estimer l'importance de l'affidavit de M. Waycott, lequel révèle, sans conteste, le fondement de la revendication de privilège.

V. Dispositif

[57] Avec égards, je suis d'avis que la juge saisie de la motion a commis une erreur lorsqu'elle a ordonné la divulgation des documents au sujet desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat était revendiqué. Pareillement, pour les motifs énoncés ci-dessus, je conclus qu'elle a commis une erreur en ordonnant la divulgation des documents au sujet desquels était revendiquée une exception d'intérêt public. Dans le premier cas, la juge a inversé le fardeau de la preuve dans une situation où le privilège était à tous autres égards revendiqué de bon droit. Dans le dernier cas, elle a omis de prendre en considération l'affidavit de M. Waycott, qui n'était pas contesté et qui décrivait de manière suffisante le fondement de l'exception. Il s'en suit que j'accueillerais l'appel et que j'annulerais la décision de la juge saisie de la motion. J'ordonnerais à Enbridge de payer des dépens de 5 000 \$.