

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

116-18-CA

KEITH BOUCHER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

KEITH BOUCHER

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Motion heard by:
The Honourable Chief Justice Richard

Motion entendue par :
l'honorable juge en chef Richard

Appeal from a decision of the Provincial Court:
August 7, 2019

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 7 août 2019

Date of hearing:
March 3, 2021

Date de l'audience :
le 3 mars 2021

Date of decision:
March 4, 2021

Date de la décision :
le 4 mars 2021

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

Rebecca J. Butler on her own behalf

Rebecca J. Butler en son propre nom

Keith Boucher on his own behalf

Keith Boucher en son propre nom

DECISION

- [1] On June 30, 2017, a judge of the Provincial Court convicted Keith Boucher of having unlawfully had a moose carcass in his possession, on October 26, 2010 (s. 58 of the *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c. F-14.1).
- [2] Mr. Boucher appealed his conviction to the summary conviction appeal court (the Court of Queen's Bench). On October 11, 2018, a judge of that court dismissed the appeal.
- [3] Any appeal to the Court of Appeal from such a decision is governed by s. 116 of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1, which makes applicable sections 812 to 839 of the *Criminal Code*, except for certain specified provisions that do not apply in this case. The general rule is that an appeal from conviction regarding a provincial offence is first determined in the Court of Queen's Bench, and an appeal from the decision of that Court is available only with leave of the Court of Appeal or a judge thereof, and only on a ground that involves a question of law alone: *R. v. Fraser Papers (Canada) Inc.* (2006), 301 N.B.R. (2d) 95, [2006] N.B.J. No. 92 (QL) (C.A.).
- [4] By Notice of Appeal issued on November 9, 2018, Mr. Boucher sought the required leave. The matter was perfected on May 7, 2019 and scheduled to be heard on September 10, 2019. Since then, always upon the request of Mr. Boucher, the hearing of the application for leave to appeal has been repeatedly adjourned. The application is now scheduled to be heard on March 10, 2021, in excess of 10 years since the alleged offence is said to have occurred and almost two years and five months after the dismissal of the appeal to the summary conviction appeal court.
- [5] On February 26, 2021, Mr. Boucher filed an Amended Notice of Appeal. Among his grounds of appeal is an allegation that he was prejudiced by the ineffective assistance of counsel. Mr. Boucher also filed a motion to adduce new evidence on appeal. In support, he filed an affidavit in which he alleges ineffective representation by the four

lawyers who represented him at one point or another in this matter. The panel assigned to hear the application for leave to appeal will also determine the fate of Mr. Boucher's motion.

[6] Mr. Boucher's allegations triggered this Court's protocol regarding appeals involving allegations of ineffective representation by counsel in first instance. The protocol is made public on the Court's website. Accordingly, all four lawyers involved were given notice of the proceedings.

[7] Three of the lawyers filed affidavits in response. The fourth filed a Notice of Motion, seeking an abridgement of time for the hearing of her motion and judicial recognition that, by making the allegations against her, Mr. Boucher waived solicitor-client privilege. In the affidavit filed in support of her motion, the lawyer deposes that, in order to effectively respond to the allegations Mr. Boucher makes against her, she needs to file an affidavit outlining her discussions and meetings with Mr. Boucher, all of which are subject to solicitor-client privilege. It is this motion, heard on today's date, that is the subject of these reasons.

[8] At the hearing of the motion, time was abridged. When Mr. Boucher was asked for his position on the motion, he replied that he believed he had already waived the solicitor-client privilege. He confirmed he was expressly waiving the privilege. As a result, it is not necessary for me to adjudicate the lawyer's motion. Nevertheless, since Mr. Boucher was self-represented, and lest there ever be any doubt about the matter, I would add that waiver was most decidedly implicit on the facts of this case.

[9] It is trite law that the long-recognized doctrine of solicitor-client privilege is fundamental to the existence of our legal system. The rule is clear: confidential communications between a client and a member of the legal profession from whom the client seeks legal advice are protected from disclosure, except in limited circumstances. The rule, established by common law, is reflected in the codes of professional conduct of the various governing bodies of the legal profession. In this province, it is captured by s.

3.3-1 of the *Law Society of New Brunswick Code of Professional Conduct*, which is said to be even wider in scope than the evidentiary rule of lawyer-client privilege:

Confidential Information

Renseignements confidentiels

3.3-1 A lawyer at all times must hold in strict confidence all information concerning the business and affairs of a client acquired in the course of the professional relationship and must not divulge any such information unless:

3.3-1 L'avocat est tenu en tout temps de garder dans le plus grand secret tous les renseignements qu'il reçoit au sujet de l'activité et des dossiers d'un client dans le cadre de la relation professionnelle, et ne doit divulguer aucun de ces renseignements sauf dans les cas suivants :

(a) expressly or impliedly authorized by the client;

a) le client l'a expressément ou implicitement autorisé;

(b) required by law or a court to do so;

b) la loi ou un tribunal l'exige;

(c) required to deliver the information to the Law Society; or

c) l'avocat est tenu de fournir ces renseignements au Barreau;

(d) otherwise permitted by this rule.

d) d'autres dispositions de la présente règle le permettent.

[10] The common law recognizes that solicitor-client privilege may be waived either expressly or impliedly. This is captured in the ethical rule allowing a lawyer to divulge confidential information when such disclosure is either expressly or impliedly authorized by the client.

[11] The governing legal principles regarding the implied waiver of solicitor-client privilege are not of recent vintage. In *Harich v. Stamp et al.* (1979), 27 O.R. (2d) 395 (C.A.), Lacourcière J.A. summarized these principles as follows:

[...] When the client alleges a breach of his solicitor's duty to him, he waives the privilege as to all communications relevant to that issue: see *Wigmore on Evidence*, p. 638, para. 2328 (McNaughton Revision), vol. VIII. [...] [para. 6]

[12] These principles were canvassed in *R. v. Hobbs*, 2009 NSCA 90, [2009] N.S.J. No. 409 (QL), a case with many similarities to the present one. I can do no better than to adopt Saunders J.A.'s review of the law in paragraphs 15 to 20. In *Hobbs*, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that Mr. Hobbs had “gone so far as to introduce into evidence [by filing an affidavit in support of his motion for new evidence] the substance of otherwise privileged communications concerning the conduct of his defence as the basis upon which he [sought] a finding of ineffective counsel and an overturning of his conviction on appeal” and that “[i]n doing so [...] he ha[d] waived the protection of his solicitor-client privilege.”

[13] Both the reasoning and the conclusion in *Hobbs* are apposite to the present case. Applying the above remarks to the present case, I conclude that the affidavit Mr. Boucher filed in support of the motion for new evidence introduces into evidence the substance of otherwise privileged communications between him and the lawyer in question concerning the conduct of his defence as the basis upon which he seeks a finding of ineffective counsel and an overturning of his conviction on appeal. In doing so, Mr. Boucher has waived the protection of his solicitor-client privilege.

[14] In the end, the solicitor-client privilege is waived. As indicated in *Hobbs*, this does not mean that all communications between the lawyer and the client must necessarily be waived. The lawyer will have to determine the nature and extent of the disclosure that is necessary for her to make in defending herself against the allegations of ineffectiveness in this particular matter.

[15] As this matter is scheduled to be heard on March 10, 2021, I direct, in accordance with s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B 2002, c. O-0.5, that this decision be published first in English and, thereafter, at the earliest possible time, in French.

DÉCISION

[VERSION FRANÇAISE]

- [1] Le 30 juin 2017, un juge de la Cour provinciale a déclaré Keith Boucher coupable d'avoir eu possession illégale d'un cadavre d'orignal le 26 octobre 2010 (art. 58 de la *Loi sur le poisson et la faune*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1).
- [2] M. Boucher a appelé de sa condamnation à la cour d'appel en matière de poursuites sommaires (la Cour du Banc de la Reine). Un juge de cette cour l'a débouté le 11 octobre 2018.
- [3] Les appels interjetés de semblables décisions devant la Cour d'appel sont régis par l'art. 116 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, qui prévoit que s'appliquent, hormis certaines dispositions qui n'intéressent pas le présent appel, les art. 812 à 839 du *Code criminel*. La règle générale veut que l'appel interjeté d'une condamnation prononcée pour une infraction provinciale soit d'abord entendu par la Cour du Banc de la Reine et que la décision de cette Cour ne puisse être portée en appel qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel ou d'un de ses juges, et que pour un motif qui comporte une question de droit seulement (*R. c. Fraser Papers (Canada) Inc.* (2006), 301 R.N.-B. (2^e) 95, [2006] A.N.-B. n^o 92 (QL) (C.A.)).
- [4] Par un avis d'appel déposé le 9 novembre 2018, M. Boucher a sollicité de notre Cour l'autorisation requise. La demande, mise en état le 7 mai 2019, devait être entendue le 10 septembre 2019. Depuis, l'audition de la demande d'autorisation d'appel a été ajournée à plusieurs reprises, ajournement sollicité chaque fois par M. Boucher. Cette demande doit maintenant être entendue le 10 mars 2021, plus de dix ans après la date où l'infraction aurait eu lieu et presque deux ans et cinq mois après le débouté prononcé par la cour d'appel en matière de poursuites sommaires.
- [5] Le 26 février 2021, M. Boucher a déposé un avis d'appel modifié. Entre autres moyens d'appel, il allègue le préjudice que lui aurait porté l'assistance inefficace de ses avocats. M. Boucher a également déposé une motion en présentation de preuves

nouvelles en appel. À l'appui de cette motion, il a produit un affidavit où il impute une représentation inefficace aux quatre avocats qui l'ont défendu à un moment ou à un autre dans cette affaire. La formation de juges chargée d'entendre la demande d'autorisation d'appel décidera également du sort de la motion de M. Boucher.

[6] En conséquence des allégations de M. Boucher, le protocole de notre Cour applicable aux appels qui comportent des allégations de représentation inefficace par un avocat en première instance est entré en jeu. Le site Web de la Cour d'appel donne accès à ce protocole. Un préavis de l'instance a donc été donné aux quatre avocats visés.

[7] Trois ont déposé des affidavits en réponse. La quatrième avocate a déposé un avis de motion par lequel elle demande l'abrégement du délai d'audition de sa motion et la reconnaissance judiciaire de ce que, du fait des allégations qu'il avance contre elle, M. Boucher a renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat. Dans l'affidavit déposé à l'appui de sa motion, elle déclare que, pour pouvoir répondre efficacement aux allégations de M. Boucher, elle doit déposer un affidavit dans lequel elle fera état de ses entretiens et de ses rencontres avec lui, lesquels ressortissent au secret professionnel de l'avocat. Les présents motifs portent sur cette motion, entendue aujourd'hui même.

[8] Le délai d'audition de la motion a été abrégé à l'audience. Prié de préciser la position qu'il adoptait face à la motion, M. Boucher a répondu qu'il croyait avoir déjà renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat. Il a confirmé qu'il y renonçait expressément. De ce fait, il ne m'est pas nécessaire de statuer sur la motion de l'avocate. Néanmoins, puisque M. Boucher se représentait lui-même, et pour le cas où des doutes seraient jamais exprimés à cet égard, j'ajouterai que, vu les faits, la renonciation était très assurément implicite.

[9] Il est connu en droit que, pour l'existence de notre système juridique, le principe du secret professionnel de l'avocat, reconnu de longue date, est fondamental. La règle est claire : les communications confidentielles entre un client et un membre de la profession juridique à qui ce client demande des conseils juridiques sont soustraites à la divulgation, sauf en des circonstances précises. Cette règle, issue de la common law, est

reprise par les codes de déontologie des divers ordres de la profession juridique. Dans notre province, elle se traduit par la règle 3.3-1 du *Code de déontologie professionnelle du Barreau du Nouveau-Brunswick*, qu'on dit de portée plus large même que la règle de preuve relative au privilège du secret professionnel de l'avocat :

Confidential Information

Renseignements confidentiels

3.3-1 A lawyer at all times must hold in strict confidence all information concerning the business and affairs of a client acquired in the course of the professional relationship and must not divulge any such information unless:

3.3-1 L'avocat est tenu en tout temps de garder dans le plus grand secret tous les renseignements qu'il reçoit au sujet de l'activité et des dossiers d'un client dans le cadre de la relation professionnelle, et ne doit divulguer aucun de ces renseignements sauf dans les cas suivants :

(a) expressly or impliedly authorized by the client;

a) le client l'a expressément ou implicitement autorisé;

(b) required by law or a court to do so;

b) la loi ou un tribunal l'exige;

(c) required to deliver the information to the Law Society; or

c) l'avocat est tenu de fournir ces renseignements au Barreau;

(d) otherwise permitted by this rule.

d) d'autres dispositions de la présente règle le permettent.

[10] La common law reconnaît qu'il est possible de renoncer expressément ou implicitement au privilège du secret professionnel de l'avocat, ce qu'exprime la règle de déontologie qui permet à l'avocat de divulguer des renseignements confidentiels lorsque le client l'a expressément ou implicitement autorisé.

[11] Les principes juridiques directeurs, en matière de renonciation implicite au privilège du secret professionnel de l'avocat, ne sont pas d'instauration récente. Dans *Harich c. Stamp et al.* (1979), 27 O.R. (2d) 395 (C.A.), le juge d'appel Lacourcière les a résumés ainsi :

[TRADUCTION]

[...] Lorsque le client allègue une violation des obligations de son avocat envers lui, il renonce au privilège à l'égard de toutes les communications pertinentes (*Wigmore on Evidence*, p. 638, par. 2328 (McNaughton Revision), vol. VIII). [par. 6]

[12] Ces principes ont été examinés de près dans *R. c. Hobbs*, 2009 NSCA 90, [2009] N.S.J. No. 409 (QL), cause offrant de nombreuses ressemblances avec celle-ci. Je ne saurais mieux faire qu'adopter l'exposé du droit donné par le juge d'appel Saunders aux par. 15 à 20. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que M. Hobbs était [TRADUCTION] « allé jusqu'à introduire en preuve [par le dépôt d'un affidavit à l'appui de sa motion en présentation de preuves nouvelles] la substance de communications par ailleurs privilégiées portant sur la conduite de sa défense, pour fondement d'une demande de constatation de l'inefficacité de son avocat et d'annulation de sa condamnation en appel », et que [TRADUCTION] « ce faisant, il [avait] renoncé à la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat ».

[13] Le raisonnement et la conclusion formulés dans l'arrêt *Hobbs* sont l'un et l'autre pertinents en l'espèce. Je conclus, pour reprendre les observations précitées, que M. Boucher a déposé, à l'appui de sa motion en présentation de preuves nouvelles, un affidavit qui introduit en preuve la substance de communications par ailleurs privilégiées tenues avec son avocate sur la conduite de sa défense, pour fondement d'une demande de constatation de l'inefficacité de son avocate et d'annulation de sa condamnation en appel. Ce faisant, M. Boucher a renoncé à la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat.

[14] En somme, il y a eu renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat. Comme l'indique l'arrêt *Hobbs*, toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement une renonciation au privilège pour toutes les communications entre avocat et client. L'avocate aura à déterminer la nature et l'étendue de la divulgation à laquelle elle devra procéder pour opposer une défense aux allégations d'inefficacité.

[15] Comme la demande doit être entendue le 10 mars 2021, j'ordonne, en vertu du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5 que la présente décision soit publiée d'abord en anglais, puis, dans les meilleurs délais, en français.