

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

158/06/CA

MARK DEE

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN
IN RIGHT OF CANADA

RESPONDENT

Dee v. Her Majesty the Queen in Right of Canada,
2008 NBCA 10

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
November 21, 2006

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 81

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 27, 2007

Judgment rendered:
January 31, 2008

Counsel at hearing:

For the appellant:
D. Andrew Rouse

For the respondent:
Peter H. MacPhail and Keith Ward

THE COURT

The appeal is dismissed.

MARK DEE

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE
DU CHEF DU CANADA

INTIMÉE

Dee c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada,
2008 NBCA 10

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 21 novembre 2006

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 81

Procédures préliminaires ou accessoires :
S. O.

Appel entendu :
Le 27 mars 2007

Jugement rendu :
Le 31 janvier 2008

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
D. Andrew Rouse

Pour l'intimée :
Peter H. MacPhail et Keith Ward

LA COUR

Rejette l'appel.

The judgment of the Court was delivered by

THE COURT

[1] Mark Dee appeals a decision rendered on November 21, 2006, by which a judge of the Court of Queen's Bench determined whether certain documents, seized from the premises of a law firm in compliance with a Production Order issued pursuant to Section 487.012 of the *Criminal Code*, were protected by solicitor/client privilege. In complying with the Production Order, the law firm sealed the documents. The sealed package was eventually provided to a judge of the Court of Queen's Bench in the course of the Crown's application for a judicial determination of the privilege issue and for consequential orders returning to the law firm privileged documents and turning over to the applicant documents not protected by the privilege.

[2] Some time subsequent to the hearing of this appeal, it became apparent that some of the issues raised required elaboration. As a result, the Court directed the Registrar to request further submissions from the parties on two issues: (1) the authority for the Court of Queen's Bench judge's decision on the issue of privilege, and (2) whether there is, at this time, a right of appeal from that decision. Counsel for the parties opted to file further written submissions. These were received by the Court on January 14 and 15, 2008.

[3] Upon considering these further submissions, we are of the view that, although the application judge referred in his decision to the provisions of s. 488.1 of the *Criminal Code* that had been struck down as unconstitutional in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209, [2002] S.C.J. No. 61 (QL), 2002 SCC 61, he nevertheless effectively applied the general principles that Arbour J. articulated, at para. 49 of *Lavallee*, to govern situations involving the determination of privilege until Parliament saw fit to fill the resulting legislative void.

[4] We are also of the view that there is no right of appeal to this Court from an interlocutory decision made by a judge in the application of these principles. The decision of the judge of the Court of Queen's Bench was made in the course of a criminal investigation that, we are informed, has led to a criminal prosecution. Any error in determining the privileged nature of the documents in question may only be raised in a proper appeal against the resulting verdict.

[5] Mr. Dee's appeal is therefore dismissed. In due course, we will elaborate on our reasons for dismissing the appeal.

LA COUR

[1] Mark Dee interjette appel d'une décision rendue le 21 novembre 2006 dans laquelle un juge de la Cour du Banc de la Reine a tranché la question de savoir si certains documents, qui avaient été saisis dans un cabinet d'avocats en conformité avec une ordonnance de communication délivrée en vertu de l'article 487.012 du *Code criminel*, étaient protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Conformément à l'ordonnance de communication, le cabinet d'avocats a scellé les documents. Le paquet scellé a par la suite été présenté à un juge de la Cour du Banc de la Reine dans le cadre d'une requête du ministère public qui demandait à la Cour de déterminer si les documents étaient privilégiés et d'ordonner, en conséquence, que les documents privilégiés soient retournés au cabinet d'avocats et que les documents non privilégiés soient remis au requérant.

[2] Quelque temps après l'audition du présent appel, il est devenu évident que certaines des questions soulevées nécessitaient plus d'explications. Ainsi, la Cour a ordonné au registraire de demander aux parties de faire des observations orales ou de présenter un mémoire complémentaire sur deux questions, savoir (1) le fondement de la décision du juge de la Cour du Banc de la Reine sur la question du privilège et (2) la question de savoir s'il existe, à ce stade, un droit d'appel de la décision. Les avocats des parties ont choisi de présenter des mémoires complémentaires, que la Cour a reçus les 14 et 15 janvier 2008.

[3] Ayant examiné ces mémoires complémentaires, nous sommes d'avis que même si le juge saisi de la requête a invoqué dans sa décision l'art. 488.1 du *Code criminel*, que la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnel dans *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209, [2002] A.C.S. n° 61 (QL), 2002 CSC 61, il a bel et bien appliqué, néanmoins, les principes généraux que la juge Arbour a

énoncés au par. 49 de *Lavallee* pour régir les situations où la Cour doit trancher la question du privilège en attendant que le législateur juge bon de combler le vide juridique.

[4] Nous sommes également d'avis qu'il n'existe pas de droit d'appel devant notre Cour à l'égard d'une décision interlocutoire rendue par un juge conformément aux principes en question. La décision du juge de la Cour du Banc de la Reine a été rendue dans le cadre d'une enquête criminelle qui a mené, nous a-t-on informé, à une poursuite au criminel. Toute erreur commise dans la détermination de la nature privilégiée des documents en question ne peut être soulevée que par la voie d'un appel en bonne et due forme interjeté contre le verdict qui résultera des procédures au criminel.

[5] L'appel de M. Dee est par conséquent rejeté. Nous élaborerons, en temps et lieu, les motifs de notre décision de rejeter l'appel.