

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

41-24-CA

B E T W E E N :

E N T R E :

LEKENDRIC SMITH

LEKENDRIC SMITH

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

Smith v. R., 2024 NBCA 102

Smith c. R., 2024 NBCA 102

Motion heard by:
The Honourable Justice Quigg

Motion entendue par :
l'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
April 5, 2024 (conviction)

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 5 avril 2024 (déclaration de culpabilité)

Date of hearing:
July 22, 2024

Date de l'audience :
le 22 juillet 2024

Date of decision:
August 1, 2024

Date de la décision :
le 1 août 2024

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

Martin J. Siscoe, K.C., on his own behalf

Martin J. Siscoe, c.r., en son propre nom

Lekendric Smith on his own behalf

Lekendric Smith en son propre nom

For the respondent:
Joanne Park

Pour l'intimé :
Joanne Park

DECISION

- [1] On April 5, 2024, Lekendric Smith was found guilty on one count of assault causing bodily harm on a peace officer (s. 270.01 of the *Criminal Code*) and not guilty on the second count for the same charge respecting a different peace officer.
- [2] On April 26, 2024, Mr. Smith filed a Notice of Appeal which contains numerous grounds of appeal, one of which is “Ineffective assistance of counsel”. Mr. Smith’s allegations were directed against his counsel at trial, Martin Siscoe. Mr. Smith did not file a motion to adduce new evidence on appeal.
- [3] Mr. Smith’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, Mr. Siscoe was given notice of the allegations.
- [4] On July 3, 2024, Mr. Siscoe filed a Notice of Motion for directions regarding waiver of privilege to respond to Mr. Smith’s allegations of ineffective representation of counsel. Mr. Siscoe wishes to respond to the allegations in the Notice of Appeal and in order to effectively do so he will have to file an affidavit outlining his discussions and meetings with Mr. Smith, all of which are subject to solicitor-client privilege. Mr. Siscoe believed that Mr. Smith would likely not waive solicitor-client privilege.
- [5] Mr. Smith was self-represented at the hearing of the motion for directions. At the outset of the hearing Mr. Smith was asked if he waived privilege. Initially he stated he did not. He later said that he did waive privilege to the extent that was necessary for Mr. Siscoe to defend himself regarding the allegations. I do not consider this to be a complete waiver of solicitor-client privilege.

[6] In *R. v. Boucher*, [2021] N.B.J. No. 93 (QL) (CA), Richard CJNB wrote extensively on the subject of waiver of solicitor-client privilege:

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.

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.

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]. [paras. 9-11]

[7] As Richard CJNB wrote in *Boucher*, the principles of solicitor-client privilege were canvassed in *R. v. Hobbs*, 2009 NSCA 90, [2009] N.S.J. No. 409 (QL):

A lawyer has an ethical duty to hold in strict confidence any information provided by a client, and may not disclose that information except where the client permits, or in certain limited circumstances, for example where disclosure is necessary to prevent a crime, defend allegations of malpractice or misconduct, or to collect a fee. When the lawyer is required to make such disclosure, it should encompass no more than is necessary to answer the allegations. [para. 12]

[8] This case does differ from *Hobbs* and *Boucher* in that Mr. Smith has not waived privilege, and is not seeking to admit new evidence at this point. Mr. Siscoe does have the right to defend himself against the allegations of ineffective representation of counsel. Richard CJNB further wrote in *Boucher*:

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. [Emphasis added; para. 14]

[9] Therefore, since not all communications between Mr. Siscoe and Mr. Smith are waived, Mr. Siscoe will have to determine the nature and extent of the disclosure that is necessary for him to respond to the allegations made against him.

DÉCISION

[Version française]

- [1] Le 5 avril 2024, Lekendric Smith a été déclaré coupable relativement à un chef d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles à un agent de la paix (infraction prévue à l'art. 270.01 du *Code criminel*) et non coupable relativement au deuxième chef d'accusation pour la même infraction commise à l'endroit d'un autre agent de la paix.
- [2] Le 26 avril 2024, M. Smith a déposé un avis d'appel dans lequel il a invoqué de nombreux moyens d'appel, dont l'un est fondé sur la [TRADUCTION] « représentation inefficace par un avocat ». Les allégations de M. Smith visaient son avocat au procès, Martin Siscoe. M. Smith n'a pas déposé de motion en présentation de preuves nouvelles en appel.
- [3] Les allégations de M. Smith ont déclenché l'application du protocole établi par notre Cour pour les appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat en première instance. Le site Web de la Cour d'appel donne accès à ce protocole. Un préavis a donc été donné à M^e Siscoe concernant les allégations faites contre lui.
- [4] Le 3 juillet 2024, M^e Siscoe a déposé un avis de motion en obtention de directives portant sur la renonciation au privilège pour répondre aux allégations de M. Smith de représentation inefficace par un avocat. M^e Siscoe souhaite répondre aux allégations formulées dans l'avis d'appel et, pour pouvoir y répondre efficacement, il devra déposer un affidavit dans lequel il fera état de ses entretiens et de ses rencontres avec M. Smith, lesquels sont tous assujettis au secret professionnel de l'avocat. M^e Siscoe estimait qu'il était peu probable que M. Smith renonce au privilège du secret professionnel de l'avocat.

[5] M. Smith n'était pas représenté par un avocat à l'audition de la motion en obtention de directives. Au début de l'audience, on a demandé à M. Smith s'il renonçait au privilège. Il a d'abord dit qu'il n'y renonçait pas. Il a plus tard dit qu'il y renonçait dans la mesure où il était nécessaire pour M^e Siscoe d'opposer une défense aux allégations. Je n'estime pas que cela constitue une renonciation complète au privilège du secret professionnel de l'avocat.

[6] Dans *R. c. Boucher*, [2021] A.N.-B. n^o 93 (QL) (C.A.), le juge en chef Richard a examiné à fond la renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat :

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

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:

Renseignements confidentiels

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. |

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.

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] [par. 9 à 11]

- [7] Comme l'a écrit le juge en chef Richard dans l'arrêt *Boucher*, les principes en matière du privilège du secret professionnel de l'avocat ont été examinés de près dans *R. c. Hobbs*, 2009 NSCA 90, [2009] N.S.J. No. 409 (QL) :

[TRADUCTION]

L'avocat a le devoir déontologique de garder secrets tous les renseignements que lui fournit un client et ne peut divulguer ces renseignements sauf si le client l'a autorisé

ou dans certaines circonstances précises, par exemple lorsque la divulgation est nécessaire pour empêcher un crime, opposer une défense à des allégations de faute professionnelle ou d'inconduite ou recouvrer des honoraires. Si l'avocat doit faire une telle divulgation, il ne devrait divulguer que ce qui est nécessaire pour répondre aux allégations. [par. 12]

[8] La présente affaire se distingue des affaires *Hobbs* et *Boucher* en ce sens que M. Smith n'a pas renoncé au privilège et ne cherche pas à faire admettre de la nouvelle preuve à cette étape-ci. M^e Siscoe a en effet le droit d'opposer une défense aux allégations de représentation inefficace par un avocat. Le juge en chef Richard a en outre écrit ce qui suit dans l'arrêt *Boucher* :

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. [Soulignement ajouté; par. 14]

[9] Par conséquent, puisqu'il n'y a pas eu renonciation au privilège pour toutes les communications entre M^e Siscoe et M. Smith, M^e Siscoe devra déterminer la nature et l'étendue de la divulgation à laquelle il devra procéder pour répondre aux allégations faites contre lui.