

T-992-92

T-992-92

Almecon Industries Limited (Plaintiff)**Almecon Industries Limited (demanderesse)**

v.

c.

Anchortek Ltd., Explosives Limited, Ace Explosives ETI Ltd. and Western Explosives Ltd. (Defendants)**Anchortek Ltd., Explosives Limited, Ace Explosives ETI Ltd., et Western Explosives Ltd. (défenderesses)****INDEXED AS: ALMECON INDUSTRIES LTD. v. ANCHORTEK LTD. (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ALMECON INDUSTRIES LTD. c. ANCHORTEK LTD. (1^{re} INST.)**

Trial Division, Reed J.—Toronto, November 9; Ottawa, November 17, 1998.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 9 novembre; Ottawa, 17 novembre 1998.

Practice — Privilege — Appeal from A.S.P.'s decision opinion letters privileged — Anchortek, defendant in patent infringement action, forwarding opinion letters provided by counsel to distributors — Western Explosives Ltd. producing letter at examination for discovery in another action, now consolidated with this action — Anchortek refusing to answer questions about letters at examination for discovery — Appeal dismissed — (1) Common interest privilege existing — Both parties need not be represented by same counsel for common interest privilege to apply — That parties may become adverse in interest not sufficient to deny existence of common interest privilege — Anchortek, Western not now adversaries — Parties need not be parties to litigation when information shared; anticipation such might occur sufficient — (2) Western's disclosure not waiver of Anchortek's privilege — Anchortek's communications with counsel covered by solicitor-client privilege, originating with Anchortek, remaining privileged despite Western's disclosure.

Pratique — Communications privilégiées — Appel d'une décision du protonotaire adjoint selon laquelle des lettres d'opinion étaient protégées par le secret professionnel — Partie défenderesse à une action en contrefaçon de brevet, Anchortek a fait parvenir à ses distributeurs des lettres d'opinion de son avocat — Dans le cadre d'une autre action qui a depuis été jointe à la présente action, Western Explosives Ltd., a produit les lettres d'opinion lors de l'interrogatoire préalable — Anchortek a alors refusé de répondre aux questions portant sur les lettres — Appel rejeté — 1) Il existe un privilège relié à un intérêt commun — Les deux parties n'ont pas à être représentées par le même avocat pour que le privilège relié à un intérêt commun s'applique — Le fait que les intérêts des parties puissent devenir opposés n'est pas suffisant pour nier l'existence d'un privilège relié à un intérêt commun — Pour l'instant, Anchortek et Western ne sont pas des adversaires — Il n'est pas nécessaire qu'elles soient toutes les deux parties au procès lorsque les renseignements sont divulgués; il suffit que la chose soit prévue — 2) La divulgation de Western n'a pas emporté la renonciation d'Anchortek à son privilège — Les communications entre Anchortek et son avocat sont protégées par le secret professionnel, dont Anchortek a été la première à bénéficier, et elles demeurent privilégiées malgré leur divulgation par Western.

This was an appeal from the Associate Senior Prothonotary's decision that two opinion letters were privileged. Almecon had commenced a patent infringement action against Anchortek Ltd., and threatened litigation against Anchortek's distributors. Counsel provided Anchortek with opinion letters, which Anchortek forwarded to Western Explosives Ltd. under cover of a letter marked "confidential". That letter referred to Anchortek's understanding that Western would work with Anchortek to resist Almecon's court action. Almecon subsequently commenced a separate action against Western, in the context of which Western produced on discovery the letters in which Anchortek claims privilege. When Anchortek was examined for discovery in the now consolidated action, it refused to answer questions

Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle le protonotaire adjoint a statué que les deux lettres d'opinion étaient protégées par le secret professionnel. Almecon avait intenté une action en contrefaçon de brevet contre Anchortek Ltd., et menaçait de poursuivre également les distributeurs de celle-ci. Anchortek a obtenu de son avocat des lettres d'opinion qu'elle a transmises à Western Explosives Ltd., avec une lettre d'accompagnement portant la mention «confidentiel» et tenant pour acquis que Western travaillerait en collaboration avec Anchortek pour contester l'action en justice intentée par Almecon. Cette dernière a par la suite intenté contre Western une action distincte dans le cadre de laquelle Western a produit, lors de l'interrogatoire préalable des lettres à l'égard desquelles Anchortek invoque le secret

about the letters. On appeal, the A.S.P. confirmed that Anchortek should not be compelled to answer on the ground that the letters were privileged.

The issues were: (1) whether a common interest privilege existed; and, (2) if it did, whether Western's disclosure constituted a waiver for Anchortek.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) A common interest privilege existed. Common interest privilege is a privilege in aid of anticipated litigation in which several persons have a common interest. Each can avail himself of the privilege in aid of litigation. Each can collect information for the use of his or the other's legal adviser. Each can hold originals and make copies. All are the subject of the privilege in aid of anticipated litigation. It is not necessary for both parties to be represented by the same counsel to find that common interest privilege exists. Nor is the possibility that the parties might at some point become adverse in interest sufficient to deny the existence of a common interest privilege. Anchortek and Western are not at present adversaries. The two need not both be parties to the litigation, at the time the information is shared; anticipation that this might occur is sufficient.

(2) Western could not waive Anchortek's privilege. The communications of Anchortek with its counsel were covered by solicitor-client privilege, which originated with Anchortek and remained privileged despite Western's disclosure of the letters.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Buttes Gas and Oil Co v. Hammer (No 3), [1980] 3 All ER 475 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Lehman v. Ins. Corp. of Ireland; Independent Fish Co. v. Man. Cold Storage Co., [1984] 1 W.W.R. 615; (1983), 25 Man. R. (2d) 198; 3 C.C.L.I. 257; 40 C.P.C. 285 (Q.B.).

CONSIDERED:

Maritime Steel and Foundries Ltd. v. Whitman Benn & Associates Ltd. et al. (1994), 130 N.S.R. (2d) 211; 114 D.L.R. (4th) 526; 367 A.P.R. 211; 15 C.L.R. (2d) 53;

professionnel. Lors de son interrogatoire préalable dans le cadre de l'action issue de la jonction d'instances, Anchortek a refusé de répondre aux questions portant sur les lettres. En appel, le protonotaire adjoint a confirmé qu'Anchortek ne pouvait pas être contrainte à répondre à ces questions parce que les lettres étaient protégées par le secret professionnel.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) existe-t-il un privilège relié à un intérêt commun et 2) dans l'affirmative, la divulgation par Western constituait-elle une renonciation pour Anchortek.

Jugement: l'appel est rejeté.

1) Il existait un privilège relié à un intérêt commun. Il s'agit d'un privilège invoqué au soutien d'un éventuel procès dans lequel plusieurs personnes ont un intérêt commun. Chacun peut se prévaloir du privilège pour défendre sa cause ou procès. Chacun peut recueillir des renseignements à l'intention de son avocat ou de celui d'autres personnes. Chacun peut conserver des originaux et faire des copies. Tous sont visés par le privilège invoqué en vue d'un procès éventuel. Il n'est pas nécessaire que les deux parties soient représentées par le même avocat pour conclure à l'existence privilège relié à un intérêt commun. Il n'est pas non plus suffisant que les intérêts des parties puissent devenir opposés pour nier l'existence d'un privilège relié à un intérêt commun. Anchortek et Western ne sont pas pour l'instant des adversaires. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient toutes les deux parties au procès au moment de l'échange de renseignements; il suffit que la chose soit prévue.

2) Western ne pouvait renoncer au privilège d'Anchortek. Les communications d'Anchortek avec son avocat étaient protégées par le secret professionnel, dont Anchortek a été la première à bénéficier, et elles sont demeurées privilégiées malgré la divulgation des lettres par Western.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Buttes Gas and Oil Co v. Hammer (No 3), [1980] 3 All ER 475 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Lehman v. Ins. Corp. of Ireland; Independent Fish Co. v. Man. Cold Storage Co., [1984] 1 W.W.R. 615; (1983), 25 Man. R. (2d) 198; 3 C.C.L.I. 257; 40 C.P.C. 285 (B.R.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Maritime Steel and Foundries Ltd. v. Whitman Benn & Associates Ltd. et al. (1994), 130 N.S.R. (2d) 211; 114 D.L.R. (4th) 526; 367 A.P.R. 211; 15 C.L.R. (2d) 53;

24 C.P.C. (3d) 120 (S.C.); *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Supercom of California v. Sovereign General Insurance Co.* (1998), 37 O.R. (3d) 597; 18 C.P.C. (4th) 104 (Gen. Div.).

24 C.P.C. (3d) 120 (C.S.); *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Supercom of California v. Sovereign General Insurance Co.* (1998), 37 O.R. (3d) 597; 18 C.P.C. (4th) 104 (Div. gén.).

AUTHORS CITED

Phipson on Evidence, 13th ed. by John Huxley Buzzard et al. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

DOCTRINE

Phipson on Evidence, 13th ed. by John Huxley Buzzard et al. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from A.S.P.'s decision that two opinion letters written for defendant, Anchortek, by its counsel were privileged, even though they had been disclosed to the plaintiff by Western Explosives Ltd. (*Almecon Industries Ltd. v. Anchortek Ltd.*, [1998] F.C.J. No. 1522 (T.D.) (QL)). Appeal dismissed.

APPEL de la décision par laquelle le protonotaire adjoint a statué que les deux lettres d'opinion destinées à la défenderesse Anchortek et rédigées par l'avocat de celle-ci étaient protégées par le secret professionnel même si elles avaient été divulguées à la demanderesse par Western Explosives Ltd. (*Almecon Industries Ltd. c. Anchortek Ltd.*, [1998] F.C.J. n° 1522 (1^{re} inst.) (QL)). Appel rejeté.

APPEARANCES:

Henry Lue for plaintiff.
Shonagh McVean for defendant Anchortek Ltd.

ONT COMPARU:

Henry Lue pour la demanderesse.
Shonagh McVean pour la défenderesse Anchortek Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

Dimock Stratton Clarizio, Toronto, for plaintiff.
Smart & Biggar, Ottawa, for defendant Anchortek Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Dimock Stratton Clarizio, Toronto, pour la demanderesse.
Smart & Biggar, Ottawa, pour la défenderesse Anchortek Ltd.

The following are the reasons for order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] REED J.: This is an appeal from a decision of the Associate Senior Prothonotary [[1998] F.C.J. No. 1522 (T.D.) (QL)] that held that two opinion letters written for the defendant Anchortek by its counsel, retained their privileged status vis-à-vis Anchortek, even though they had been disclosed to the plaintiff Almecon Industries, by the defendant Western Explosives. The issues are whether common interest privilege exists and, if it does, the effect of disclosure of the privileged communication by one of the parties, on

[1] LE JUGE REED: La Cour est saisie de l'appel d'une décision [[1998] F.C.J. n° 1522 (1^{re} inst.) (QL)] par laquelle le protonotaire adjoint a statué que deux lettres d'opinion écrites pour la défenderesse Anchortek par son avocat continuaient à être protégées par le secret professionnel par rapport à Anchortek malgré le fait que la défenderesse Western Explosives les avait divulguées à la demanderesse Almecon Industries. Les questions en litige sont celles de savoir s'il existe un privilège relié à un intérêt commun et, dans l'affirma-

the interest of the other party.

[2] The relevant facts are not in dispute. The defendant Anchortek was concerned about the effect that litigation commenced against it by Almecon, and litigation threatened by Almecon against Anchortek's distributors, would have on those distributors. In the litigation, Almecon was alleging patent infringement by Anchortek arising from Anchortek's manufacture and sale of certain seismic hole plugs.

[3] Communication between Anchortek and its counsel ensued. Counsel provided Anchortek with a two-page letter, dated March 18, 1996, that was designed to be sent by Anchortek to its distributors. The two-page letter was accompanied by a covering letter, also dated March 18, 1996, which instructed Anchortek on the type of covering letter that should be sent to the distributors with counsel's two-page letter. Also enclosed was a copy of an earlier, eight-page letter from counsel to Anchortek, dated February 27, 1992. It contained a fuller legal opinion on the issue of patent infringement. Anchortek sent not only the two-page letter of March 18, 1996 to Western but also the other two letters that had come from counsel. This correspondence was sent under cover of a letter marked "confidential". The covering letter referred to Anchortek's understanding that Western would work with Anchortek to resist Almecon's court action. The letter noted that this was much appreciated by Anchortek, and stated that in view of that commitment Anchortek was sending Western a copy of the letter (not letters) that Anchortek had received from its lawyers.

[4] Almecon subsequently commenced a separate action against Western, now consolidated with the present action. In the context of the separate action Western produced on discovery the letters in which Anchortek claims privilege, and Western answered questions about them.

tive, les incidences de la divulgation des documents protégés par l'une des parties sur les intérêts de l'autre partie.

[2] Les faits pertinents ne sont pas contestés. La défenderesse Anchortek était préoccupée par les effets que le procès qu'Almecon avait intenté contre elle et les effets que le procès qu'Almecon menaçait d'intenter contre les distributeurs d'Anchortek auraient sur ces derniers. Dans ce procès, Almecon accusait Anchortek de contrefaçon de brevet par suite de la fabrication et de la vente par Anchortek de certains bouchons de forage pour essais sismiques.

[3] Anchortek et son avocat ont ensuite communiqué entre eux. L'avocat a adressé à Anchortek une lettre de deux pages en date du 18 mars 1996 qu'Anchortek était censée envoyer à ses distributeurs. À cette lettre était jointe une lettre d'accompagnement également datée du 18 mars 1996 qui renfermait des instructions indiquant à Anchortek le type de lettre d'accompagnement qui devait être envoyée aux distributeurs avec la lettre de deux pages. Était également jointe à cette lettre une copie d'une lettre de huit pages que l'avocat avait déjà envoyée à Anchortek le 27 février 1992. Cette dernière lettre renfermait un avis juridique plus fouillé sur la question de la contrefaçon de brevet. Anchortek a envoyé à Western non seulement la lettre de deux pages du 18 mars 1996, mais également les deux autres lettres envoyées par l'avocat. Ces lettres portaient la mention «confidentiel». La lettre d'accompagnement mentionnait le fait qu'Anchortek croyait comprendre que Western travaillerait en collaboration avec elle pour contester l'action en justice intentée par Almecon. Il était précisé, dans la lettre, qu'Anchortek était très reconnaissante de cette collaboration et que, sur la foi de cet engagement, Anchortek envoyait à Western une copie de la lettre—et non des lettres—qu'Anchortek avait reçues de ses avocats.

[4] Almecon a par la suite introduit contre Western une action distincte qui a depuis été jointe à la présente action. Dans le cadre de cette action distincte, Western a produit, lors de l'enquête préalable, les lettres à l'égard desquelles Anchortek revendique le privilège du secret professionnel, et Western a répondu aux questions posées à leur sujet.

[5] When Anchortek was examined for discovery in the now consolidated action, and was questioned about the letters, it refused to answer. This refusal was appealed to the Associate Senior Prothonotary. He confirmed that Anchortek should not be compelled to answer, stating that [at paragraph 7]:

. . . a party having a privileged document who shares that document with a second party having a joint or common interest in litigation does not authorize that second party to waive privilege.

He held that privilege [at paragraph 7]:

. . . continues to exist in the subject documents and Anchortek does not have to answer questions with respect to them.

[6] The plaintiff challenges this decision on the ground that a common or joint interest does not exist between Anchortek and Western, and thus disclosure by Anchortek to Western was a waiver by Anchortek of its privilege. Secondly, the plaintiff argues that if a common or joint interest does exist, Western's waiver constitutes a waiver for both it and Anchortek.

[7] I am not persuaded that these arguments can prevail. I adopt the description of common interest set out by Lord Denning M.R. in *Buttes Gas and Oil Co v. Hammer (No 3)*, [1980] 3 All ER 475 (C.A.), at pages 483-484 quoted in Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), at page 669, and relied upon by the Associate Senior Prothonotary in his reasons:

[It] is a privilege in aid of anticipated litigation in which several persons have a common interest. It often happens in litigation that a plaintiff or defendant has other persons standing alongside him who have the selfsame interest as he and who have consulted lawyers on the selfsame points as he but who have not been made parties to the action. Maybe for economy or for simplicity or what you will. All exchange counsels' opinions. All collect information for the purpose of litigation. All make copies. All await the outcome with the same anxious anticipation because it affects each as much as it does the others. Instances come readily to mind. Owners of adjoining houses complain of a nuisance which affects them both equally. Both take legal advice. Both exchange relevant documents. But only one is a

[5] Interrogée au préalable au sujet des lettres dans le cadre de l'action issue de la jonction d'instances, Anchortek a refusé de répondre. Ce refus a fait l'objet d'un appel devant le protonotaire adjoint. Celui-ci a confirmé qu'Anchortek ne devait pas être contrainte à répondre en déclarant [au paragraphe 7]:

[TRADUCTION] [. . .] la partie qui a un document confidentiel et qui en communique le contenu à une autre partie ayant un intérêt conjoint ou commun avec elle dans le procès n'autorise pas de ce fait cette autre partie à renoncer au privilège.

Il a conclu que le privilège [au paragraphe 7]:

[TRADUCTION] [. . .] continue à exister en ce qui concerne les documents en question et Anchortek n'est pas tenue de répondre aux questions posées à leur sujet.

[6] La demanderesse conteste cette décision au motif qu'il n'existe pas d'intérêt conjoint ou commun entre Anchortek et Western et que, partant, la divulgation qu'Anchortek a faite à Western constituait une renonciation par Anchortek à son privilège. Deuxièmement, la demanderesse fait valoir que, s'il existe un intérêt conjoint ou commun, la renonciation de Western vaut pour elle et pour Anchortek.

[7] Je ne suis pas convaincue que ces arguments peuvent être retenus. Je fais miennes les explications que lord Denning, M.R., a données au sujet de l'intérêt commun dans l'arrêt *Buttes Gas and Oil Co v. Hammer (No 3)*, [1980] 3 All ER 475 (C.A.), aux pages 483 et 484 et qui sont citées dans l'ouvrage de Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), à la page 669 et sur lesquels le protonotaire adjoint s'est fondé dans sa décision:

[TRADUCTION] [Il] s'agit d'un privilège invoqué au soutien d'un éventuel procès dans lequel plusieurs personnes ont un intérêt commun. Ce privilège est souvent invoqué dans un procès dans lequel des personnes ont des intérêts identiques à ceux du demandeur ou du défendeur et ont consulté un avocat au sujet des mêmes questions sans avoir toutefois été constituées parties à l'action, notamment par souci d'économie ou de simplicité. Tous s'échangent l'opinion des avocats. Tous recueillent des renseignements en vue du procès. Tous font des copies. Tous attendent l'issue du procès avec la même anxiété parce qu'ils sont tous concernés au même titre. On pense sans difficulté à certains exemples. Des propriétaires de maisons contiguës se plaignent d'un trouble de jouissance qui les affecte autant

plaintiff. An author writes a book and gets it published. It is said to contain a libel or to be an infringement of copyright. Both author and publisher take legal advice. Both exchange documents. But only one is made a defendant.

In all such cases I think the courts should, for the purposes of discovery, treat all the persons interested as if they were partners in a single firm or departments in a single company. Each can avail himself of the privilege in aid of litigation. Each can collect information for the use of his or the other's legal adviser. Each can hold originals and each make copies. And so forth. All are the subject of the privilege in aid of anticipated litigation, even though it should transpire that, when the litigation is afterwards commenced, only one of them is made a party to it. No matter that one has the originals and the other has the copies. All are privileged.

[8] I note as well the comments of Lord Justice Donaldson, at page 490 of the *Buttes* decision, which seem particularly appropriate:

But I think that some such proposition must be correct. Take the case of a block of flats. The landlord takes proceedings against a particular tenant and the dispute concerns a term of the lease which is common to all the tenancies. The tenant might well circulate all other tenants in confidence with a copy of counsel's opinion which he had obtained. If the landlord were then to join another tenant as an additional defendant, could he obtain production of the copy of the opinion? I think not.

While Donaldson L.J. did not decide the issue because he did not need to do so, his statements are very persuasive. The Prothonotary correctly identified the legal test and applied that test to a fact situation which legitimately fits within it.

[9] Counsel for the plaintiff made reference to *Lehman v. Ins. Corp. of Ireland; Independent Fish Co. v. Man. Cold Storage Co.*, [1984] 1 W.W.R. 615 (Man. Q.B.), and argued that because it was possible at some time in the future that Anchortek and Western might become adverse in interest, they could not be said to have a common or joint interest in the litigation. I do not read the *Lehman* decision in that way. That decision is based on the finding that the two defendants did not have a common interest at the

l'un que l'autre. Ils consultent tous les deux un avocat. Ils échangent tous les deux des documents pertinents. Mais un seul est demandeur. Un écrivain écrit un livre et le fait publier. On l'accuse de libelle diffamatoire ou de violation du droit d'auteur. L'écrivain et l'éditeur consultent tous les deux un avocat. Ils échangent des documents. Mais un seul est constitué défendeur.

Dans tous ces cas, je crois que les tribunaux devraient, dans le contexte de l'enquête préalable, considérer tous les intéressés comme s'ils étaient des associés d'un même cabinet ou des services d'une même compagnie. Chacun peut se prévaloir du privilège pour défendre sa cause au procès. Chacun peut recueillir des renseignements à l'intention de son avocat ou de celui d'autres personnes. Chacun peut conserver des originaux et faire des copies. Et ainsi de suite. Tous sont visés par le privilège invoqué en vue d'un procès éventuel, même s'il s'avérait par la suite, une fois le procès ouvert, qu'un seul d'entre eux est partie à l'action. Peu importe qu'un d'entre eux ait les originaux et l'autre, les copies. Tous les documents sont protégés.

[8] Je relève par ailleurs les observations particulièrement appropriées que le lord juge Donaldson a formulées, à la page 490 de l'arrêt *Buttes*:

[TRADUCTION] Mais je crois que cette proposition est juste. Prenons le cas d'une tour d'habitation. Le propriétaire poursuit un locataire déterminé. Le différend qui les oppose concerne une disposition du bail qui est commune à tous les baux. Le locataire pourrait fort bien distribuer confidentiellement aux autres locataires une copie de l'avis juridique qu'il obtenu. Si le propriétaire devait ensuite constituer un autre locataire codéfendeur, pourrait-il obtenir la production de la copie de l'avis? Je ne le crois pas.

Bien qu'il n'ait pas tranché la question parce qu'il n'était pas obligé de le faire, le lord juge Donaldson a tenu des propos qui sont très convaincants. Le protonotaire a correctement posé le critère juridique pertinent et l'a appliqué à une situation de fait qui cadrerait légitimement avec ce critère.

[9] L'avocat de la demanderesse cite le jugement *Lehman v. Ins. Corp. of Ireland; Independent Fish Co. v. Man. Cold Storage Co.*, [1984] 1 W.W.R. 615 (B.R. Man.) à l'appui de son argument que, parce qu'il était possible qu'un jour Anchortek et Western aient des intérêts opposés, on ne pouvait dire qu'elles ont des intérêts conjoints ou communs dans le procès. Ce n'est pas mon interprétation du jugement *Lehman*. Cette décision repose sur la conclusion que les deux défendeurs n'avaient pas d'intérêts communs à la date

relevant time, but rather were adverse in interest. I do not think it is necessary for both parties to be represented by the same counsel to find that common interest privilege exists. The quotation from Lord Denning in the *Buttes* case, cited with approval in the Sopinka text, indicates that common interest privilege applies on a broader basis than that. Nor is the possibility that the parties might at some point become adverse in interest sufficient to deny the existence of a common interest privilege at present. Anchortek and Western are not at present adversaries. Lastly, the two need not both be parties to the litigation, at the time the information is shared; anticipation that this might occur is sufficient.

[10] There appears to be a paucity of authority concerning the effect of disclosure by one party to a common interest privilege, on the interest of the other. The Associate Senior Prothonotary referred to *Phipson on Evidence*, 13th ed. London: Sweet & Maxwell, 1982, at page 301:

In cases of joint interest, it is sufficient, as against third persons, if one only of the interested parties claims the privilege, though all must concur in waiving it.

[11] Anchortek made reference to a statement in *Maritime Steel and Foundries Ltd. v. Whitman Benn & Associates Ltd. et al.* (1994), 130 N.S.R. (2d) 211 (S.C.), at page 218:

In the ordinary course of events, such a joint privilege could not be unilaterally waived by one [of the parties to that privilege] without the express consent of the other.

That case involved parties who, while originally joint in interest, subsequently became adversaries.

[12] It is important to recall first principles. In *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860 it was noted that solicitor-client privilege is [at page 870] “a fundamental civil and legal right” and that [at page 875] “conflict should be resolved in favour of protecting . . . confidentiality”. In *Supercom of California v. Sovereign General Insurance Co.* (1998), 37

considérée, mais qu'ils avaient plutôt des intérêts opposés. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire que les deux parties soient représentées par le même avocat pour conclure à l'existence d'un intérêt commun. Il ressort de l'extrait des propos qu'a tenus lord Denning dans l'arrêt *Buttes* et qui ont été cités et approuvés dans l'ouvrage de Sopinka que le privilège relié à un intérêt commun s'applique dans un contexte beaucoup plus large. Le fait qu'il est possible qu'un jour, les intérêts des parties soient opposés n'est pas non plus suffisant pour nier l'existence actuelle d'un privilège relié à un intérêt commun. Anchortek et Western ne sont pas pour l'instant des adversaires. Finalement, il n'est pas nécessaire qu'elles soient toutes les deux parties au procès au moment de l'échange de renseignements; il suffit que la chose soit prévue.

[10] Il semble que la jurisprudence soit peu abondante sur la question des effets de la divulgation par une personne qui bénéficie d'un privilège relié à un intérêt commun sur les intérêts de l'autre. Le protonotaire adjoint a cité *Phipson on Evidence*, 13^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1982), à la page 301:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a un intérêt commun, il suffit, pour pouvoir l'opposer à un tiers, qu'un seul des intéressés invoque le privilège. Toutefois, pour renoncer au privilège, tous doivent être d'accord.

[11] Anchortek a cité une déclaration faite dans le jugement *Maritime Steel and Foundries Ltd. v. Whitman Benn & Associates Ltd. et al.* (1994), 130 N.S.R. (2d) 211 (C.S.), à la page 218:

[TRADUCTION] Habituellement, un des titulaires de ce privilège commun ne peut y renoncer sans le consentement exprès des autres.

Cette affaire portait sur des parties qui, malgré le fait qu'elles avaient d'abord eu des intérêts communs, étaient par la suite devenues des adversaires.

[12] Il est important de rappeler d'abord certains principes. Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, la Cour a fait remarquer que le privilège du secret professionnel de l'avocat est [à la page 870] «un droit civil fondamental» et que [à la page 875] tout «conflit [. . .] doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité».

O.R. (3d) 597 (Gen. Div.), Wilson J. discussed at page 609, the relevance of the principle of fairness when assessing whether a waiver of privilege has occurred. At page 614 he stated:

Litigation privilege and common interest privilege are founded on the principles of promoting a fair and balanced adversarial system.

[13] In the present case, counsel for the plaintiff's argument amounts to the assertion that because a third party (albeit one having a common interest in the litigation with Anchortek) has disclosed privileged communications between Anchortek and its counsel, Anchortek is required to answer questions concerning that communication. I do not understand that to be the law.

[14] The refusal that is identified as giving rise to this appeal is a refusal by Anchortek "to answer questions concerning a letter received by Anchortek from Ogilvie and Company and forwarded to Western Explosives". One such question put to Anchortek was why it had sought an opinion letter from its counsel. I do not think that Western's disclosure of the privileged correspondence can open the door to require Anchortek to answer such questions. These communications are covered by solicitor-client privilege; this privilege originated with Anchortek; the communications of Anchortek with its counsel remain privileged despite Western's disclosure of the letters. I also have a concern that this type of question is not likely to be relevant but I do not decide that point.

[15] In summary, I am of the view that the Associate Senior Prothonotary correctly identified and applied the law. Western cannot waive Anchortek's privilege. For the reasons given, the appeal will be dismissed.

Dans le jugement *Supercom of California v. Sovereign General Insurance Co.* (1998), 37 O.R. (3d) 597 (Div. gén.), le juge Wilson discute, à la page 609, de la pertinence du principe d'équité pour déterminer s'il y a eu renonciation au privilège. À la page 614, il déclare:

[TRADUCTION] Le privilège du procès et le privilège relié à un intérêt commun reposent sur des principes de promotion d'un système juste et équilibré fondé sur le débat contradictoire.

[13] En l'espèce, la thèse de l'avocat de la demanderesse revient à affirmer que, parce qu'une partie (bien qu'il s'agisse d'une partie ayant des intérêts communs avec Anchortek dans le procès) ait divulgué des communications confidentielles entre Anchortek et son avocat, Anchortek est tenue de répondre aux questions concernant ces communications. Ce n'est pas ainsi que j'interprète les règles de droit applicables.

[14] Le refus qui serait à l'origine du présent appel est le refus d'Anchortek [TRADUCTION] «de répondre aux questions concernant la lettre qu'Anchortek a reçue d'Ogilvie and Company et qui a été transmise à Western Explosives». Une des questions ainsi posées à Anchortek était de savoir pourquoi elle avait demandé une lettre d'opinion à son avocat. Je ne crois pas que la divulgation de la lettre confidentielle qu'a faite Western permette d'exiger d'Anchortek qu'elle réponde à de telles questions. Ces communications sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. C'est Anchortek qui a bénéficié la première de ce privilège. Les communications échangées entre Anchortek et son avocat demeurent privilégiées malgré la divulgation des lettres par Western. Je crains par ailleurs que ce type de question ne soit probablement pas pertinent, mais je ne me prononce pas sur ce point.

[15] En résumé, je suis d'avis que le protonotaire adjoint a correctement posé et appliqué les règles de droit applicables. Western ne peut renoncer au privilège d'Anchortek. Par ces motifs, l'appel sera rejeté.