

T-888-75

T-888-75

Canadian National Railway Company (Plaintiff)**La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (Demanderesse)**

v.

a c.

Dennis Douglas George Milne and Duncan William Carmichael (Defendants)**Dennis Douglas George Milne et Duncan William Carmichael (Défendeurs)**

Trial Division, Addy J.—Vancouver, January 21 and 22, 1980.

b Division de première instance, le juge Addy—Vancouver, 21 et 22 janvier 1980.

Practice — Production of documents — Privilege — Expropriation — Application to require defendants to produce an appraisal report covering an expropriated property — Appraisal report ordered shortly after receipt of notification of expropriation — Notification contained no mention of price — As most expropriation cases settled without litigation, defendants cannot rely on bald statement that the report was ordered because of probable litigation — No evidence of "reasonable expectation of litigation" or of litigation being dominant force behind ordering the report — Determination of expropriated land's value was the overwhelming reason for ordering the report — Application allowed — Federal Court Rule 455.

c *Pratique — Production de documents — Secret professionnel — Expropriation — Requête visant à obliger les défendeurs à produire le rapport d'évaluation d'un terrain exproprié — Rapport d'évaluation demandé peu de temps après la réception de l'avis d'expropriation — L'avis d'expropriation ne fait pas état du montant de l'indemnité — Comme dans la plupart des affaires d'expropriation réglées à l'amiable, les défendeurs ne peuvent s'appuyer sur la simple déclaration que le rapport a été demandé parce qu'un litige était probable — Aucune preuve établissant qu'on pouvait «raisonnablement prévoir [un] litige» ou que le rapport a été demandé principalement à cet effet — La détermination de la valeur du terrain exproprié était le principal motif du rapport d'évaluation — Requête accueillie — Règle 455 de la Cour fédérale.*

Canadian National Railway Co. v. McPhail's Equipment Co. Ltd. [1978] 1 F.C. 595, followed. *R. v. Hawker Siddeley Canada Ltd.* [1977] 2 F.C. 162, followed.

e Arrêts suivis: *La Compagnie de chemins de fer nationaux du Canada c. McPhail's Equipment Co. Ltd.* [1978] 1 C.F. 595; *R. c. Hawker Siddeley Canada Ltd.* [1977] 2 C.F. 162.

APPLICATION.

REQUÊTE.

COUNSEL:

f AVOCATS:

V. Orchard for plaintiff.
D. B. Kirkham for defendants.

V. Orchard pour la demanderesse.
D. B. Kirkham pour les défendeurs.

SOLICITORS:

g PROCUREURS:

Ladner Downs, Vancouver, for plaintiff.
Owen, Bird, Vancouver, for defendants.

Ladner Downs, Vancouver, pour la demanderesse.
Owen, Bird, Vancouver, pour les défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

h *Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

ADDY J.: The plaintiff is applying for an order pursuant to Rule 455 of the *Federal Court Rules* to require the defendants to produce an appraisal report ordered by the latter covering a property which they owned and which was expropriated by the plaintiff.

i LE JUGE ADDY: La demanderesse demande que soit rendue une ordonnance en vertu de la Règle 455 des *Règles de la Cour fédérale*, enjoignant aux défendeurs de produire un rapport d'évaluation fait à leur demande relativement à un terrain dont ils étaient propriétaires et qui a été exproprié par la demanderesse.

The facts briefly are as follows:

j En bref, les faits sont les suivants:

(1) The defendants are both lawyers;

(1) Les défendeurs sont tous deux avocats;

(2) Their lands were expropriated on the 5th of November 1974;

(3) On the same day they received a letter advising them of the expropriation;

(4) No mention of any kind as to price was made;

(5) No further communications of any kind took place between the parties or their representatives before the report in issue was ordered;

(6) The appraisal report was ordered shortly after the 5th of November 1974;

(7) The report was received on the 4th of December 1974;

(8) Counsel was first consulted by the defendants in March of 1975;

(9) One of the defendants in an affidavit dated the 16th of January 1980, stated "Upon receipt of Exhibit "A", (Notice of Expropriation) it was immediately apparent to me that litigation to determine the amount of compensation to which we were entitled was a probability, and in consultation with my partner, I decided that an appraisal was required".

Although in the case of *Canadian National Railway Company v. McPhail's Equipment Company Ltd.* [1978] 1 F.C. 595 it was the expropriating party who was seeking to have an appraisal report exempted from production, I can see no reason why the tests mentioned by Heald J.A. at pages 598 and 599 of the above mentioned report of the case would not be applicable to the expropriated party.

There is obviously an onus on any person claiming privilege, to establish positively that the privilege should be granted. That onus extends to establishing not only that the report was obtained for the purpose of submitting it to counsel for advice but also for the purpose of litigation existing or in contemplation at the time that the report was ordered.

As stated by Le Dain J.A. in delivering the judgment of the Federal Court of Appeal in the case of *The Queen in right of Canada v. Hawker Siddeley Canada Ltd.* [1977] 2 F.C. 162 at page 166 "A party should bring himself clearly within the requirements of a claim for privilege. It is in the interests of justice that there be the fullest

(2) Leurs terrains ont été expropriés le 5 novembre 1974;

(3) Le jour même, ils ont reçu une lettre les avisant de l'expropriation;

(4) Aucune mention n'a été faite du montant de l'indemnité;

(5) Ni les parties ni leurs représentants n'ont communiqué entre eux avant que le rapport en cause ne soit demandé;

(6) Le rapport de l'évaluation a été demandé peu de temps après le 5 novembre 1974;

(7) Le rapport a été reçu le 4 décembre 1974;

(8) Les défendeurs ont consulté un avocat pour la première fois en mars 1975;

(9) Dans un affidavit daté du 16 janvier 1980, un des défendeurs a déclaré: [TRADUCTION] «Au reçu de la pièce «A» (avis d'expropriation) il m'a immédiatement paru évident que des procédures judiciaires pour déterminer le montant de l'indemnité à laquelle nous avons droit étaient probables et, après avoir consulté mon associé, j'ai décidé qu'une évaluation était requise».

Dans l'affaire *La Compagnie de chemins de fer nationaux du Canada c. McPhail's Equipment Company Ltd.* [1978] 1 C.F. 595, c'était l'expropriant qui demandait l'exemption de production pour un rapport d'évaluation, mais je ne vois aucune raison pour laquelle les critères énoncés par le juge d'appel Heald aux pages 598 et 599 ne seraient pas applicables à l'exproprié.

C'est évidemment à la personne qui demande l'exemption de production qu'il incombe d'établir le caractère privilégié du document en cause. Cette obligation signifie qu'il doit établir non seulement que le rapport a été obtenu pour être transmis à un avocat dans le but d'obtenir un avis juridique mais également aux fins d'un procès actuel ou envisagé au moment où le rapport a été demandé.

Comme le dit le juge d'appel Le Dain dans les motifs du jugement prononcé au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Reine du chef du Canada c. Hawker Siddeley Canada Ltd.* [1977] 2 C.F. 162, à la page 166: «Une partie doit rencontrer nettement les exigences propres à une demande d'exemption de production. Il est de l'in-

possible disclosure of all relevant material capable of throwing light upon the issues in a case.”

In the *Hawker Siddeley* case, there was already a dispute between the parties and an exchange of correspondence regarding the dispute had occurred. There was also affidavit evidence to the effect that it was already apparent that it would be necessary to take legal proceedings and that one of the purposes for obtaining the evidence would be to instruct legal advisers. Yet the Court denied the appeal and affirmed the Trial Court’s decision to order production.

Having regard to the facts in the case at bar, because as in the *McPhail’s Equipment* case, judicial notice can be taken of the fact that most expropriations are settled without litigation being instituted, it is not sufficient in order to discharge the onus to rely on a bald statement by the expropriated party that it was his view at the time that litigation was a “probability”. There is absolutely nothing to indicate “a reasonable expectation of litigation” which, according to the *McPhail* case should be established before privilege from production can be claimed. A mere subjective test is not sufficient. There must be some clear evidence justifying the conclusion.

From the facts, it appears that on or about the 5th of November and shortly thereafter, there could only exist a possibility of litigation and that possibility would be quite remote and very far from a probability.

The remote possibility of litigation might have existed and therefore to some extent might be said to have contributed to the reason for ordering the report, but in my view the overwhelming reason was merely to obtain an estimate as to value for negotiation purposes. This latter reason was certainly the dominant purpose for ordering the report immediately after the expropriation if in fact the other purpose existed at all. The defendants, in my view, have failed to discharge the onus of establishing that there was in fact a reasonable probability of litigation and that it was in part because of this that the report was ordered.

térêt de la justice de produire le plus grand nombre de documents ayant directement trait au litige et pouvant jeter de la lumière sur les questions qu’il soulève.»

“ Dans l’arrêt *Hawker Siddeley*, il existait déjà un différend entre les parties et celles-ci avaient échangé des lettres relativement à ce différend. Des affidavits ont également été produits en preuve pour démontrer qu’on pouvait déjà prévoir qu’il serait nécessaire d’instituer une action et que si des éléments de preuve ont été recueillis, c’était notamment dans le but de donner des instructions aux conseils juridiques. Malgré tout, la Cour a rejeté l’appel et confirmé la décision du tribunal de première instance ordonnant la production.

Pour ce qui concerne les faits en l’espèce, puisque, comme dans l’arrêt *McPhail’s Equipment*, la Cour peut prendre connaissance d’office du fait que la plupart des expropriations sont réglées à l’amiable, il ne suffit pas, pour s’acquitter de l’obligation de prouver le caractère privilégié, de s’appuyer sur une simple déclaration de l’exproprié disant qu’il était d’avis, à cette époque, qu’un litige était «probable». Absolument rien n’indique qu’on pouvait «raisonnablement prévoir [un] litige», ce qui, selon la cause *McPhail*, doit être établi avant de pouvoir obtenir l’exemption de production. Un simple test subjectif n’est pas suffisant. Il doit y avoir des éléments de preuve probants pour justifier la conclusion.

D’après les faits, il semble que vers le 5 novembre ou peu après, il ne pouvait y avoir qu’une simple possibilité de litige, une éventualité peu probable et que c’était loin d’être une probabilité.

Le litige était peut-être une éventualité réelle, quoique peu probable, ce qui a donc pu dans une certaine mesure constituer un des motifs pour lesquels le rapport a été demandé, mais, d’après moi, la raison primordiale était simplement d’obtenir une évaluation à des fins de négociation. Cette dernière raison était certainement le motif principal pour lequel un rapport a été demandé immédiatement après l’expropriation, en supposant qu’il y ait effectivement eu un autre motif. A mon avis, les défendeurs n’ont pas réussi à prouver qu’on pouvait raisonnablement prévoir un litige et que c’est en partie à cause de cela que le rapport a été demandé.

It is interesting to note the very radical change to the existing law in England brought about by the decision of the House of Lords in the case of *Waugh v. British Railways Board* (H.L.) reported in [1979] 3 W.L.R. 150 where it was unanimously held that, although one of the material purposes for the preparation of a report might clearly be for submitting it to legal advisers in order to receive legal advice in reasonable anticipation of legal proceedings, privilege could not be claimed unless that was the "dominant" purpose for which the report was prepared. Lord Wilberforce with whose reasons Lord Keith of Kinkel concurred went so far as to cite with approval the 1976 Australian decision of *Grant v. Downs* 135 C.L.R. 674 where it was held that the privilege must be confined to cases where the evidence was brought into existence for the "sole" purpose of submission to legal advisers for advice or use in legal proceedings.

In the *Waugh* case the House of Lords reviewed previous English jurisprudence which had also been followed by Canadian courts in the recent cases of *Northern Construction Co. v. B.C. Hydro and Power Authority* (1970) 75 W.W.R. 21; *Vernon v. Board of Education for the Borough of North York* [1976] 9 O.R. (2d) 613; *The Queen in right of Canada v. Hawker Siddeley Canada Ltd.* (*supra*). They agreed that the law of England up to that time as established by a long line of cases, granted privilege where "one of the purposes" was the obtaining of legal advice or the instructing of legal advisers in regard to existing or reasonably apprehended legal proceedings. Yet the House of Lords held that such was no longer the law of England and laid down very firmly the principle of "dominant" purpose.

In my view, the Canadian courts will most likely be adopting a similar rule in the future having regard to the tendency of our courts in recent years to enlarge the areas where disclosure can be ordered.

The motion is allowed with costs.

Il est intéressant de noter la modification radicale du droit anglais qu'a opérée la décision de la Chambre des Lords dans la cause *Waugh c. British Railways Board* (C.L.) [1979] 3 W.L.R. 150. Dans cet arrêt, il a été décidé à l'unanimité que même si un des motifs pertinents pour lesquels un rapport a été rédigé est de le soumettre à des avocats dans le but d'obtenir un avis juridique parce qu'on peut raisonnablement prévoir un litige, l'exemption de production ne peut être demandée à moins que cela ait été le motif «principal» pour lequel le rapport a été rédigé. Dans ses motifs, auxquels souscrit lord Keith of Kinkel, lord Wilberforce cite même, en l'approuvant, une décision australienne de 1976, *Grant c. Downs* 135 C.L.R. 674, où il est décidé que le privilège doit être limité aux cas où la preuve a été constituée «uniquement» pour être soumise à un avocat dans le but d'obtenir un avis juridique ou de l'utiliser dans des procédures judiciaires.

Dans l'arrêt *Waugh*, la Chambre des Lords a examiné la jurisprudence anglaise antérieure, d'ailleurs suivie par les tribunaux canadiens dans des affaires récentes: *Northern Construction Co. c. B.C. Hydro and Power Authority* (1970) 75 W.W.R. 21; *Vernon c. Board of Education for the Borough of North York* [1976] 9 O.R. (2^e) 613; *La Reine du chef du Canada c. Hawker Siddeley Canada Ltd.* (*supra*). Ces décisions reconnaissent que jusqu'alors le droit anglais tel qu'établi par une jurisprudence des plus constantes, voulait qu'on accueillît les demandes d'exemption de production lorsque, «un des motifs» était d'obtenir un avis juridique ou de donner des instructions à un conseil juridique pour faire face à des procédures judiciaires en cours ou qu'on pouvait raisonnablement prévoir. Et toutefois, la Chambre des Lords a décidé que tel n'était plus le droit anglais et a établi fermement le principe du motif «principal».

A mon avis, si l'on considère la tendance des tribunaux au cours des dernières années d'élargir les domaines où la divulgation peut être ordonnée, il est fort probable que les cours canadiennes adopteront une règle semblable à l'avenir.

La requête est accueillie avec dépens.