

A-363-77

A-363-77

Egmont Towing and Sorting Ltd. and Shields Navigation Ltd. (Plaintiffs) (Appellants)

v.

Heatley Boom Services Ltd. and Lawrence David Heatley (Defendants) (Respondents)

Court of Appeal, Pratte and Urie JJ. and MacKay D.J.—Vancouver, January 16 and 23, 1978.

Practice — Legal professional privilege — Two documents in possession of plaintiffs' solicitors not included in list compiled pursuant to Rule 447(2) and privilege not claimed — Documents not of category required to be listed by Rule — Whether or not plaintiffs precluded from invoking privilege because of their not claiming protection as prescribed by the Rules — Federal Court Rules 447(2) and 449(2).

APPEAL.

COUNSEL:

A. B. Oland and G. Davies for appellants (plaintiffs).

J. R. Cunningham and J. W. Perrett for respondents (defendants).

SOLICITORS:

Owen, Bird, Vancouver, for appellants (plaintiffs).

Macrae, Montgomery, Spring & Cunningham, Vancouver, for respondents (defendants).

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

PRATTE J.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [T-3208-76] ordering the production of a certain document which was held not to be protected by legal professional privilege.

The plaintiffs have sued the defendants for damages. During the examination for discovery of an officer of one of the plaintiffs, counsel for the defendants learned of the existence of two documents which were then in the possession of the plaintiffs' solicitors. He requested that they be produced and adjourned the examination after

Egmont Towing and Sorting Ltd. et Shields Navigation Ltd. (Demandereses) (Appelantes)

a c.

Heatley Boom Services Ltd. et Lawrence David Heatley (Défendeurs) (Intimés)

Cour d'appel, les juges Pratte et Urie et le juge suppléant MacKay—Vancouver, les 16 et 23 janvier 1978.

Pratique — Secret professionnel prévu par la loi — Deux documents en la possession des procureurs des demandereses non inclus dans la liste de documents dressée conformément à la Règle 447(2) et le secret professionnel non invoqué — Lesdits documents ne font pas partie de la catégorie des documents qui, en vertu de la Règle, doivent figurer sur la liste — Les demandereses sont-elles dans l'impossibilité d'invoquer le secret professionnel au motif que la demande d'exemption n'a pas été faite de la façon prévue par les règles de la Cour? — Règles 447(2) et 449(2) de la Cour fédérale.

APPEL.

AVOCATS:

A. B. Oland et G. Davies pour les appelantes (demandereses).

J. R. Cunningham et J. W. Perrett pour les intimés (défendeurs).

PROCUREURS:

Owen, Bird, Vancouver, pour les appelantes (demandereses).

Macrae, Montgomery, Spring & Cunningham, Vancouver, pour les intimés (défendeurs).

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE PRATTE: Appel est interjeté d'une décision de la Division de première instance [T-3208-76] ordonnant la production d'un document qu'elle a jugé non protégé par le secret professionnel prévu par la loi.

Les demandereses ont intenté une poursuite en dommages-intérêts contre les défendeurs. Au cours de l'interrogatoire préalable d'un administrateur d'une des demandereses, l'avocat des défendeurs a appris l'existence de deux documents que les procureurs des demandereses avaient alors en leur possession. Il a demandé leur production et

counsel who represented the plaintiffs at the examination had agreed to accede to his request. A few days later, however, counsel for the plaintiffs revised his position and refused to produce the two documents on the ground that, having been prepared in anticipation of litigation in order to be submitted to plaintiffs' counsel, they were protected by legal professional privilege. The defendants then applied for an order that the two documents in question be produced. The Trial Division granted that application in respect of one of the documents. That is the decision from which the plaintiffs have appealed. It must be added, however, that the defendants have launched a separate appeal from that part of the same decision relating to the document which, in the view of the Court below, did not have to be produced. As those two appeals are, to say the least, intimately related, and raise identical questions, I will deal with them both in these reasons.

The defendants' contention that the two documents are not protected by legal professional privilege rests, if I understood counsel correctly, on three arguments:

- (1) the documents were not prepared in circumstances such as to give rise to the privilege;
- (2) the plaintiffs have not invoked the privilege in the manner prescribed by the Rules of the Court and, for that reason, cannot benefit from its protection; and
- (3) in any event, the privilege, if it ever existed, has been waived.

In my view, the evidence clearly shows that the two documents were prepared in order to be submitted to plaintiffs' counsel at a time when litigation was contemplated. One of them was prepared at the request of one of plaintiffs' counsel; the other, at the instigation of the insurance adjuster employed by the plaintiffs' underwriters. Contrary to what was argued by counsel for the defendants, I am therefore of opinion that the circumstances in which the two documents were prepared were such as to give rise to the privilege.

ajourné l'interrogatoire après que l'avocat qui y représentait les demandereses eut accepté de donner suite à cette demande. Quelques jours plus tard cependant, l'avocat des demandereses a ^a révisé sa position et refusé de produire les deux documents au motif qu'ayant été préparés en prévision du litige afin d'être soumis à l'avocat des demandereses, ils étaient couverts par le secret professionnel prévu par la loi. Les défendeurs ont ^b alors demandé l'émission d'une ordonnance enjoignant de produire les deux documents en cause. La Division de première instance a accueilli la demande relativement à l'un des documents. C'est cette décision que les demandereses ont portée en ^c appel. Je dois cependant ajouter que les défendeurs ont logé un appel distinct contre la partie de cette décision ayant trait au document qui, de l'avis de la Cour d'instance inférieure, n'avait pas à être produit. Puisque ces deux appels sont, c'est le ^d moins qu'on puisse dire, intimement liés et soulèvent les mêmes questions, je disposerai des deux par les présents motifs.

^e La prétention des défendeurs voulant que les deux documents ne soient pas protégés par le secret professionnel prévu par la loi repose, si j'ai bien compris leur avocat, sur trois arguments:

- ^f (1) les documents n'ont pas été préparés dans des circonstances qui permettent d'invoquer le secret professionnel;
- ^g (2) les demandereses n'ont pas invoqué le secret professionnel de la façon prévue aux Règles de la Cour et, pour cette raison, elles ne peuvent bénéficier de cette protection; et
- (3) en tout état de cause, même si cette protection a déjà existé, on y a renoncé.

^h A mon avis, la preuve montre clairement que les deux documents ont été préparés dans le but d'être soumis à l'avocat des demandereses à un moment où l'on envisageait d'instituer des procédures. L'un ⁱ d'entre eux a été préparé à la demande des demandereses, l'autre, à la demande d'un évaluateur, employé des assureurs des demandereses. Contrairement à ce que soutient l'avocat des défendeurs, j'estime par conséquent que les circonstances entourant la préparation des deux ^j documents permettent d'invoquer le secret professionnel.

The defendants' second argument is that the plaintiffs are precluded from invoking the privilege by reason of the fact that they have not claimed its protection in the manner prescribed by the Rules of the Court. In order to understand that argument, it is necessary to know that the list of documents filed by the plaintiffs pursuant to Rule 447(2) did not contain any express mention of the two documents here in question. It is the defendants' contention that the plaintiffs thus failed to comply with Rule 449(2) and that this procedural irregularity precludes them from invoking the privilege. Rule 449(2) reads as follows:

Rule 449. . . .

(2) If it is desired to claim that any documents are privileged from production, the claim must be made in the list of documents with a sufficient statement of the grounds of the privilege.

While I incline to the view that the failure to comply with that Rule does not preclude a party from invoking a privilege, it is not necessary, for the purpose of this appeal, to express any opinion on this point since it cannot be said in this case that the Rules have not been complied with. Under Rule 449(2), as I read it, the only documents in respect of which privilege must be claimed in the list are those which, according to the Rules, must be mentioned in the list. Here, the plaintiffs' list was filed pursuant to Rule 447(2) and need not mention any document other than those required by that Rule, namely, the documents that might be used in evidence to support the plaintiffs' case. There is no suggestion that the two documents of which production is sought are of that kind; therefore, they did not have to be mentioned in the list and it cannot be said that the plaintiffs have not complied with Rule 449(2).

The defendants' last argument is that the privilege was waived when, during the examination for discovery, both the person being examined and the counsel representing the plaintiffs agreed that the two documents be produced. I cannot share that view. There is no indication in the evidence that those who thus agreed to produce the documents knew that they were privileged from production or had the authority to waive the privilege on behalf of the plaintiffs. Such being the case, I cannot infer from what transpired at the examination for

Les défendeurs soutiennent en second lieu que les demandresses ne peuvent invoquer le secret professionnel parce que la demande d'exemption n'a pas été faite de la façon prévue aux Règles de la Cour. Pour comprendre cet argument, il est nécessaire de savoir que la liste de documents déposée par les demandresses conformément à la Règle 447(2) ne mentionne pas expressément les deux documents en cause ici. Les défendeurs prétendent que les demandresses ont ainsi omis de se conformer à la Règle 449(2) et que ce vice de procédure les empêche d'invoquer le secret professionnel. Voici le libellé de la Règle 449(2):

Règle 449. . . .

(2) Si l'on souhaite demander l'exemption de la production de certains documents confidentiels privilégiés, la demande doit obligatoirement être faite dans la liste des documents et les motifs de la demande d'exemption doivent y être suffisamment exposés.

Bien que je sois porté à croire que le défaut de se conformer à cette règle n'empêche pas une partie d'invoquer le secret professionnel, je n'ai pas, aux fins du présent appel, à me prononcer sur ce point, puisqu'on ne peut dire en l'espèce que les règles n'ont pas été respectées. Selon mon interprétation de la Règle 449(2), les seuls documents pour lesquels il faut faire une demande d'exemption dans la liste sont ceux qui, en vertu des règles, doivent figurer sur la liste. En l'espèce, la liste des demandresses a été déposée en vertu de la Règle 447(2) et ne devait mentionner que les documents exigés par les règles, c'est-à-dire, les documents qui pourraient être présentés comme preuve pour étayer leur cause. Rien ne laisse supposer que les documents qu'on cherche à faire produire sont de cette nature; en conséquence, ils n'ont pas à figurer sur la liste et on ne peut dire que les demandresses ne se sont pas conformées à la Règle 449(2).

Le dernier argument des défendeurs veut que les demandresses aient renoncé à l'exemption en cause lorsque au cours d'un interrogatoire préalable la personne interrogée et l'avocat des demandresses ont accepté que les deux documents soient produits. Je ne puis partager ce point de vue. Rien dans la preuve n'indique que les personnes qui ont alors accepté de produire les documents savaient qu'elles étaient exemptées de les produire ou qu'elles avaient le pouvoir de renoncer à cette exemption au nom des demandresses. Si tel avait été le

discovery any waiver or renunciation that would bind the plaintiffs.

For these reasons, I would allow the appeal with costs; I would set aside the judgment of the Trial Division and dismiss with costs the defendants' application for production of documents.

* * *

URIE J. concurred.

* * *

MACKAY D.J. concurred.

cas, je ne puis conclure, à partir de ce qui s'est passé à l'interrogatoire préalable, qu'il y ait eu renonciation liant les demandereses.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens, d'annuler le jugement de la Division de première instance et de rejeter avec dépens la demande des défendeurs visant à obtenir la production de documents.

b

* * *

LE JUGE URIE y a souscrit.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY y a souscrit.