

T-627-76

T-627-76

New West Construction Co. Ltd. (Plaintiff)

v.

The Queen in right of Canada represented by the Minister of Public Works (Defendant)

Trial Division, Mahoney J.—Edmonton, September 10; Ottawa, October 15, 1979.

Practice — Discovery — Action arising out of plaintiff's performance of highway contract — Application by plaintiff ordering defendant to file list of documents under Rule 448(1) — Application by defendant for order to reattend examinations for discovery — Person being examined had been advised by counsel not to answer because questions dealt with communications allegedly used to assist in preparation and presentation of litigation and because negotiation had been conducted without prejudice — Federal Court Rules 448(1), 451.

In an action arising out of the performance by plaintiff of a highway construction contract, plaintiff seeks an order under Rule 448(1) requiring defendant to file a list of documents. Defendant seeks an order under Rule 465(18) directing the reattendance of certain persons (Paron and Anselmo) to answer further questions on discovery. Counsel had advised that the person being examined refuse to answer questions respecting communications between the plaintiff and the consultants who had been hired to assist in the preparation of and presentation of plaintiff's claim for extra compensation. Counsel based his advice on the facts that the consultants' work involved the preparation of reports for instruction of counsel in preparation for litigation, and secondly, that the negotiations were conducted without prejudice.

Held, the applications are allowed. As an order under Rule 448 is inappropriate, plaintiff's application will be treated as one under Rule 451 with respect to particular documents enumerated in Anselmo's affidavit. An order will go pursuant to Rule 451 requiring defendant to file and serve an affidavit with respect to those particular documents. Plaintiff is entitled to discovery of original documents, where extant, notwithstanding previous production of copies. The order will be without prejudice to the defendant's right to object to the production of any such document as privileged. Once negotiations have been completed as a result of without-prejudice interviews or letters, a binding contract has been brought into existence and this may be proved by means of the without-prejudice statements. When an expert is retained to assist in preparing a claim, it is reasonable to infer that, at that point, litigation is seen as a distinct possibility and that one of the purposes of any report by the expert is to instruct counsel. The purpose of submission to the party's legal advisers in anticipation of litigation must be the dominant purpose for its preparation in order for a claim of

New West Construction Co. Ltd. (Demanderesse)

c.

La Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Travaux publics (Défenderesse)

Division de première instance, le juge Mahoney—Edmonton, 10 septembre; Ottawa, 15 octobre 1979.

Pratique — Interrogatoire préalable — Action faisant suite à l'exécution par la demanderesse d'un marché de construction d'autoroute — Requête faite par la demanderesse conformément à la Règle 448(1) en vue d'une ordonnance enjoignant à la défenderesse de déposer une liste de documents — Requête faite par la défenderesse en vue d'une ordonnance de nouvelle comparution aux fins d'interrogatoire préalable — La personne à interroger a reçu de son avocat le conseil de ne pas répondre du fait que les questions se rapportaient à des communications qui auraient servi à la préparation d'un dossier contentieux et que les négociations avaient été conduites sous toutes réserves — Règles 448(1), 451 de la Cour fédérale.

Dans une action faisant suite à l'exécution par la demanderesse d'un marché de construction d'autoroute, la demanderesse se fonde sur la Règle 448(1) pour demander une ordonnance enjoignant à la défenderesse de déposer une liste de documents. La défenderesse se fonde sur la Règle 465(18) pour demander une ordonnance prescrivant la nouvelle comparution de certaines personnes (Paron et Anselmo) aux fins d'interrogatoire préalable. Son avocat a conseillé à la personne à interroger de refuser de répondre aux questions relatives aux renseignements échangés entre la demanderesse et les ingénieurs-conseils dont les services avaient été retenus pour aider la demanderesse à préparer et à présenter sa réclamation de supplément de rémunération. Cet avocat a fondé sa recommandation sur le fait que les travaux effectués par les ingénieurs-conseils consistaient dans l'établissement de rapports destinés à un dossier contentieux et, en second lieu, que les négociations avaient été conduites sous toutes réserves.

Arrêt: les requêtes sont accueillies. Une ordonnance fondée sur la Règle 448 n'étant guère pertinente, la requête de la demanderesse sera traitée comme si elle avait été faite en vertu de la Règle 451, relativement aux documents énumérés dans l'affidavit d'Anselmo. Il sera rendu une ordonnance conforme à la Règle 451, requérant la défenderesse de déposer et de signifier un affidavit relatif à ces documents. La demanderesse a droit à la communication des documents originaux, lorsqu'ils existent encore, nonobstant le fait que copie en a déjà été produite. L'ordonnance sera rendue sans préjudice du droit de la défenderesse de s'opposer à la production de tel ou tel d'entre eux pour cause de dispense. Une fois que les négociations, menées par entretiens ou par lettres sous toutes réserves, sont terminées, un contrat exécutoire entre en vigueur dont l'existence peut être prouvée par les déclarations faites sous toutes réserves. Lorsque les services d'un expert sont retenus pour préparer une réclamation, il est raisonnable d'en déduire qu'un litige est considéré comme une possibilité et que l'un des objectifs du rapport de l'expert doit être d'informer un avocat.

privilege to overcome the public interest. The dominant purpose of any work done by the consulting engineers, up to the time that plaintiff determined that its claim was not likely to be satisfactorily resolved by negotiation, was to further their own function as the plaintiff's agent in those negotiations. Since that time cannot be determined on the evidence, the date of the instruction of counsel is the most reasonable one to choose.

Waugh v. British Railways Board [1979] 3 W.L.R. 150, considered. *R. v. Hawker Siddeley Canada Ltd.* [1977] 2 F.C. 162, referred to.

APPLICATION.

COUNSEL:

W. G. Geddes for plaintiff.
I. Whitehall and *J. Kennedy* for defendant.

SOLICITORS:

William G. Geddes, Edmonton, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

MAHONEY J.: The motions here were heard in Edmonton, Alberta, on September 10, 1979. Materials tendered in support of one or the other of them at the hearing, comprising volumes I to V inclusive of the transcript of the examination for discovery of Pacific Paron, volumes XIV to XVII inclusive of the transcript of the examination for discovery of Felix Gary Anselmo and the transcripts of the examination for discovery on November 14 and 15, 1977, of James B. Coxford, did not reach my chambers in Ottawa until October 10. I can only speculate on the causes of this and regret that it necessarily led to a delay in my dealing with the motions.

The action arises out of the performance by the plaintiff of a highway construction contract with the defendant and the cause of action is based on alleged material differences between conditions actually met on the site and those represented to exist by the defendant in the tender documents. The defendant now seeks an order under Rule 465(18) directing the reattendance of Pacific

Pour qu'une demande de dispense de communication l'emporte sur l'intérêt public, la remise du document concerné aux conseillers juridiques de la partie en prévision d'un litige doit pour le moins être la raison majeure pour laquelle il a été préparé. La principale raison des travaux des ingénieurs-conseils jusqu'au moment où la demanderesse a jugé que les négociations ne lui permettraient vraisemblablement pas d'obtenir satisfaction, a été d'assumer leur rôle d'agent de la demanderesse dans ces négociations. Attendu que la preuve ne permet pas de déterminer ce moment, la date à retenir est celle de la constitution d'avocat.

Arrêt examiné: *Waugh c. British Railways Board* [1979] 3 W.L.R. 150. Arrêt mentionné: *R. c. Hawker Siddeley Canada Ltd.* [1977] 2 C.F. 162.

REQUÊTE.

AVOCATS:

W. G. Geddes pour la demanderesse.
I. Whitehall et *J. Kennedy* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

William G. Geddes, Edmonton, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE MAHONEY: Les présentes requêtes ont été entendues à Edmonton (Alberta), le 10 septembre 1979. Les documents produits à l'appui, c'est-à-dire les volumes I à V inclusivement de la transcription de l'interrogatoire préalable de Pacific Paron, les volumes XIV à XVII inclusivement de la transcription de l'interrogatoire préalable de Felix Gary Anselmo et la transcription de l'interrogatoire préalable de James B. Coxford, les 14 et 15 novembre 1977, ne sont parvenus à mon cabinet à Ottawa que le 10 octobre. J'en suis réduit aux conjectures sur les causes de cette lenteur et je regrette qu'elle ait retardé ma décision.

L'action dérive de l'exécution d'un contrat de construction que la demanderesse a passé avec la défenderesse et repose sur les différences importantes qu'il y aurait entre les conditions réelles sur l'emplacement et celles indiquées par la défenderesse dans les documents d'adjudication. Cette dernière réclame maintenant, en vertu de la Règle 465(18), une ordonnance prescrivant une nouvelle

Paron and Felix Gary Anselmo to answer further questions on discovery. The plaintiff seeks an order under Rule 448(1) requiring the defendant to file a list of documents.

Dealing first with the plaintiff's motion, the defendant filed a list of documents on January 27, 1978. It did so pursuant to Rule 447. The list is lengthy, containing 320 items for which privilege was not claimed. Many of the 320 items consisted of binders, files and other collections of numerous individual documents. I am given to understand that the documents so disclosed and made available for inspection occupy several dozen cubic feet of storage space. The plaintiff says that documents it knows to exist have either not been disclosed or cannot, after reasonable search, be located in that plethora of paper. The defendant says that either they have been produced or do not exist or, in some cases, are the plaintiff's own documents whose reproduction would involve substantial and wasteful expense.

An order under Rule 448 is, in the circumstances, inappropriate. I will treat this as an application under Rule 451 with respect to the particular documents enumerated in paragraph 14 of the affidavit of Felix Gary Anselmo filed September 4, 1979, in support of the motion. An order will go, pursuant to Rule 451, requiring the defendant, within 30 days of the date of the order, to file and serve an affidavit with respect to those particular documents. The plaintiff is entitled to have discovery of original documents, where extant, notwithstanding the previous production of copies thereof. The order will be without prejudice to the defendant's right to object to the production of any such document as privileged.

On May 1, 1979, an order was made requiring Paron and Anselmo to reattend for further discovery in respect of nine and four questions respectively which they had theretofore not answered on discovery. The subsequent examination of Paron occupied three days and that of Anselmo occupied four days. At first blush, the plaintiff's contention that their discovery has become oppressive has apparent merit. The fact is that neither discovery

comparution aux fins d'interrogatoire de Pacific Paron et de Felix Gary Anselmo. Quant à la demanderesse, elle réclame, en vertu de la Règle 448(1), une ordonnance enjoignant à la défenderesse de déposer une liste de documents.

Examinons d'abord la requête de la demanderesse. Le 27 janvier 1978, la défenderesse a déposé une longue liste de 320 pièces, conformément à la Règle 447, qui n'ont donné lieu à aucune demande de dispense de communication. Ces 320 pièces consistent en grande partie en classeurs, dossiers et autres assemblages de documents divers. Je me suis laissé dire que tous ces documents, qui sont consultables, occupent un espace de plusieurs douzaines de pieds cubes. La demanderesse prétend que certains documents n'ont pas été divulgués ou ne peuvent pas être retrouvés dans une pareille masse par une recherche raisonnable. Ce à quoi la défenderesse objecte ou qu'ils ont été produits ou qu'ils n'existent pas ou bien, dans certains cas, qu'il s'agit de documents émanant de la demanderesse et dont la reproduction entraînerait des dépenses importantes et inutiles.

Dans ces circonstances, j'estime qu'une ordonnance, fondée sur la Règle 448 ne serait guère pertinente. Je traiterai donc la demande comme si elle avait été faite en vertu de la Règle 451, relativement aux documents énumérés au paragraphe 14 de l'affidavit de Felix Gary Anselmo déposé le 4 septembre 1979 à l'appui de la requête. Je rendrai une ordonnance conforme à la Règle 451, requérant la défenderesse de déposer et de signifier dans les trente jours un affidavit relatif auxdits documents. La demanderesse a droit à la communication des documents originaux, lorsqu'ils existent encore, nonobstant le fait que copie en ait déjà été produite. L'ordonnance sera sans préjudice du droit de la défenderesse de s'opposer à la production de tel ou tel d'entre eux pour cause de dispense.

Le 1^{er} mai 1979, une ordonnance fut rendue, enjoignant à Paron et à Anselmo de comparaître encore une fois pour être respectivement interrogés sur neuf et quatre nouveaux points. L'interrogatoire subséquent de Paron dura trois jours, et celui d'Anselmo, quatre. La demanderesse prétend, non sans raison semble-t-il, que ces interrogatoires ont été abusifs. Le fait est que, dans les deux cas, l'interrogatoire n'était pas terminé avant l'ordon-

had been concluded prior to the May 1 order and that the present application, in so far as it relates to Anselmo's examination, deals with some areas of inquiry not dealt with on that application or explored prior to its being brought.

The new areas of questioning to which Anselmo, on advice of counsel, refused answers arise out of the following circumstances. The plaintiff perceived, early in its performance of the contract, that there were serious problems and that a claim for extra compensation would very likely be necessary. A firm of consulting engineers was retained to assist in the preparation and presentation of the anticipated claim. A series of letters dated over the period from October 19, 1973 to April 15, 1975, makes it clear that, in that period, the consultants were acting as the plaintiff's agent in negotiations with the defendant. Counsel was not instructed until February, 1975, which would appear to be about two years after the consultants were retained. Negotiations to settle the claim were conducted on a "without prejudice" basis. These led to the payment of \$334,769.32 in September 1975, by the defendant to the plaintiff. It is the defendant's position, pleaded in paragraph 6 of the amended defence that this payment included a sum of \$309,319.21 accepted by the plaintiff in full settlement of certain items of its claim. The plaintiff's reply to the defendant's demand for particulars discloses that it is claiming further compensation for those items. On advice of counsel, Anselmo has refused to answer questions respecting communications between the consultants and the plaintiff on the basis that their work was undertaken with a view to preparing reports, as an expert, for the purpose of instructing counsel in contemplation of litigation and has refused to answer questions regarding the negotiations that led to the \$334,769.32 payment on the ground that they were conducted without prejudice.

The latter objection cannot be sustained. The governing principle can be stated concisely:¹

Once negotiations have been completed as the result of without-prejudice interviews or letters, a binding contract has been brought into existence and this may be proved by means of the without-prejudice statements.

¹ *Cross on Evidence*, Fourth Edition, p. 263.

nance du 1^{er} mai, et que pour Anselmo, la présente demande porte sur des points qui n'avaient été ni examinés ni même abordés avant son introduction.

Les nouvelles questions sur lesquelles Anselmo, sur le conseil de son avocat, a refusé de déposer découlent des faits suivants. Dès le début de l'exécution du contrat, la demanderesse s'aperçut que celui-ci présentait de sérieuses difficultés et qu'il lui faudrait probablement réclamer un supplément de rémunération. Elle retint les services d'une firme d'ingénieurs-conseils pour l'aider à préparer et à présenter ladite réclamation. Il ressort clairement d'une série de lettres s'étalant du 19 octobre 1973 au 15 avril 1975 que, pendant cette période, les ingénieurs-conseils engagèrent des négociations avec la défenderesse en qualité d'agent de la demanderesse. Il n'a pas été constitué avocat avant février 1975, c'est-à-dire environ deux ans après que les services des ingénieurs-conseils aient été retenus. Les négociations au sujet de la réclamation furent conduites «sous toutes réserves». En septembre 1975, elles aboutirent au paiement par la défenderesse à la demanderesse d'une somme de \$334,769.32. Au paragraphe 6 de la version modifiée de sa défense, la défenderesse soutient que ce paiement incluait une somme de \$309,319.21 que la demanderesse a acceptée en règlement définitif de certains points de sa réclamation. Or, il ressort de la réponse de la demanderesse à la demande de détails de la défenderesse qu'elle réclame un supplément de rémunération pour ces points. Sur le conseil de son avocat, Anselmo refusa de répondre aux questions relatives aux renseignements échangés entre les ingénieurs-conseils et la demanderesse au motif que leurs travaux avaient été effectués en tant qu'experts, en vue d'établir des rapports pour informer un avocat en prévision d'un litige, et à celles relatives aux négociations ayant abouti au paiement des \$334,769.32 au motif qu'elles avaient été conduites sous toutes réserves.

Cette dernière objection est insoutenable. On peut résumer le principe qui s'applique ici de la manière suivante:¹

[TRADUCTION] Une fois que les négociations menées, par entretiens ou par lettres, sous toutes réserves sont terminées, un contrat exécutoire entre en vigueur, dont l'existence peut être prouvée par les déclarations faites sous toutes réserves.

¹ *Cross on Evidence*, quatrième édition, p. 263.

It is unnecessary to go beyond the textbook for authority for that proposition.

As to the former objection, it seems to me that when a person performing a contract sees that he is likely to have a claim against the other party and retains an expert to assist him in preparing that claim, it is reasonable to infer that, at that point, litigation is seen as a distinct possibility and that one of the purposes of any report by that expert must be to instruct counsel. That inference is consistent with the stated reason for Anselmo's refusal to answer the line of questions. At the same time, it is not an overstatement to say that claims by contractors against owners arising out of construction contracts are rather commonplace. It cannot be inferred that most or even a significant percentage of these are litigated. It is apparent that the consultants' functions, even after counsel was retained, included acting as the plaintiff's agent in the negotiations. The defendant is not pressing questions regarding the consultants' reports and activities after counsel was retained.

In *Canadian National Railway Company v. McPhail's Equipment Company Ltd.*,² the Federal Court of Appeal, dealing with real estate appraisals made for an expropriating authority after filing the plan of expropriation and before counsel was retained, said [at page 598]:

Turning now to the legal principles applicable to a factual situation of this kind, it seems clear that communications between a party and a non-professional agent are only privileged if they are made both—(1) for the purpose of being laid before a solicitor or counsel for the purpose of obtaining his advice or of enabling him to prosecute or defend an action or prepare a brief; and (2) for the purpose of litigation existing or in contemplation at the time.

It was recognized that an expropriation is potentially litigious from its inception. I should think that, if anything, a much higher proportion of expropriation disputes than construction contract claims actually reach litigation. The privilege claimed by the C.N.R. was not sustained.

Il est inutile de recourir à une autre autorité pour établir le bien-fondé de l'assertion de cet ouvrage.

Quant à la première objection, lorsqu'une personne chargée de l'exécution d'un contrat entrevoit une réclamation contre l'autre partie et retient les services d'un expert pour l'aider à préparer cette réclamation, il me semble raisonnable d'en déduire qu'un litige est considéré comme une possibilité et que l'un des objectifs du rapport de l'expert doit être d'informer un avocat. Cette déduction est compatible avec la raison qu'Anselmo donne pour refuser de répondre à certaines questions. Par ailleurs, il n'est pas exagéré d'affirmer que les réclamations présentées par des entrepreneurs contre des propriétaires à l'occasion de contrats de construction sont plutôt monnaie courante. Il ne faut pas en déduire que la plupart, ou même un pourcentage élevé d'entre elles, donnent lieu à des procédures judiciaires. Manifestement, même après que les services d'un avocat aient été retenus, le rôle des ingénieurs-conseils a consisté à négocier en qualité d'agent de la demanderesse. La défenderesse ne pose pas de questions sur les rapports et activités de ces derniers après qu'il eut été constitué avocat.

Dans *La Compagnie de chemins de fer nationaux du Canada c. McPhail's Equipment Company Ltd.*,² la Cour d'appel fédérale, traitant des évaluations immobilières effectuées pour une administration expropriante après le dépôt du plan d'expropriation et avant constitution d'avocat, déclare [à la page 598]:

Étudions maintenant les principes de droit applicables à une telle situation de fait. Les renseignements échangés entre une partie et un mandataire qui n'est pas un avocat sont seulement exempts de communication, selon moi, s'ils sont donnés à la fois—(1) pour être transmis à un avocat dans le but d'obtenir un conseil ou de lui permettre d'intenter des poursuites, de présenter une défense ou de préparer un dossier, et (2) pour les fins d'un procès actuel ou prévisible à ce moment-là.

Il fut reconnu que toute expropriation est, dès le début, potentiellement litigieuse. Je suis persuadé que quoi qu'il en soit, le pourcentage des litiges d'expropriation qui vont en justice est beaucoup plus élevé que celui des réclamations afférentes à des contrats de construction. La dispense de communication réclamée par le C.N. a été refusée.

² [1978] 1 F.C. 595.

² [1978] 1 C.F. 595.

In *The Queen in right of Canada v. Hawker Siddeley Canada Ltd.*,³ the following textbook statement was accepted by the Federal Court of Appeal as the applicable law⁴:

All documents and copies thereof prepared for the purpose, but not necessarily the sole or primary purpose, of assisting a party or his legal advisers in any actual or anticipated litigation are privileged from production.

The Court of Appeal went on, at pages 165 and 166:

The respondent would insist, in view of certain authority, that if such purpose be not the sole or primary one it must at least be a substantial purpose for which the document is prepared, but this emphasis would not appear to be important in the present case. It is not essential . . . that the document be prepared at the request of a legal advisor; it is sufficient if it be prepared for such purpose by a party on his own initiative.

The Court of Appeal concluded [at page 166] that Her Majesty had not discharged the burden of “clearly showing that one of the purposes for instituting the inquiry” under section 42(1) of the *National Defence Act*⁵ had been to “[prepare] a report that would be submitted to legal advisors to assist them in anticipated litigation” although it did conclude that “at the time the Board of Inquiry was established, the possibility of litigation was contemplated”.

I cannot, with the greatest respect, agree with the conclusion by Lord Simon of Glaisdale, in the very recently reported decision in *Waugh v. British Railways Board*,⁶ that this Court of Appeal decision is authority for the proposition that

. . . such a report need not be disclosed if one of its purposes (even though subsidiary) was to inform the solicitor with a view to litigation contemplated as possible or probable.

On the contrary, it seems clear that the Court of Appeal expressly left open the question, “since the emphasis would not appear to be important in the present case”, whether, if that was only one of its purposes, it had to be a substantial purpose.

The *ratio* of the House of Lords in the *Waugh* case is accurately set forth in the headnote

³ [1977] 2 F.C. 162.

⁴ Williston & Rolls, *The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, p. 916.

⁵ R.S.C. 1970, c. N-4.

⁶ [1979] 3 W.L.R. 150 at 156.

Dans *La Reine du chef du Canada c. Hawker Siddeley Canada Ltd.*,³ la Cour d'appel fédérale a jugé que ce passage d'un ouvrage de référence⁴ résumait la règle de droit applicable en la matière:

[TRADUCTION] Sont exempts de production tous les documents et copies de ces documents rédigés dans l'intention—pas nécessairement unique ni primordiale—d'aider une partie ou ses conseillers juridiques dans un procès en cours ou prévu.

Continuant, la Cour affirme ce qui suit à la page 166:

Les intimées s'appuient sur une certaine jurisprudence pour dire que si telle n'est pas la raison unique ou primordiale justifiant la rédaction d'un document, ce doit être au moins une raison sérieuse mais, ce fait ne semble pas important en l'espèce. Il n'est pas essentiel . . . que les documents soient préparés à la demande d'un conseiller juridique; il suffit qu'ils soient préparés à cette fin par une partie de sa propre initiative.

La Cour d'appel a statué [à la page 166] que Sa Majesté n'avait pas réussi «à établir clairement que l'un des objectifs de l'enquête» ouverte en vertu de l'article 42(1) de la *Loi sur la défense nationale*⁵ avait été «la préparation d'un rapport devant être soumis aux conseillers juridiques aux fins du procès prévu», bien qu'elle ait conclu «qu'au moment de la convocation de la commission d'enquête, on envisageait la possibilité d'un procès».

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec lord Simon of Glaisdale lorsqu'il affirme dans le jugement *Waugh c. British Railways Board*⁶, publié récemment, que cette décision de la Cour d'appel autorise à dire que:

[TRADUCTION] . . . la communication d'un tel rapport n'est pas obligatoire si l'un de ses objets (même secondaire) est de fournir des renseignements à un conseiller juridique en vue d'un litige considéré comme possible ou probable.

Au contraire, il est manifeste que la Cour d'appel s'est abstenue de trancher cette question, puisqu'elle a déclaré qu'il ne lui semblait «pas important en l'espèce» de préciser si, lorsqu'un document a plusieurs objets, l'objet susmentionné peut n'être qu'accessoire.

Le raisonnement de la Chambre des Lords dans l'affaire *Waugh* est énoncé avec précision dans le sommaire de la décision:

³ [1977] 2 C.F. 162.

⁴ *The Law of Civil Procedure*, par Williston & Rolls, Vol. 2, p. 916.

⁵ S.R.C. 1970, c. N-4.

⁶ [1979] 3 W.L.R. 150, à la p. 156.

... the due administration of justice strongly required that a document such as the internal inquiry report, which was contemporary, contained statements by witnesses on the spot and would almost certainly be the best evidence as to the cause of the accident, should be disclosed; that for that important public interest to be overridden by a claim of privilege the purpose of submission to the party's legal advisers in anticipation of litigation must be at least the dominant purpose for which it had been prepared; and that, in the present case, the purpose of obtaining legal advice in anticipation of litigation having been no more than of equal rank and weight with the purpose of railway operation and safety, the board's claim for privilege failed and the report should be disclosed

I am disposed to adopt the test prescribed in the *Waugh* case and I do not regard myself as precluded from doing so by the *Hawker Siddeley* decision.

In the present instance, the dominant purpose of any work done by the consulting engineers up to the point in time that the plaintiff determined that its claim was not likely to be satisfactorily resolved by negotiation was to further their own function as the plaintiff's agent in those negotiations. I cannot determine, on the evidence, when that point in time was reached and therefore, bearing in mind that the consultants continued in that function even after counsel was instructed, feel that the date of such instruction is the most reasonable one to choose. It is unlikely that, prior to that date, the purpose of instructing counsel was of greater weight than that of carrying out their agency functions; it is possible that, thereafter, it became of greater weight. The selection of that date, I think, gives the plaintiff the benefit of any doubt that might reasonably be entertained in disposing of its assertion of privilege.

An order will go requiring Felix Gary Anselmo to again reattend for further examination for discovery with respect to the "without prejudice" negotiations and the work undertaken by the consulting engineers prior to February 1975, and the reports that resulted from that work.

As to the other areas of questioning for which the defendant seeks the reattendance of Paron and Anselmo, the motion will be dismissed. Costs of both motions will be in the cause. The transcripts and exhibits will be returned to the parties who tendered them provided no appeal is taken from this order within the time limited therefor.

[TRADUCTION] ... la bonne administration de la justice requiert que soit communiqué un document comme ce rapport d'enquête interne qui, étant de la même époque et contenant les déclarations des témoins directs, constitue certainement la meilleure preuve sur la cause de l'accident; que, pour qu'une demande de dispense de communication l'emporte sur l'intérêt public, la remise du document concerné aux conseillers juridiques de la partie en prévision d'un litige doit pour le moins être la raison majeure pour laquelle il a été préparé; et qu'en l'espèce, l'obtention d'un avis juridique en prévision d'un litige n'ayant pas été une raison plus importante que le fonctionnement et la sécurité du système ferroviaire, la demande de dispense présentée par la Commission est rejetée et le rapport devra être communiqué

Je suis disposé à accepter le critère prescrit dans l'affaire *Waugh*, et je ne crois pas que l'arrêt *Hawker Siddeley* m'empêche de le faire.

En l'espèce, la principale raison des travaux des ingénieurs-conseils jusqu'au moment où la demanderesse a jugé que les négociations ne lui permettraient vraisemblablement pas d'obtenir satisfaction, a été d'assumer leur rôle d'agent de la demanderesse dans ces négociations. La preuve ne me permet pas de déterminer ce moment avec exactitude; néanmoins, les ingénieurs-conseils ayant continué à jouer ce rôle même après qu'il ait été constitué avocat, j'estime que la date à retenir est celle de cette constitution. Il est fort peu probable qu'avant cette date la communication de renseignements à un avocat ait été un objectif plus important que l'exécution de leurs fonctions d'agent, mais il est possible qu'elle le soit devenue par la suite. Je pense que le choix de cette date donne à la demanderesse le bénéfice du doute que l'on pourrait raisonnablement concevoir au moment de statuer sur sa demande de dispense de communication.

Je rendrai une ordonnance enjoignant à Felix Gary Anselmo de comparaître de nouveau aux fins de subir un autre interrogatoire préalable relativement aux négociations «sous toutes réserves» et aux travaux entrepris par les ingénieurs-conseils avant février 1975, ainsi qu'aux rapports auxquels ces derniers ont donné lieu.

Je rejette la requête de la défenderesse en ce qu'elle tend à faire comparaître Paron et Anselmo pour les interroger sur d'autres points. Les frais afférents aux deux requêtes suivront l'issue de l'action principale. Transcriptions et pièces seront renvoyées aux parties qui les ont présentées si, à l'expiration des délais impartis, la présente ordonnance n'a fait l'objet d'aucun appel.