

A-861-76

A-861-76

Canadian National Railway Company (Appellant)**La Compagnie de chemins de fer nationaux du Canada (Appelante)**

v.

a c.

McPhail's Equipment Company Ltd. (Respondent)**McPhail's Equipment Company Ltd. (Intimée)**Court of Appeal, Pratte, Heald and Urie JJ.—
Vancouver, May 17; Ottawa, June 2, 1977.Cour d'appel, les juges Pratte, Heald et Urie—
b Vancouver, le 17 mai; Ottawa, le 2 juin 1977.

Expropriation — Privileged document in action — Plan of expropriation filed — Appraisal report received subsequent to filing — Minimal legal advice to this point — Several months' negotiation before action commenced — Whether appraisal report falls within "anticipation of litigation" privilege.

Expropriation — Document exempt de communication en action — Dépôt du plan d'expropriation — Rapport d'évaluation reçu après le dépôt — Conseil juridique minimal sur ce point — Plusieurs mois de négociation avant le commencement de l'action — Le rapport d'évaluation est-il exempt de communication?

The appellant filed a plan of expropriation on November 5, 1974 and received an appraisal report assessing the land's value on December 17, 1974. Up to this time, the official in charge of the expropriation had received minimal legal assistance. After several months of negotiations action was commenced to determine the value of the expropriated land. The appellant contends that the appraisal report is privileged because it is a document prepared in anticipation of litigation.

d Le 5 novembre 1974, l'appelante déposa un plan d'expropriation et, le 17 décembre 1974, reçut un rapport d'évaluation estimant la valeur des terrains. Jusqu'à ce stade, le fonctionnaire responsable de l'expropriation avait reçu l'aide juridique minimale. Après plusieurs mois de négociations, l'action fut intentée pour déterminer la valeur des terrains expropriés. L'appelante allègue que le rapport d'évaluation est exempt de communication parce que le document a été préparé en prévision du litige.

Held, the appeal is dismissed. While it could possibly be said that all expropriations including this one are potentially litigious, and thus a possible future purpose for subject appraisal report could be said to be litigation, nevertheless, the single wider purpose for obtaining the appraisal was the ascertainment of the value of respondent's property and to assist the appellant in arriving at an opinion in this connection. The mere fact that the appellant was aware that its opinion might be challenged did not itself enable the appellant to claim privilege. The report had first to be used by the appellant in the formulation of its opinion as to value before expropriation proceedings became possible. To allow the appellant's claim for privilege here would result in a "blanket privilege" being extended to documents prepared in practically all expropriation cases when it is common knowledge that perhaps the majority of those cases are settled between the owner and the expropriating authority without the necessity of litigation.

e *Arrêt*: l'appel est rejeté. On peut sans doute affirmer que toutes les expropriations, dont la présente, sont d'éventuelles sources de litige et, donc, que le rapport d'évaluation en cause avait peut-être été rédigé en prévision d'un litige; pourtant l'évaluation avait seulement pour but de fixer la valeur du terrain de l'intimée et d'aider l'appelante à se faire une idée sur cette question. Le simple fait que l'appelante savait que son opinion pourrait être contestée ne l'autorisait pas en soi à demander l'exemption de communication. L'appelante devait d'abord utiliser le rapport dans le but de se faire une opinion sur la valeur du terrain avant l'apparition d'un éventuel litige en matière d'expropriation. L'attribution de l'exemption de communication à l'appelante dans la présente affaire équivalait à accorder une exemption générale aux documents rédigés à l'occasion de la quasi-totalité des expropriations, bien qu'il soit reconnu que, sans doute, la plupart des cas sont réglés à l'amiable entre le propriétaire et l'administration expropriante.

Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise (No. 2) [1973] 2 All E.R. 1169, agreed with.

h Arrêt approuvé: *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Commissioners of Customs and Excise (N° 2)* [1973] 2 All E.R. 1169.

APPEAL.

APPEL.

COUNSEL:

AVOCATS:

Edward C. Chiasson and Vincent R. K. Orchard for appellant.
D. Barry Kirkham for respondent.

i *Edward C. Chiasson et Vincent R. K. Orchard* pour l'appelante.
D. Barry Kirkham pour l'intimée.

SOLICITORS:

j PROCUREURS:

Ladner, Downs, Vancouver, for appellant.
Owen, Bird, Vancouver, for respondent.

Ladner, Downs, Vancouver, pour l'appelante.
Owen, Bird, Vancouver, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.: In my view, the appellant has not established its claim for the "anticipation of litigation" privilege in respect of the Appraisal Report dated December 17, 1974 prepared by Cunningham and Rivard Appraisals Limited (hereafter the "Cunningham Appraisal"). This was the only basis for privilege advanced by the appellant.

The facts giving rise to this appeal are relatively simple: The main line of the appellant's railway is situated on the south bank of the Fraser River near New Westminster, B.C. The expropriated property is immediately to the south of the appellant's main line and to the east of the Port Mann Bridge over the Fraser River. The appellant had one of its main switching yards to the west of the Port Mann Bridge and in 1974, was considering expansion east of the Port Mann Bridge. Such expansion would require the acquisition of a substantial amount of property adjacent to the existing rail line, part of this property being owned by the respondent.

On June 17, 1974, a meeting of appellant's lower level management was held concerning the possible purchase of the required property, including that belonging to the respondent. This meeting recommended to senior management that subject property be purchased by the railway. Final approval from upper management was obtained very shortly before the date of expropriation (November 5, 1974). On October 2, 1974, appellant's real estate department under the supervision of Ronald A. MacDonald, Real Estate Manager, prepared an estimate for budget purposes entitled "Capital Appropriation, Year 1974". That document recommended the purchase of the required property at an estimated cost of some four million dollars. As of that date, the appellant had not yet sent its own employees to visit the property and there was no attempt to place any evaluation on the individual parcels involved (there were some six different landowners). The stated purpose of the October 2nd document was to estimate, for budget purposes, the likely cost of purchasing the needed land east of the Port Mann Bridge. On November 12, 1974, the Cunningham Appraisal was commissioned by Mr. MacDonald to help in

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE HEALD: L'appelante n'a pas établi le bien-fondé de sa demande visant à exempter de communication le rapport d'évaluation daté du 17 décembre 1974 et rédigé par Cunningham and Rivard Appraisals Limited (ci-après appelé l'«évaluation de Cunningham»). Elle n'a pas démontré qu'un litige était «prévisible». L'appelante n'avait fondé sa demande que sur cet argument.

Les faits à l'origine de ce litige sont assez simples. La ligne principale du chemin de fer de l'appelante se trouve sur la rive sud de la rivière Fraser, près de New Westminster (C.-B.). La propriété expropriée est située près du sud de la ligne principale de l'appelante et à l'est du pont Port Mann qui franchit la rivière Fraser. L'une des principales gares de triage de l'appelante se trouvait à l'ouest du pont Port Mann et la compagnie envisageait, en 1974, d'étendre cette gare à l'est du pont Port Mann. Cet agrandissement impliquait l'acquisition d'une grande étendue de terrain adjacente à la ligne de chemin de fer existante. L'intimée détenait une partie de ce terrain.

Le 17 juin 1974, certains cadres de l'appelante ont tenu une réunion pour étudier l'achat éventuel du terrain nécessaire, y compris la partie appartenant à l'intimée. Leur recommandation faite aux cadres supérieurs visait l'achat du terrain en cause par le chemin de fer. Ces derniers ont donné leur approbation définitive très peu de temps avant la date de l'expropriation (5 novembre 1974). Le 2 octobre 1974, le service immobilier de l'appelante, sous la surveillance de son directeur, Ronald A. MacDonald, a établi une prévision budgétaire intitulée [TRADUCTION] «Affectation de fonds, année 1974». Ce document recommandait l'achat du terrain nécessaire au prix estimatif de quatre millions de dollars. A cette date, l'appelante n'avait pas fait visiter la propriété par ses propres employés et elle n'avait pas fait estimer la valeur respective des parcelles en cause (il y avait environ six propriétaires différents). Le document du 2 octobre visait, d'après les instructions de ses auteurs, à estimer, pour les fins du budget, le coût probable de l'achat du terrain nécessaire à l'est du pont Port Mann. Le 12 novembre 1974, MacDonald a demandé l'évaluation de Cunningham afin de faciliter l'évaluation du terrain pour les fins du budget. A ce

the decision on valuation of the property for budget purposes. At that point in time, Mr. MacDonald had not sought legal advice on the matter¹. Subsequently, on a date not established in evidence, but probably about December 30, 1974, a third page was added to the October 2, 1974 memorandum reducing the budget estimate for land acquisition from four million dollars to two million dollars based partially on the two private appraisals obtained (the Cunningham Appraisal and the Penny Appraisal).

As stated *supra*, the plan of expropriation was filed on November 5, 1974. No contact whatsoever was made between the appellant and the respondent until many months later. The appellant commenced subject action to determine the compensation payable to the respondent on October 1, 1975.

Based on the two private appraisals and on an in-house estimate, Mr. MacDonald on December 30, 1974, advised the appropriate budgetary official of the appellant to revise the budget for property acquisition in accordance with the information obtained from the two private appraisers and the in-house appraiser, and in accordance with page 3 of the October 2 memorandum referred to *supra*.

According to Mr. MacDonald, the purpose in obtaining the private appraisals was to enable him to form an opinion as to the value of the respondent's property so that he could obtain a budgetary allocation and could then negotiate with the respondent for the purchase of the property².

The evidence does not establish when appellant's legal department was first consulted in connection with the action but it is a fair inference from the evidence that such consultation occurred very shortly before October 1, 1975, the date the action was commenced. The only involvement in this matter in 1974 with appellant's legal department was when one of appellant's Vancouver solicitors reviewed the expropriation plan and attended to its registration. There is no suggestion that this solicitor gave any advice on possible litigation, nor that the Cunningham Appraisal was ever placed before him. The only evidence supportive of the appellant's claim for privilege is to be found in Mr.

moment-là, MacDonald n'avait pas encore consulté d'avocat sur la question¹. Par la suite, à une date que ne précisent pas les dépositions, mais probablement vers le 30 décembre 1974, une troisième page a été ajoutée au mémoire du 2 octobre 1974. Cela a eu pour conséquence de réduire de quatre millions à deux millions de dollars la prévision budgétaire pour l'achat du terrain, laquelle était fondée en partie sur les résultats des deux évaluations indépendantes, celle de Cunningham et celle de Penny.

Comme je l'ai déjà dit, le plan du terrain exproprié a été déposé le 5 novembre 1974. L'appelante et l'intimée ne se sont pas du tout consultées pendant plusieurs mois. L'appelante a introduit la présente action afin de fixer l'indemnité payable à l'intimée, le 1^{er} octobre 1975.

Sur la foi des deux évaluations indépendantes et d'une évaluation interne, le 30 décembre 1974, MacDonald a conseillé au cadre préposé au budget de l'appelante de réviser les crédits alloués à l'acquisition de terrain, en conformité avec les renseignements fournis par les deux évaluateurs indépendants et par l'évaluateur de la compagnie et en conformité avec la page 3 du mémoire du 2 octobre susmentionné.

Selon MacDonald, il a demandé les évaluations indépendantes dans le but de l'aider à se faire une idée de la valeur du terrain de l'intimée, à obtenir une affectation de crédits, puis à négocier l'achat du terrain avec l'intimée².

La preuve n'établit pas la date de la première consultation du contentieux de l'appelante à propos de la présente action mais on peut à juste titre déduire de la preuve que cette consultation a eu lieu très peu de temps avant le 1^{er} octobre 1975, date de l'introduction de l'action. Le contentieux de l'appelante n'a été consulté qu'une seule fois en 1974 sur cette affaire. L'un des procureurs de l'appelante à Vancouver a étudié le plan de la propriété et il l'a fait enregistrer. Personne n'a prétendu que cet avocat avait été consulté au sujet d'un litige éventuel ni que l'évaluation de Cunningham lui avait été soumise. La seule preuve à l'appui de la demande de l'appelante relative à

¹ Appeal Book, pp. 46 and 47.

² Appeal Book [Annex], p. 148 and pp. 179 to 180.

¹ Dossier d'appel, aux pp. 46 et 47.

² Dossier d'appel, [annexe] p. 148 et pp. 179 à 180.

MacDonald's affidavit and is to the effect that the appellant treats expropriations from their inception as potentially litigious and has developed routine expropriation procedures over the years and that such routine procedures include the obtaining of independent appraisals with respect to expropriations like the expropriation in the case at bar.

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. Both these conditions must be fulfilled in order that the privilege may exist³. At page 916 of *Williston and Rolls*, it is stated:

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.

And at page 917:

Documents existing before litigation was conceived and not brought into existence for the purpose of obtaining legal advice are not free from the duty to produce . . . merely because it was handed to a solicitor for the purposes of an action. . . . There must be a real expectation of litigation before there is a privilege from production. [The underlining is mine.]

In the case at bar, the Cunningham Appraisal was ordered on November 12, 1974, and received on December 17, 1974. According to the evidence, the purpose for the appraisal was to enable the appellant to form a considered opinion as to value upon which it could base a budgetary item thus enabling it to negotiate the purchase of the property from the respondent. The expropriation had only occurred on November 5, 1974. Appellant's real estate department had not consulted the legal department. Negotiations had not been commenced nor had the respondent as yet been contacted. On these facts, surely it cannot be said that there was a "reasonable expectation of litigation"

³ See: *Williston and Rolls, The Law of Civil Procedure*, 1970, vol. 2 at p. 827 quoting *Halsbury's Laws of England* (3rd ed.) vol. 12, p. 45.

l'exemption de communication est fournie par l'affidavit de MacDonald. D'après ce document, l'appelante, *a priori*, voit toujours une source de litige dans les expropriations et elle a élaboré au cours des ans une série de règles en la matière, qui consiste, entre autres, à demander des évaluations indépendantes dans des cas de la nature de l'expropriation en cause.

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. L'exemption de communication est sujette à ces deux conditions³. A la page 916 de *Williston and Rolls*, l'auteur dit:

[TRADUCTION] Tous les documents et toutes les copies des documents rédigés dans le but, mais pas nécessairement dans le seul et unique but, d'aider une partie ou ses conseillers juridiques dans un litige actuel ou éventuel sont dispensés de production.

Il ajoute à la page 917:

[TRADUCTION] Les documents antérieurs au litige et qui n'ont pas été rédigés dans le but d'obtenir un conseil juridique ne sont pas exemptés . . . même s'ils sont entre les mains d'un avocat en vue d'un procès. . . . L'exemption de production ne peut exister que si l'éventualité d'un litige est réelle. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, l'évaluation de Cunningham a été demandée le 12 novembre 1974 et elle a été reçue le 17 décembre 1974. Selon les dépositions, l'évaluation avait pour but de permettre à l'appelante de se faire une opinion bien documentée sur la valeur du terrain pour établir une prévision budgétaire et pour ensuite négocier l'achat du terrain de l'intimée. L'expropriation n'avait eu lieu que le 5 novembre 1974. Le service immobilier de l'appelante n'avait pas consulté le contentieux. Les négociations n'avaient pas commencé et l'appelante n'avait pas pris contact avec l'intimée. D'après les faits, on ne pouvait raisonnablement prévoir le 5 novembre 1974 qu'il y aurait matière à litige. Tant

³ Voir: *Williston and Rolls, The Law of Civil Procedure*, 1970, vol. 2, à la p. 827, citant *Halsbury's Laws of England*, (3^e éd.), vol. 12, p. 45.

on November 5, 1974. Until the appellant had formed a realistic and objective opinion as to value and had the funds with which to negotiate, it could not approach the respondent to open negotiations. Only after negotiations had begun would the appellant ascertain respondent's reaction to the appellant's offer. Respondent might well accept the offer made to it by the appellant in the first instance or agreement might be reached after protracted negotiations over a period of many months. Only after all attempts at settlement had failed could it be said that there was a "reasonable expectation of litigation". Actually, in this case, there was a period of negotiation lasting several months because the action was not begun until October 1, 1975.

I am supported in my view of this matter by the House of Lords' decision in *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise (No. 2)*⁴. In that case, the Commissioners sought to claim privilege for (1) correspondence and reports, etc., passing between the Commissioners and their officers, servants and agents which had been prepared for the purpose of obtaining information for an arbitration during a period, when in the Commissioners' views, the arbitration was contemplated or pending, and (2) documents received from third parties in confidence as information and evidence for the purposes of the arbitration. It was held that neither category of documents was privileged because the two purposes for which the documents had come into existence were parts of a single wider purpose, i.e., the ascertainment of the wholesale value of the appellant's goods, the sole immediate purpose being to help the Commissioners to fix what in their opinion was the true value. The mere fact that the Commissioners knew that their opinion might be challenged did not itself enable them to claim that the documents were the subject of privilege. The documents had first to be used by the Commissioners to enable them to form an opinion as to value before arbitration proceedings became possible and before their solicitor would use them for the purpose of defending their opinion in the anticipated arbitration⁵.

que l'appelante ne s'était pas faite une opinion réaliste et objective sur la valeur du terrain et ne disposait pas des fonds nécessaires pour négocier, elle ne pouvait pas entrer en contact avec l'intimée pour commencer les négociations. L'appelante ne pouvait connaître la réaction de l'intimée à son offre qu'après le début des négociations. Il se pouvait que l'intimée accepte l'offre de l'appelante en premier lieu ou que les parties concluent un accord après plusieurs mois de longues négociations. On ne pouvait prévoir l'«éventualité d'un litige» qu'après l'échec de toutes les tentatives de règlement. De fait, en l'espèce, les négociations ont duré plusieurs mois car l'instance n'a été introduite que le 1^{er} octobre 1975.

Je m'appuie, en l'espèce, sur la décision de la Chambre des Lords dans *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Commissioners of Customs and Excise (N°2)*⁴. Dans cette affaire-là, les Commissaires voulaient exempter de communication (1) des lettres et des rapports, etc., échangés entre les Commissaires et leurs fonctionnaires, préposés et agents; ces documents avaient été rédigés dans le but d'obtenir des renseignements pour un arbitrage à un moment où, selon les Commissaires, l'arbitrage était envisagé ou en instance; et (2) des documents confidentiels envoyés par des tiers qui contenaient des renseignements et devaient servir en preuve lors de l'arbitrage. Il a été statué qu'aucune des catégories de documents n'était exempte de communication parce que les documents avaient, en fait, une seule fin générale, savoir la fixation du prix de gros des marchandises de l'appelante. Les documents avaient pour seul but immédiat d'aider les Commissaires à fixer le prix réel. Le simple fait que les Commissaires savaient que leur avis pourrait être contesté ne les autorisait pas en soi à prétendre que les documents étaient exempts de communication. Les Commissaires devaient d'abord utiliser les documents pour être en mesure de se faire une opinion sur le prix avant que ne naisse la possibilité d'un arbitrage et avant que leur procureur ne les utilise afin de défendre leur opinion lors de l'éventuel arbitrage⁵.

⁴ [1973] 2 All E.R. 1169.

⁵ See judgment of Lord Cross, particularly at pp. 1182-1184 where the conflicting authorities are discussed and reviewed.

⁴ [1973] 2 All E.R. 1169.

⁵ Voir les motifs du lord Cross, particulièrement aux pp. 1182 à 1184, où il analyse la jurisprudence contradictoire.

Likewise, in the case at bar, while it could possibly be said that all expropriations including this one are potentially litigious, and thus a possible future purpose for subject Appraisal Report could be said to be litigation, nevertheless, the single wider purpose for obtaining the appraisal was the ascertainment of the value of respondent's property and to assist the appellant in arriving at an opinion in this connection. The mere fact that the appellant was aware its opinion might be challenged did not itself enable the appellant to claim privilege. The Report had first to be used by the appellant in the formulation of its opinion as to value before expropriation proceedings became possible.

In the *Crompton* case (*supra*), Lord Kilbrandon, who concurred in the judgment of Lord Cross said at page 1185:

In my opinion, any practice of "blanket" classifying of documents, especially when they concern, as they normally do, claims arising out of accidents, is to be discouraged.

I would agree with that statement and applying it to the instant case, have no hesitation in expressing the view that to allow appellant's claim for privilege here would result in a "blanket privilege" being extended to documents prepared in practically all expropriation cases when it is common knowledge that perhaps the majority of those cases are settled between the owner and the expropriating authority without the necessity of litigation.

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

* * *

PRATTE J.: I concur.

* * *

URIE J.: I concur.

On peut sans doute affirmer ici que toutes les expropriations, dont la présente, sont d'éventuelles sources de litiges et, donc, que le rapport d'évaluation en cause avait peut-être été rédigé en prévision d'un litige; pourtant, l'évaluation avait seulement pour but de fixer la valeur du terrain de l'intimée et d'aider l'appelante à se faire une idée sur cette question. Le simple fait que l'appelante savait que son opinion pourrait être contestée ne l'autorisait pas en soi à demander l'exemption de communication. L'appelante devait d'abord utiliser le rapport dans le but de se faire une opinion sur la valeur du terrain avant l'apparition d'un éventuel litige en matière d'expropriation.

Dans l'affaire *Crompton* (précitée), lord Kilbrandon, qui a souscrit au jugement de lord Cross, dit à la page 1185:

[TRADUCTION] A mon avis, il faut cesser de coter «confidentiel» tous les documents, surtout s'ils portent, comme ils le font normalement, sur des demandes de règlement de dommages accidentels.

Je souscris à cet avis et je n'hésite pas, en l'appliquant en l'espèce, à affirmer que l'attribution de l'exemption de communication à l'appelante dans la présente affaire équivaldrait à accorder une exemption générale aux documents rédigés à l'occasion de la quasi-totalité des expropriations bien qu'il soit reconnu que, sans doute, la plupart des cas sont réglés à l'amiable entre le propriétaire et l'administration expropriante.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

g

* * *

LE JUGE PRATTE: Je souscris à ce jugement.

* * *

h

LE JUGE URIE: Je souscris à ce jugement.