

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

148/07/CA

EUCLIDE CORMIER PLUMBING AND HEATING INC. and ECONOMICAL MUTUAL INSURANCE COMPANY, added pursuant to Section 104.1 of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12 as amended

APPELLANTS

- and -

CANADA POST CORPORATION and IRVING OIL COMPANY, LIMITED and IRVING OIL LIMITED

RESPONDENTS

Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc. et al.  
v. Canada Post Corporation et al., 2008 NBCA 54

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
October 3, 2007

History of Case:

Decision under appeal:  
2007 NBQB 328

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
February 19, 2008

Judgment rendered:  
July 24, 2008

EUCLIDE CORMIER PLUMBING AND HEATING INC. et ECONOMICAL, COMPAGNIE MUTUELLE D'ASSURANCE, ajoutée conformément à l'article 104.1 de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, ensemble ses modifications

APPELANTES

- et -

La SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES et IRVING OIL COMPANY, LIMITED et IRVING OIL LIMITED

INTIMÉES

Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc. et  
autres c. Société canadienne des postes et autres,  
2008 NBCA 54

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 3 octobre 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2007 NBBR 328

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
Le 19 février 2008

Jugement rendu :  
Le 24 juillet 2008

Counsel at hearing:

For the appellants:  
Danys R.X. Delaquis

For the respondent Canada Post Corporation:  
Edwin G. Ehrhardt, Q.C.

For the respondents Irving Oil Company, Limited  
and Irving Oil Limited:  
J. Paul M. Harquail

THE COURT

The appeal and cross-appeal are dismissed with costs payable to the respondent Canada Post Corporation.

Avocats à l'audience :

Pour les appelantes :  
Danys R.X. Delaquis

Pour l'intimée la Société canadienne des postes :  
Edwin G. Ehrhardt, c.r.

Pour les intimées Irving Oil Company, Limited et  
Irving Oil Limited :  
J. Paul M. Harquail

LA COUR

Rejette l'appel et l'appel reconventionnel avec dépens payables à la Société canadienne des postes intimée.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

[1] Civil liability for the escape of furnace oil from an outdoor storage tank lies at the heart of the litigation from which the present appeal and cross-appeal arise. In the underlying actions, Canada Post Corporation seeks compensation for the spill-related contamination of its business premises in Bouctouche, New Brunswick from three parties: (1) the storage tank servicer, the appellant Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc.; (2) the furnace oil supplier, the cross-appellant Irving Oil Company Limited; and (3) the other cross-appellant, Irving Oil Limited, as successor and assignee of Irving Oil Company Limited. Hereinafter, the descriptor “Irving companies” is used to refer collectively to the cross-appellants. As for the other appellant, Economical Mutual Insurance Company, it is Cormier Plumbing’s insurer and appears as a party in each of the two underlying actions pursuant to s. 104.1 of the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12.

[2] As will more fully appear in the following text, the present proceedings are the by-product of the inadvertent production by the appellants’ counsel of privileged documents, the key one being a witness’ statement, to the solicitors of record for Canada Post. Those solicitors subsequently merged with another law firm to become Cox & Palmer. The appeal and cross-appeal challenge an interlocutory order whose manifest object is the establishment of a scheme designed to minimize what prejudice, if any, might accrue as a result of the inadvertent production while respecting Canada Post’s choice of Cox & Palmer as its solicitors of record (see [2007] N.B.J. No. 364 (QL), 2007 NBQB 328). The appellants’ central contention is that the motion judge’s unchallenged findings of fact and Cox & Palmer’s post-production conduct compel, as a matter of law, that law firm’s removal as solicitors of record. As for the Irving companies, neither of which received a copy of the privileged documents (“the Documents”), their primary objection to the order rendered in the court below is its failure to put in place a mechanism that would level the playing field for their benefit.

[3] After hearing counsel for the appellants and the Irving companies, the Court dismissed both the appeal and the cross-appeal without calling upon counsel for Canada Post to respond. The parties were then advised that written reasons would follow. Here are those reasons.

I. The Background

[4] In late April 2001, furnace oil leaked from an outdoor storage tank installed a few years earlier to fuel the heating system at the post office in Bouctouche. Canada Post alleges the ensuing contamination occasioned “catastrophic” damage to its premises and the sub-soil.

A. *The underlying actions*

[5] On April 18, 2002, Canada Post commenced an action against Cormier Plumbing, seeking damages in both contract and tort for the cost of remediation of the contaminated site and the diminution in the value of its premises. The Statement of Claim contains the following liability-related allegations: (1) in or about 1994, Canada Post contracted with Cormier Plumbing for the maintenance of its furnace oil storage tank at the Bouctouche post office; and (2) sometime prior to the leak, Cormier Plumbing, in breach of its contractual obligations and its common law duty of care, altered the storage tank, using sub-standard materials, thereby causing the oil leak and resulting contamination. The Statement of Claim particularizes, in identical terms, the breach of contract and the negligence alleged against Cormier Plumbing, namely: improperly altering the tank by moving the suction and return lines from the top to the bottom; failing to use adequate solder material in effecting the alterations; and failing to advise Canada Post of the danger associated with the alterations.

[6] When Cormier Plumbing failed to defend the action, it was noted in default.

[7] On December 16, 2002, Economical Mutual was added as a party pursuant to s. 104.1 of the *Insurance Act*. As might be expected, the enabling order provides that Economical Mutual will be bound by the judgment at trial as between Canada Post and Cormier Plumbing, and that “the question of the right of [Cormier Plumbing] as against [Economical Mutual] shall not be disposed of at the trial but after the trial in such manner as may be ordered by the Court or a Judge thereof”.

[8] On April 7, 2003, Economical Mutual filed a Third Party Defence in which it alleged the following negligence on the part of the furnace oil supplier contributed to the magnitude of the spill-related loss: failing to inspect the storage tank and its oil lines at the time of delivery; delivering quantities of furnace oil “in a short space of time when it knew or should have known that historically deliveries were made on a regular and monthly basis”; failing to ascertain the cause for deliveries of furnace oil outside “the normal refill period”; and failing to observe, at the time of delivery, the escape of furnace oil from the storage tank.

[9] On May 5, 2006, the noting in default of Cormier Plumbing was set aside and Economical Mutual was granted leave to file and serve a Fourth Party Claim against the Irving companies. In that Fourth Party Claim, Economical Mutual imputes liability, in contract and negligence, to the Irving companies and seeks contribution and/or indemnity for the compensation Cormier Plumbing may be obligated to provide Canada Post. Economical Mutual alleges the Irving companies breached their oil supply contract with Canada Post by “[f]ailing to determine the amount of heating oil the Bouctouche Post Office usually requires” and “[s]upplying a drastically greater amount of heating oil than usually required without ascertaining the reason for such a drastic increase in consumption”. It also alleges the Irving companies were negligent in failing to: “realize that the Bouctouche Post Office did not require the excessive amount of heating oil delivered”; “investigate the reason for such a drastic increase in heating oil consumption”; “notice and [...] disclose to the Bouctouche Post Office employees the inadequate condition of the tank’s oil line”; and “keep an adequate watch during the oil delivery, thereby not noticing the flood of heating oil onto the ground”.

[10] On July 27, 2006, the Irving companies filed a common Statement of Defence to the Fourth Party Claim, denying any and all liability.

[11] Oral discovery began on December 18, 2003.

[12] On February 21, 2005, Canada Post commenced an action in damages against Irving Oil Company Limited. In its Statement of Claim, Canada Post alleges Irving Oil Company contributed to the magnitude of the spill-related damage by breaching both its oil supply contract and its common law duty of care. The contract is said to have been breached by Irving Oil Company's failure "to determine the amount of heating oil the Bouctouche Post Office usually requires" and its delivery of "a drastically greater amount of heating oil than usually required without ascertaining the reason for such a drastic increase in consumption". The Statement of Claim goes on to provide particulars of negligence on the part of Irving Oil Company that are identical, for all intents and purposes, to those formulated by Economical Mutual in the first action.

[13] On February 21, 2006, Canada Post filed an Amended Notice of Action and Amended Statement of Claim for the sole purpose of adding Irving Oil Limited as a defendant. The Irving companies then filed a common Statement of Defence, denying any and all liability. They also caused to be issued a Notice of Third Party Claim against Cormier Plumbing, seeking contribution and/or indemnity.

[14] On May 25, 2006, Economical Insurance was once again added, with leave of the court, as a party pursuant to s. 104.1 of the *Insurance Act*. The enabling order features provisions similar to those found in the corresponding order issued in Canada Post's first action, the action against Cormier Plumbing. Economical Mutual subsequently filed a Fourth Party Defence, denying liability on the part of Cormier Plumbing and reiterating its previously particularized allegations of breach of contract and negligence by the Irving companies.

[15] Oral discovery resumed October 24, 2006 with all parties agreeing that it would apply to both actions.

[16] For reasons that remain unclear, the actions have yet to be consolidated.

B. *The Documents and their inadvertent production to Cox & Palmer*

[17] Sometime after the oil leak in late April 2001, Thierry Girouard, an employee of Cormier Plumbing, attended at the spill site. Absent evidence to the contrary, it can be safely assumed he checked the storage tank at that time.

[18] On July 5, 2001, Canada Post representatives interviewed Mr. Girouard. That interview was recorded and Canada Post has not claimed privilege over the related audio cassettes, listing them under Schedule A of its Affidavit of Documents.

[19] On April 30, 2002, Mr. Girouard provided a handwritten statement to an adjuster with East Coast Claims Services Inc., an adjusting firm acting for and on behalf of the law firm representing the appellants. The next day, Mr. Girouard signed a typewritten version of that statement. He also drew a diagram that apparently complements his statement. These documents along with an unofficial translation of the statement were attached to a May 3, 2002 report provided by the adjusting firm to counsel for the appellants. The parties agree the appellants intended to assert solicitor-client privilege over the Documents, and that each is insulated against production by that privilege.

[20] In anticipation of discovery on October 24, 2006, counsel for the appellants provided an unsigned draft Affidavit of Documents to counsel for the opposing parties. The Documents were listed under Schedule A as non-privileged. They were labeled and described as follows:

A-16	April 30, 2002	Handwritten statement of Thierry Girouard
A-17	May 1, 2002	Signed typewritten statement of Thierry Girouard
A-18	May 1, 2002	Unofficial translation of statement of Thierry Girouard
A-19	May 1, 2002	Diagram of Thierry Girouard

The adjuster's report to which the Documents had been initially attached was listed as a privileged document under Schedule B, with no mention of any attachments.

[21] On October 17, 2006, the draft Affidavit of Documents was delivered to Gregory A. MacLean of Clark Drummie, now Cox & Palmer, and to the solicitor for the Irving companies. Since oral discovery was at hand, Mr. MacLean immediately requested a copy of some Schedule A documents, including the Documents, namely items A-16 through A-19. The requested documents were produced on October 18, 2006.

C. *The fallout from the inadvertent production*

[22] While preparing for the fast-approaching discovery of October 24, 2006, counsel for the appellants realized the Documents had been produced to counsel for Canada Post. At the outset of discovery, he explained on the record that: the Documents were privileged; they should have been listed under Schedule B, along with the adjuster's report to which they were attached; and their production had been inadvertent. He then requested Canada Post and Cox & Palmer return the Documents and undertake to refrain from making copies and from using the information contained in the Documents. At that time, Mr. MacLean, who had no prior inkling of any such claim of privilege, would only agree to forego examining Cormier Plumbing's representative, Euclide Cormier, in respect of the Documents.



[23] On October 24, 2006, counsel for the appellants wrote Mr. MacLean requesting he destroy “the statement of Thierry Girouard”, pointing out that in “*Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, Binnie J., writing for the Court, stated that the normal remedy when a privileged document is inadvertently disclosed to an opposing party is to order the solicitor (or party) who inadvertently received the document to return it or destroy it or make no use of the document”. On October 27, 2006, counsel for the appellants renewed his request for confirmation of the Documents’ destruction.

[24] On October 30, 2006, Mr. MacLean responded, advising that neither he nor his client had destroyed the Documents as they were examining their obligations in relation to the matter. After indicating that he would, in due course, provide further advice on the subject, Mr. MacLean added the following pointed observations:

As the undersigned has already stated to you verbally, to a large degree the “damage” has already been done in the sense that the undersigned is fully acquainted with all of the contents of the said statement as it had been in my possession approximately 5 days prior to being advised that there was any concern with it. Similarly, my client also had been provided a copy of said statement for review and consideration prior to being alerted to the fact that there was any issue concerning our possession of the statement. Obviously we cannot unlearn knowledge we already possess.

[...]

On the Tuesday prior to the discovery examination a draft Affidavit of Documents was issued to our offices which listed the statement as an unprivileged document. We, having no reason to question this whatsoever, requested to be provided a copy of the document along with others listed in your Schedule A. We received these documents on the Wednesday prior to the discovery examinations.

[...]

In the present case your office personnel had every intention of sending the document that was sent and both

our firm and our client received these documents without any indication whatsoever that a privilege was being maintained over the documents or that there was any error in our receipt of the documents.

[25] In a February 8, 2007 letter to the appellants' solicitor, Mr. MacLean reiterated that both he and his client had received and reviewed Mr. Girouard's statement without any inkling it was privileged, adding that "all actions of your office up until the morning of the first day of the discovery examination supported the fact that the statement was not to be treated as privileged". He then remarked that, although the statement itself might have been privileged, questions could properly have been put to Mr. Cormier on discovery regarding his "personal knowledge of Mr. Girouard's recollection of events". Mr. MacLean then explained he had destroyed all copies of the statement in his possession and directed his contacts at Canada Post to do the same. Significantly, he would neither agree to "any limitation on the knowledge that was gained in reviewing the statements (or translations thereof)" nor "forego any relevant uses that may be made from this information contained in the statement (as opposed to the statement itself) in pursuing [Canada Post's] interests in the litigation". Mr. McLean added that, in destroying the copies of Mr. Girouard's statement, neither he nor his client "implicitly or expressly waive [Canada Post's] rights to the benefit of the use of the actual statement at trial in cross examining Mr. Girouard or Mr. Cormier should we obtain a prior ruling from the Court that we are entitled to do so". He concluded the discussion on topic by directing counsel for the appellants to "maintain a copy of the said statement in [Cormier Plumbing's] file up to and including the time of trial should [Canada Post] decide to have the Court rule on the matter and attempt to gain full access to the statement".

[26] Counsel for the appellants would later argue that Mr. McLean had been less than fully forthcoming since his letter omitted to mention: (1) he and a representative of Canada Post had made detailed notes respecting the contents of the Documents; (2) those notes had been preserved; and (3) Canada Post had attempted to contact Mr. Girouard for a re-interview.

[27] By letter dated February 27, 2007, counsel for the appellants requested confirmation of Canada Post's destruction of all copies of the Documents in its possession. He also asked "one last time" for Canada Post's agreement "not to make any use" of the Documents before warning he had recommended to Economical Mutual that, unless the sought-after confirmation was received within the following fortnight, an application would be made to the Court seeking "the appropriate relief in accordance with the guidance provided by the Supreme Court of Canada". On March 2, 2007, Mr. MacLean re-affirmed the position articulated on behalf of Canada Post in his letter of February 8, 2007.

[28] In response, Economical Mutual turned to the Court of Queen's Bench for relief, seeking: an order removing Cox & Palmer as solicitors of record for Canada Post in both actions; an order directing Cox & Palmer, as well as Canada Post, to destroy all copies of the Documents and all documents, letters, records, and notes made with respect to the information contained in the Documents; and an order prohibiting Canada Post from using the Documents and their contents. Economical also sought the following relief in the event the court would decline to remove Cox & Palmer as solicitors of record: an order directing Cox & Palmer and Canada Post to destroy all copies of the Documents and an order prohibiting them from using the Documents and their contents, whether at discovery or at trial. Economical Mutual relied, *inter alia*, upon the following grounds in support of the orders sought: the Documents were produced by mistake; Cox & Palmer had failed to promptly destroy the Documents upon being advised of their privileged nature; both Cox & Palmer and Canada Post had refused to accept "any limitation on the knowledge" they gained from reviewing the Documents and to waive their "right" to use the Documents at discovery and during cross-examination at trial; and use of the Documents and their contents by Canada Post and/or its solicitors would be "highly prejudicial" to Economical Mutual and Cormier Plumbing.

[29] Canada Post filed two affidavits in opposition to the motion, one by Richard Heinrichs, an employee with its Corporate Security Department, the other by Mr. MacLean. In his affidavit, Mr. Heinrichs confirms that, although the Documents and all

copies in Canada Post's possession had been destroyed on Mr. McLean's instructions, he had compiled notes of the contents and discussed same with fellow employees in Canada Post's Corporate Security Department and Risk Management/Legal Department. His uncontradicted evidence is that, prior to being advised by counsel for the appellants that the Documents were privileged, he had no inkling such a claim might be advanced, none of the Documents being marked as confidential or otherwise identified as privileged in any way. He also indicates that, following the examination for discovery in late October 2006, he attempted, unsuccessfully, to contact Mr. Girouard with a view to re-interviewing him. For his part, Mr. MacLean swears Mr. Heinrichs is the only person at Canada Post to whom a copy of the Documents was provided. At the hearing, counsel for Canada Post confirmed Mr. MacLean had also compiled and preserved notes respecting the contents of the Documents.

[30] Copies of the Documents have not been provided to the Irving companies or their counsel and none of them is privy to their contents.

D. *The hearing in the Court of Queen's Bench and the decision under appeal*

[31] At the outset of the hearing in the court below, counsel for the Irving companies withdrew from the courtroom. Counsel offered the following explanation for this rather unorthodox approach to litigation: he feared the contents of the Documents might be disclosed to him in the course of the hearing. In the result, the hearing proceeded without any representation on behalf of the Irving companies. For its part, Economical Mutual elaborated on the grounds formulated in its Notice of Motion and added to its list of complaints the failure by Cox & Palmer and Canada Post to destroy the notes each made in reviewing the Documents. Meanwhile, Canada Post placed heavy reliance on its entitlement to representation by the law firm of its choice, the absence of any production-related misconduct on its part or on the part of Cox & Palmer and the inconsequential effect of the inadvertent production having regard to the discoverability of the factual information contained in the Documents.

[32] In the course of his reasons for judgment, the motion judge reviewed and purported to apply the principles espoused in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, [1990] S.C.J. No. 41 (QL) and *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 189, [2006] S.C.J. No. 35 (QL), 2006 SCC 36. In *MacDonald Estate*, the Court held that, typically, motions for a law firm's removal as solicitors of record on the basis of a disqualifying conflict of interest require two questions to be answered: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand?; and (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client? In *Celanese*, the Court settled upon six factors to be considered when counsel's removal as solicitor of record is sought in circumstances where he or she has inadvertently come into possession of a document containing privileged communications between an adverse party and its solicitor. Those factors are: (1) how the documents came into the possession of counsel; (2) what counsel did upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege; (3) the extent of review made of the privileged documents; (4) the contents of the solicitor-client communications and the degree to which they are prejudicial; (5) the stage of the litigation; and (6) the potential effectiveness of a firewall or other precautionary steps to avoid mischief.

[33] The motion judge was satisfied the two questions formulated in *MacDonald Estate* stood to be answered in the affirmative. In his view, Cox & Palmer "did receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand, and there is a risk that it will be used to the prejudice of Cormier Plumbing and its insurer" (para. 25). Nevertheless, the judge went on to conclude, after considering and weighing the six factors enumerated in *Celanese*, that the removal of Cox & Palmer was unwarranted. In coming to that conclusion, the motion judge also took into account, at paragraphs 33-35, the discoverability of the information referenced in the Documents:

Another factor, which arises in this matter, is whether Canada Post or Irving might have discovered the information on their own in any event. The Court would

expect that diligent parties would explore the same issues found in the adjuster's report and find the same facts. The parties may have already been attuned to the matters covered in the privileged documents. A companion factor is the documents may be subject to solicitor-client privilege but the facts are not.

In *General Accident Assurance Co., v. Chruz*, 1999 CarswellOnt 2898; 45 O.R. (3d) 321 the Ontario Court of Appeal considered a number of issues related to solicitor-client privilege and how far it went. Doherty J.A., dissenting in part, discusses the issue of whether privilege communications extend to facts at paragraph 90:

90 The privilege extends to communications in whatever form, but does not extend to facts which may be referred to in those communications if they are otherwise discoverable and relevant: *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27 (Can. Ex. Ct.) at 34; *Grant v. Downs* (1976), 135 C.L.R. 674 (Australia H.C.) at 686; R. Manes and M. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham: Butterworths, 1993) at 127-33. For example, even if Mr. Bourret's reports are privileged as a defendant by counter-claim, he may be examined for discovery on steps he, or others on his behalf, took to investigate the fire as well as on observations made and information gathered in the course of that investigation.

*General Accident* was followed in *Catalyst Fund General Partner I Inc. v. Hollinger Inc.*, 2004 CANLII [48699] where C. Campbell J. said at paragraph 13:

[13] Any interested party is at liberty to advise the Inspector in "advance of an electronic search of those subject matters or classes of documents over which privilege may be claimed. I would expect the parties to recognize the principle stated by Doherty J.A. for the Court of Appeal in *General Accident v. Chruz* 1999 CanLII 7320 (ON C.A.), (1999), 45 O.R. (3d) 321 at 347, that facts may exist independently from the communication or document for which privilege is claimed. A claim for privilege does not preclude, or relieve the party

claiming privilege from, the obligation to disclose “facts which may be referred to in these communications if they are otherwise discoverable and relevant”.

See also: *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* [2001] M.J. No. 39; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, [2006] F.C.J. No. 1110, 2006 CarswellNat 1999.

[34] Ultimately, the motion judge found, at para. 36, that removal of Cox & Palmer would be unfair “for an inadvertent error on the part of Economical's lawyer”. In his considered judgment, Canada Post ought not to bear the burden of that error. While acknowledging the removal of an innocent party’s solicitor of record might well be the only appropriate outcome in some cases, the motion judge was satisfied that, on the facts of the case at bar, justice could be achieved by less draconian measures such as those provided in paragraphs 3 and 4 of his order, which read as follows:

[...]

3. The Motion of Economical Mutual Insurance Company and Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc. requiring all parties who received the privileged documents to destroy the documents including any correspondence, notes or reviews which were made of the privileged documents is granted; and
4. The parties who received the privileged documents are precluded from utilizing these documents in any way, but, subject to the above, nothing herein is intended to preclude those parties from establishing the facts which underpin the privileged documents.

E. *The allegations of error and the relief sought on appeal*

[35] In their Notice of Appeal, the appellants contend the motion judge was required by law to remove Cox & Palmer as solicitors of record once he found “the test”

articulated in *MacDonald Estate* was satisfied. They also submit the motion judge committed reversible error: (1) in his application of the controlling factors identified in *Celanese*; (2) in finding it was possible to “arrange a firewall sufficient to protect Economical’s solicitor-client privilege and permit Canada Post’s counsel to remain”; (3) in holding the facts contained in the Documents are not privileged; and (4) in failing to unconditionally and unequivocally prohibit all uses of the Documents and their contents by Canada Post and Cox & Palmer. The appellants seek reversal of the motion judge’s decision to allow Cox & Palmer to continue as solicitors of record for Canada Post. They also ask the motion judge’s decision be varied to prohibit Canada Post and its solicitors from making any use whatsoever of the Documents and their contents. In the alternative, the appellants ask the order issued in the court below be varied by deleting from paragraph 4 the following: “but, subject to the above, nothing herein is intended to preclude those parties from establishing the facts which underpin the privileged documents”.

[36] As for the Irving companies, their Notice of Cross-Appeal alleges reversible error on the part of the motion judge in: failing to consider their interests and the risk of prejudice to them arising from the fact that the adverse parties “have now gained knowledge of, *inter alia*, the underlying facts contained” in the Documents; finding those facts are not privileged and then failing to order their disclosure to them; failing to order an unequivocal and unconditional prohibition on the use of the Documents by Canada Post; and failing to otherwise prescribe a process that would avoid prejudice to them. The Irving companies ask the motion judge’s decision be varied to provide for the immediate disclosure to them of the facts “which underpin the privileged documents”. In the alternative, they ask the decision be varied to provide for a mechanism by which they can be assured that, upon completion of the discovery process, “they have successfully established or determined the discoverable facts contained in the impugned privileged documents”. Like the appellants, they request the elimination of the following words from paragraph 4 of the order under appeal: “but, subject to the above, nothing herein is intended to preclude those parties from establishing the facts which underpin the privileged documents”. The Irving companies urge the substitution of



“alternative wording [...] to address any possible prejudice to [them] by virtue of the fact that, unlike the adverse parties, they do not have ‘actual knowledge of the facts which underpin the impugned documents’”.

## II. Analysis and Decision

[37] Let me begin by recording it has not escaped the Court’s notice that the complaints of misconduct against Canada Post and Cox & Palmer emanate from parties, the appellants, who have themselves flouted the *Rules of Court* in ways that are far from trivial. Indeed, to this date, neither of the appellants has filed and served a duly sworn Affidavit of Documents, as required by Rule 31. One might be forgiven for thinking that filing and serving such a document would have been a priority when it was realized that privileged documents had been mistakenly listed in Schedule A of the draft and inadvertently produced to counsel for Canada Post. If compliance with Rule 31 was not seen as a priority then, surely it should have been when proceedings for the removal of Cox & Palmer as solicitors of record were contemplated. As a matter of common sense, a party seeking remedial measures for an opposing party’s non-compliance with litigation’s accepted norms of conduct ought to come to court with impeccable credentials. The case for that approach is overwhelming where, as here, the measures sought are not only draconian, but seek to remedy an unwanted state of affairs traceable to sloppy practice by counsel for the moving party. In addition, the record reveals another, admittedly more technical violation of the *Rules of Court*, and it is that both the Notice of Motion and the Notice of Appeal were prepared as if the underlying actions were meshed into one, overlooking the fact that no consolidation order has ever been sought. Needless to say, the authority to consolidate proceedings rests with the court, not counsel.

[38] As for the cross-appellants, they find themselves in the unenviable position of quarreling with the order granted in the court below after not only failing to file their own Notice of Motion for “field-leveling” relief but, as well, withdrawing from the hearing. I am at a loss to understand the logic that informed those decisions. If there

are cases in Canadian legal history where a party in the Irving Companies' shoes has succeeded on appeal, they must be few and far between.

[39] Be that as it may, the motion judge disposed of the motion on the merits and I propose to do likewise, albeit with some reticence, in respect of both the appeal and cross-appeal. To do so in a manner compatible with the *Rules of Court*, I would order the consolidation of the two actions for the purposes of the motion in the Court of Queen's Bench and the proceedings in this Court. Parenthetically, I would urge the parties to promptly apply their minds to the advisability of seeking an order consolidating the actions for all other purposes. The well-known advantages of consolidation – simplification of the record and avoidance of duplication – appear to overshadow any possible drawback.

[40] Both here and in the Court of Queen's Bench, the parties stipulated the following: production was inadvertent, the Documents are privileged and the privilege in play is that of solicitor-client. The following reasons for judgment are premised upon that agreed-upon state of affairs.

A. *The motion judge's jurisdiction*

[41] The appellants' Amended Notice of Motion offers no clue as to the source of the motion judge's authority to grant the relief sought: no provision of the *Rules of Court* or the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2 is cited in support and none appears to speak to the matter, at least in explicit terms. Case-law points to the superior court's inherent jurisdiction as the fountainhead for the requisite judicial authority.

[42] In an oft-referenced article entitled "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970) 23 Current Legal Problems 23, at p. 51, I.H. Jacob describes the superior court's inherent jurisdiction as "the reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent

improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them". The author discusses the jurisdiction's *raison d'être* and juridical basis at pp. 27-28:

For the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life-blood, its very essence, its immanent attribute. Without such a power, the court would have form but would lack substance. The jurisdiction which is inherent in a superior court of law is that which enables it to fulfil itself as a court of law. The juridical basis of this jurisdiction is therefore the authority of the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner.

That passage has been quoted approvingly by the Supreme Court of Canada (see *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, [1988] S.C.J. No. 76 (QL), para. 49; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, [1992] S.C.J. No. 98 (QL), para. 87; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, [1995] S.C.J. No. 97 (QL), para. 21; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, [1995] S.C.J. No. 101 (QL), para. 30) and this Court (see *Western Surety Co. v. National Bank of Canada* (1997), 186 N.B.R. (2d) 36 (C.A.), [1997] N.B.J. No. 23 (QL), para. 37).

[43] As the Court pointed out in *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al.* (2002), 251 N.B.R. (2d) 102, [2002] N.B.J. No. 205 (QL), 2002 NBCA 41, at para. 27, the superior court's intrinsic jurisdiction invests it with broad supervisory authority over members of the legal profession and, in the exercise of that authority, the court may order the removal of a lawyer as solicitor of record and restrain him or her from acting as counsel or co-counsel in ongoing litigation:

Lawyers are officers of the court. As such, their conduct in legal proceedings is subject to the court's supervisory jurisdiction. That inherent jurisdiction invests the court

with broad powers over the professional conduct of lawyers, including the power to disqualify a lawyer from acting as solicitor of record for a party to ongoing litigation. *MacDonald Estate* is an example of the exercise of that power. The court's supervisory jurisdiction is very broad. See *Mealey v. Godin et al.* (1999), 221 N.B.R. (2d) 372 (C.A.), at para. 20, and the Law Society of New Brunswick Professional Conduct Handbook, at p. 8. In my view, it includes, not only the power to remove a lawyer as solicitor of record, but, as well, the power invoked by Saint John Shipbuilding, namely to restrain a lawyer from acting as counsel or co-counsel for a party to ongoing litigation.

B. *The Standard of Review*

[44] In refusing to remove Cox & Palmer as solicitors of record for Canada Post and in drawing the other provisions of the order under appeal, the motion judge undoubtedly exercised a discretionary power. Accordingly, the standard of review that this Court is duty bound to apply lies at the most deferential end of the spectrum. The panel may not interfere with the impugned disposition simply because its members would have exercised their discretion differently had they heard the matter in first instance.

[45] In *Beaverbrook Canadian Foundation v. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 N.B.R. (2d) 161, [2006] N.B.J. No. 307 (QL), 2006 NBCA 75, the Court held that a discretionary judicial decision may be interfered with on appeal only if it is *founded upon* an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it. The italicized phrase underscores that appellate review is unconcerned with errors that did not influence the disposition in first instance. See, as well, *Turnbull-Burnight v. CIBC World Markets Inc. et al.* (2007), 318 N.B.R. (2d) 326, [2007] N.B.J. No. 220 (QL), 2007 NBCA 43, per Larlee J.A., at para. 9, and *Spielo Manufacturing Inc. v. Doucet*, [2007] N.B.J. No. 510 (QL), 2007 NBCA 85, at para.13.

C. *Did the motion judge commit a material error of law?*

[46] As mentioned, the appellants contend the motion judge committed reversible error when he allowed Cox & Palmer to continue as solicitors of record after finding the *MacDonald* “test” for removal had been met. In the appellants’ submission, the *Celanese* factors, which the motion judge considered and applied to justify the dismissal of their motion for removal, could not come into play once he found the *MacDonald* test had been satisfied. There are at least two problems with that submission.

[47] First, the appellants mischaracterize the motion judge’s finding. Contrary to the appellants’ assertion, the motion judge did not find the *MacDonald* test for removal had been met. Rather he found the case at hand required him to provide an affirmative answer to the two questions that *MacDonald* suggests typically arise in the context of motions for a lawyer’s removal for conflict of interest: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand?; and (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client? It is axiomatic that an affirmative answer to each of those questions does not necessarily compel the issuance of a removal order. If the law were otherwise, the Supreme Court of Canada would not have bothered with formulating a bundle of additional relevant factors, which is precisely what it did in *Celanese*. In any event, there is another – more fundamental – problem with the appellants’ contention.

[48] The basis for the motion judge’s affirmative answer to each of the two questions posed in *MacDonald* is not readily apparent. If, as the motion judge found, the factual information contained in the Documents is non-privileged and discoverable under Rule 32, it is difficult to imagine what information Cox & Palmer received that might be confidential. Indeed, it would seem there is little if any chance Mr. Girouard’s statement contains references to legal advice, litigation strategy or any other subject that might attract solicitor-client privilege. After all, he was an employee of the storage tank’s servicer, Cormier Plumbing, and it is in that capacity that he attended at the Bouctouche post office shortly after the oil spill’s occurrence. That being so, it is likely his statement

to the adjuster in the spring of 2002 is no different than the factual account of any person present at some pertinent setting, event or occurrence. The bottom line is this: if the factual information recorded in the Documents is discoverable under Rule 32, the risk that it might be used to the prejudice of the appellants is a run-of-the-mill by-product of litigation and it could not provide a principled basis for the removal of Cox & Palmer under any circumstances. The pivotal question is therefore the following: Is the factual information in Mr. Girouard's statement confidential and privileged?

[49] Our *Rules of Court* allow broad informational discovery. Thus, under Rule 32.06(1), a person being examined for discovery may not limit his or her answers to matters within personal knowledge. Rather, that person must answer to the best of his or her knowledge, information and belief any question relating to an issue in the action. Moreover, Rule 32.06(1)(a) provides that a question may not be objected to on the ground that the information sought is evidence. Those testimonial obligations require the disclosure of any factual information communicated in privileged witness statements or reports (see *Susan Hosiery Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; *Ceci v. Bonk* (1992), 7 O.R. (3d) 381, [1992] O.J. No. 380 (QL), (Carthy J.A.); *Landolfi v. Fargione* (2006) 209 O.A.C. 89, [2006] O.J. No. 1226 (QL), at paras. 67-70; *DuPont Canada Inc. v. Emballage St-Jean Ltée* (2000), 102 A.C.W.S. (3d) 299 (C.A.), [2000] F.C.J. No. 2130 (QL), (Richard C.J.); *R. v. Daley*, [2004] N.B.J. No. 385 (QL), 2004 NBQB 367 (Russell J.); *R. v. Stewart McKelvey Stirling & Scales*, [2006] N.B.J. No. 594 (QL), 2007 NBQB 81 (Russell J.); and *Forest Protection Ltd. v. Bayer A.G. et al.* (1998), 206 N.B.R. (2d) 26 (Q.B.), [1998] N.B.J. No. 382 (QL) (P.S. Creaghan J., at paras. 13 and 15)).

[50] Questions on Cormier Plumbing's discovery that seek to shed light on Mr. Girouard's knowledge of any alteration that may have been made to the oil storage tank and to explore the tenor of his pre- and post-spill observations of the site would be proper under Rule 32.06(1). That is so because they clearly relate to an issue in the underlying actions. Likewise, any question designed to identify what the Documents say about these matters and any other relevant factual information would be proper.

[51] Like our Rule 32.06(1), the corresponding provision in the Ontario *Rules of Civil Procedure*, Rule 31.06(1), has been interpreted broadly. Thus, in Ontario, a defendant in a personal injury action must answer at discovery any question with respect to the facts and the supporting evidence revealed through surveillance of the plaintiff, even though that information is set out in privileged witness statements or reports (see, for example, *Sacrey v. Berdan* (1986), 38 A.C.W.S. (2d) 296, [1986] O.J. No. 2575 (QL); *Murray v. Woodstock General Hospital Trust* (1988), 66 O.R. (2d) 129, [1988] O.J. No. 1767 (QL); *Devji v. Longo Brothers Fruit Markets Inc.* (1999), 45 O.R. (3d) 82, [1999] O.J. No. 1542 (QL); and *Walker v. Woodstock* (2001), 142 O.A.C. 53, [2001] O.J. No. 157 (QL)). In the leading case on point, *Sacrey v. Berdan*, Borins D.C.J., later a justice of the Ontario Court of Appeal, makes the following insightful observations regarding oral discovery of factual information in privileged documents:

10 Subrules 31.06(1) to (3) [Our sub-rules 32.06(1) to (3)] have significantly broadened the scope of examination for discovery. Information which prior to the introduction of the Rules of Civil Procedure parties were permitted to withhold must now be disclosed. As Mr. Justice Morden has pointed out in his article, *An Overview of the Rules of Civil Procedure of Ontario (1984-5)*, *Advocates' Q.* 257-330 at p. 260, the general interpretation policy of the Rules of Civil Procedure set forth in r. 1.04(1):

“probably finds its most extensive application in the discovery rules (Rule 30 to 33) and in the offer to settle rule (Rule 49) and involves, at many places, compromises between, on the one hand, providing effective mechanisms for ascertaining the truth and, on the other, not making litigation too cumbersome or expensive.”

11 At p. 283 Mr. Justice Morden identifies several innovations with respect to an examination for discovery, including the Rule that no question may be objected to on the ground that the information sought is evidence. Another innovation, contained in subr. 31.06(2) entitles a party to disclosure of the names and addresses of persons having knowledge of transactions or occurrences in issue in the action, unless the Court orders otherwise. Thus, the identity of potential witnesses is now

discoverable. In my view, there is little doubt that the change occasioned by subr. 31.06(1)(a) [Our sub-rule 32.06(1)(a)] was as a result of the difficulty created by trying to ascertain the very fine line between facts and evidence of which Mr. Justice Holland spoke in the *Spatafora* case. Now a party is entitled to ascertain not only the facts an adverse party proposes to establish at trial, but also the evidence with which he or she intends to prove the facts.

12 It is also important to distinguish between discovery of documents, provided by R. 30 [Our Rule 31], and discovery of information, provided by R. 31 [Our Rule 32]. It was submitted by the defendant that the plaintiff was not entitled to discovery of the information which it seeks on the ground that it is privileged. This, in my view, is incorrect and results from an attempt to apply the provisions of subr. 30.03(2)(b) and, perhaps, r. 30.09, to r. 31.06. As indicated earlier, in her affidavit of documents the defendant objects to the production of the report of Equifax Services Ltd. on the ground that it is privileged as it was prepared in contemplation of litigation. However, the plaintiff does not seek discovery of the report. Subrules 31.06(1) to (3) enable a party to obtain on examination for discovery much of the information contained in a document which is protected from production or discovery on the ground of privilege. Pursuant to these subrules the examining party is entitled to be told of the names and addresses of persons who might reasonably be expected to have knowledge of transactions or occurrences in issue, the substance of their expected evidence, and, unless an undertaking is given not to call an expert as a witness at trial, the names and addresses of experts, engaged by or on behalf of the party examined, together with the findings, opinions and conclusions of the expert. But witness statements and, subject to r. 53.03, experts reports remain privileged from production as constituting part of the lawyer's work product and being a document prepared in contemplation of litigation, respectively.

[...]

19 In the present case, the defendant has taken issue with the nature and extent of the plaintiff's injuries. The whole range of informational discovery is governed by r. 31.06(1), which constitutes a very broad rule as to its



scope. It permits "any proper question relating to any matter in issue in the action ..." The plaintiff's injuries are a "matter in issue" in this case. Therefore, any information "relating" or relevant to the plaintiff's injuries known by the defendant is properly within the scope of informational discovery. Indeed, the paradigm of such information is what the plaintiff was observed to do by a witness undertaking surreptitious surveillance of the plaintiff. Such information is necessary to enable plaintiff's counsel to know the case he has to meet and to avoid surprise at trial. It may also assist plaintiff's counsel in lowering, or increasing, his expectations of the worth of the plaintiff's injuries and may promote settlement of her case. It may well be, and I am not deciding this, that the person who conducted the surveillance may himself or herself be examined for discovery in the appropriate circumstances pursuant to r. 31.10 [Our Rule 32.10]: cf., *Weiszman v. 491 Lawrence Avenue W. Ltd.*, (1985), 5 C.P.C. (2d) 160.

[52] The appellants protest that privilege over a document means nothing unless the contents are also privileged and beyond discovery. I disagree for the reasons offered in *Sacrey v. Berdan*, at para. 12, and would add the following observations on point.

[53] It is not difficult to imagine a case where a privileged document might contain references to matters that are privileged (e.g. legal advice, discussion of litigation strategy etc.) and matters that are not (e.g. factual information). No one would argue that, in those circumstances, the privilege over the document itself becomes meaningless when the factual information it contains is disclosed to the opposing parties at discovery. Moreover, no litigation specialist would take issue with the proposition that cross-examination in relation to information contained in a privileged document is far more problematic when it is undertaken without the document itself in hand and solely on the basis of a discovery transcript. In any event, the notion that discovery of the contents of a privileged document does not *ipso facto* render nugatory the privilege over the document itself is far from heretical. Rule 32.06(3) is enlightening in that regard.

[54] Rule 32.06(3) provides that, in specified circumstances, a party may obtain discovery of any pertinent finding, opinion and conclusion of an expert engaged or consulted by or on behalf of the party being examined. The disclosure of that information does not operate to require the production at discovery of any report over which privilege has been asserted (see *Reilly v. Paul* (2006), 305 N.B.R. (2d) 146, [2006] N.B.J. No. 380 (QL), 2006 NBCA 84, at paras. 27-28, and *Fougère et al. v. Clements et al.* (2007), 311 N.B.R. (2d) 368, [2007] N.B.J. No. 18 (QL), 2007 NBCA 4, at paras. 30-31). It may well be that no practical advantage stands to be gained by maintaining the claim of documentary privilege, but the *Rules of Court* allow for it, thereby recognizing the clear distinction between documentary and informational privilege.

[55] A related procedural point needs to be emphasized: absent a *Rules*-compliant disclosure of the factual information contained in the Documents, Rule 32.10 could be invoked to compel Mr. Girouard's examination under oath. The pertinent part of Rule 32.10 reads as follows:

32.10 Discovery Where Leave Is Required	32.10 Interrogatoire sur permission requise
(1) The court may grant leave, on such terms respecting costs and other matters as are just, to examine for discovery any person who there is reason to believe has information relevant to a material issue in the action.	(1) La Cour peut accorder, aux conditions qu'elle estime justes relativement aux dépens et à d'autres matières, la permission d'interroger au préalable toute personne si la cour a des raisons de croire qu'elle possède des renseignements pertinents sur une question déterminante du litige.
(2) An order under paragraph (1) shall not be made unless the court is satisfied that	(2) La cour ne rend une ordonnance en application du paragraphe (1) que si elle est convaincue
(a) the party making the motion has been unable to obtain the information from other persons whom he is entitled to examine for discovery, or from the person he seeks to examine;	a) que l'auteur de la motion n'a pas été en mesure d'obtenir les renseignements des autres personnes qu'il a le droit d'interroger au préalable, ou de la personne qu'il cherche à interroger;
(b) it would be unfair to require the party making the motion to proceed to trial	b) qu'il serait injuste d'exiger que le procès suive son cours sans que l'auteur de la

without having the opportunity of motion ait eu la possibilité d'interroger  
examining the person; and cette personne; et

(c) the examination will not c) que l'interrogatoire n'aura pas pour effet

(i) unduly delay the commencement of the trial of the action, (i) de retarder indûment le début du procès,

(ii) entail unreasonable expense for other parties, or (ii) d'entraîner des dépenses exagérées pour les autres parties, ou

(iii) result in unfairness to the person whom the party making the motion seeks to examine. (iii) de causer une injustice à la personne que l'auteur de la motion cherche à interroger.

[...]

[...]

At any such examination, Mr. Girouard would be bound to answer fully and truthfully all properly formulated questions regarding the factual information in the Documents.

[56] Finally, no one has drawn to our attention any legislative provision or common law principle that might prevent Canada Post from re-interviewing Mr. Girouard to ascertain whether and to what extent, if any, his statement in the spring of 2002 differs from what he said in his July 2001 interview. That being so, it is not entirely obvious what prejudice the appellants might have suffered as a result of the Documents' unintended production even if the contents had not been discoverable under Rule 32.

[57] At the end of the day, one is driven to conclude that the inadvertent production of the Documents probably operated to do no more than this: it acquainted Canada Post and Cox & Palmer with information they would have acquired, sooner or later, as the litigation unfolded. The law would be in a sad state if accelerated acquaintance with non-privileged information, in circumstances such as those that avail here, sufficed to bring about the principled removal of a solicitor of record.

D. *Did the motion judge commit reversible error in his application of the Celanese factors?*

[58] The motion judge acknowledged that a *Celanese* analysis will almost invariably require a consideration of the contents of the privileged document at issue. However, he was satisfied the case at hand is exceptional and that Economical Mutual's motion could be fairly considered and determined without a review of the Documents. None of the grounds articulated in the Notice of Appeal and the Notice of Cross-Appeal take issue with that finding. In those circumstances, it behooves this Court to pass upon the disposition under appeal on the basis of the record considered by the motion judge.

[59] It seems beyond debate that the motion judge's *Celanese* analysis necessarily presupposes an assumption on his part that the Documents do contain a privileged communication of some sort. With respect, such an assumption is far from intuitive having regard to the nature of the key privileged document at issue, namely, as I have underscored, a statement, in all likelihood exclusively fact-focused, by an employee of the storage tank servicer who attended at the mishap site in the spill's aftermath. While prepared to join in that admittedly questionable assumption solely for the purpose of addressing the main submissions of the appellants and the cross-appellants, I do so on the understanding that whatever privileged communication might be found in the Documents likely does not touch upon legal advice or litigation strategy. That said, I turn to the application of the *Celanese* factors.

[60] As noted, *Celanese* articulates six factors to consider when a document containing privileged solicitor-client communications is mistakenly provided to an opposing party's counsel: (1) how the document came into the possession of counsel; (2) what counsel did upon recognition that the document was potentially subject to solicitor-client privilege; (3) the extent of the review made of the privileged document; (4) the contents of the solicitor-client communications and the degree to which they are prejudicial; (5) the stage of the litigation; and (6) the potential effectiveness of a firewall

or other precautionary steps to avoid mischief. The motion judge dealt with each factor as follows:

26 The first factor is how the documents came into the possession of Canada Post and their counsel. Without being overly repetitive, they were inadvertently listed on Schedule "A" of the Affidavit of documents and inadvertently sent to opposing counsel. It should be noted that counsel for Canada Post, simply requested copies of documents listed in Schedule "A." The inadvertence rests squarely and only with counsel for Economical.

27 The second factor relates to the actions of the solicitors after recognizing the documents were potentially subject to solicitor-client privilege. In this case, both parties destroyed the documents, however, it only took the solicitor for Irving a short period of time to recognize the documents for what they were, while it took a lengthier period of time for Canada Post's solicitor to make the determination and destroy the documents. In their defence, the documents were listed in Schedule "A" and forwarded to them without any indication that they were privileged. It is curious, however, that one lawyer knew immediately while the other did not.

28 The third factor is the extent of the review made of the privileged material. It is clear that Canada Post and their lawyer have extensively reviewed the privileged documents and made notes arising from that review.

29 The fourth factor is more difficult to answer. The Court has not reviewed the documents themselves. It was submitted by Counsel for Canada Post that if I was to review the documents, I should review them in their presence so that they could confirm just exactly what documents I was reviewing and whether they were the same ones they received. I gather from the affidavit evidence before the Court that the documents potentially reveal that a former employee of Cormier Plumbing may now be changing his position on certain events. This could be prejudicial to Cormier Plumbing and Economical's case. I have elected not to review the documents as I do not believe it is necessary. I recognize that case law suggests I should, however, I believe I have

sufficient information to decide this case without such a review.

30 The fifth factor concerns the stage of the litigation. The oil spill occurred in April, 2001, there is an amended Notice of Action with Statement of Claim attached dated February 11, 2005. Discoveries have been carried out and obviously there has been an exchange of documents. Further discovery may be necessary but I suspect the matter is close to being entered for trial.

31 The sixth and final factor is that of protective firewalls to avoid mischief. This factor seems more difficult to deal with, because both counsel and Canada Post have knowledge of what was in the document. Even if I were to remove present counsel, Canada Post still possesses the knowledge.

32 At paragraphs 33 and 34 of the *Celanese Canada* decision, Mr. Justice Binnie explains, the range of remedies:

Much of the argument before us about privileged documents turned on a supposed “spectrum” of situations. At one end of the spectrum, it was said, lie the “inadvertent disclosure” cases, where one party’s counsel receives a privileged document due to an error of opposing counsel, for example a letter is faxed or e-mailed to the wrong party. In such cases, the remedy is often limited to an order requiring the document, which is clearly identified, to be deleted or returned and a direction that no use is to be made of it. At the other end of the spectrum is said to be the “moving solicitor” or “merging firm” cases, where counsel who has acted for a client ends up at a law firm that is acting for an opposing party -- as in *MacDonald Estate* itself. In the latter cases, the precise confidences seen or heard by the moving solicitor may not be readily determined. Unless adequate measures have been taken (usually in advance) to avoid “tainting” the new firm, the remedy is frequently disqualification. I agree with the intervener Advocates’ Society that the emphasis on “inadvertence” is overly simplistic. As the Society submits:

The notion of “inadvertence” is also analytically unhelpful because it conflates two questions that should be distinct: (a) how did the documents come into the possession of [Celanese] or its counsel; and (b) what did [Celanese] and its counsel do upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege.

Whether through advertence or inadvertence the problem is that solicitor-client information has wound up in the wrong hands. Even granting that solicitor-client privilege is an umbrella that covers confidences of differing centrality and importance, such possession by the opposing party affects the integrity of the administration of justice. Parties should be free to litigate their disputes without fear that their opponent has obtained an unfair insight into secrets disclosed in confidence to their legal advisors. The defendant's witnesses ought not to have to worry in the course of being cross-examined that the cross-examiner's questions are prompted by information that had earlier been passed in confidence to the defendant's solicitors. Such a possibility destroys the level playing field and creates a serious risk to the integrity of the administration of justice. To prevent such a danger from arising, the courts must act “swiftly and decisively” as the Divisional Court emphasized. Remedial action in cases such as this is intended to be curative not punitive.

Clearly, we are at the end of the spectrum dealing with inadvertent disclosures and it would appear that Binnie J. considered this the more minor disclosure. I believe it is perhaps capable of remedy.

[61] The appellants submit the motion judge's analysis is flawed in the following respects: (1) it does not take into consideration the conduct of Canada Post and Cox & Palmer after they were advised the Documents were privileged; (2) it wrongly assumes counsel for the Irving companies received a copy of the Documents; (3) it rests upon the mistaken finding that the underlying actions are nearly ready for trial; and (4) it

leads to an unreasonable result, the continued involvement of Cox & Palmer coupled with the opposing parties' entitlement to "establish the facts which underpin the privileged documents". I respectfully disagree with those submissions for the following reasons.

[62] The motion judge's reasons for judgment make plain he did take into consideration the post-production conduct of Canada Post and Cox & Palmer. On that score, one need only recall the motion judge's skepticism vis-à-vis the claim that neither Canada Post nor Cox & Palmer had any inkling the Documents were privileged when their review was undertaken. However, at the time of the hearing in the court below, both Canada Post and Cox & Palmer had rid themselves of the Documents and any copies. Moreover, it was confirmed at the hearing in this Court that both have destroyed their review notes in compliance with the order under appeal. In my respectful view, there is no merit to the first submission.

[63] The second submission is well founded to some extent. The motion judge did misapprehend the evidence in finding counsel for the Irving Companies received a copy of the Documents. On the evidence, the contrary is apodictic. That said, although the error is palpable, it is not "overriding" (see *D.L.M. v. J.A.M.*, [2008] N.B.J. No. 9 (QL), 2008 NBCA 2, per Larlee J.A., at paras. 11-12). That is so because the motion judge's flawed grasp of the evidence included the understanding that counsel for the Irving companies had, immediately upon receipt of the Documents, realized they were privileged and abstained from acquainting himself with the contents. In the end, the motion judge saw his way clear to the correct key conclusion: at no time did counsel for the Irving companies become privy to the contents of the Documents.

[64] The third submission is also unsustainable. Hereinabove, under "The Background", I painstakingly review the several steps taken in the underlying actions. I do so for two reasons: (1) to facilitate an understanding of the litigious issues; and (2) to highlight the fact that the litigation has progressed well beyond its early stages. The pleadings are closed subject to the ripple effects of any court-ordered consolidation. Moreover, significant oral and documentary discovery has taken place. While



acknowledging that some other preliminary steps may need to be completed, the motion judge inclined to the view that “the matter is close to being entered for trial” (para. 30). I find no fault with that assessment, although judicial involvement by way of case management might help expedite the resolution of this longstanding litigation.

[65] The fourth submission fares no better. In my judgment, the motion judge’s disposition is fair to all stakeholders in that it protects Canada Post’s *prima facie* entitlement to representation by the solicitors of its choice, while restoring, to the extent reasonably achievable, the *status quo ante* the inadvertent production. Like the motion judge, I have no doubt that, under the circumstances, the removal of Cox & Palmer as solicitors of record for Canada Post would be unfair.

[66] As for the cross-appeal, it is equally bereft of merit. Discovery pursuant to Rule 32 is the tool *par excellence* to level the playing field, its remedial role having been explicitly preserved by the following phrase in paragraph 4 of the order under appeal: “but, subject to the above, nothing herein is intended to preclude those parties from establishing the facts which underpin the privileged documents”.

### III. Disposition

[67] It is for the reasons outlined above that the Court dismissed both the appeal and the cross-appeal after hearing counsel for the appellants and the cross-appellants, and without calling upon counsel for the respondent Canada Post to respond. As mentioned, those reasons are premised upon the following agreed-upon stipulations: production of the documents at issue was inadvertent; the documents in question are privileged; and the privilege in play is that of solicitor-client.

[68] I would wrap up the proceedings in this Court by ordering the appellants and cross-appellants to each pay to Canada Post one set of costs in the amount of \$5,000.00.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

[1] La responsabilité civile au titre d'une fuite de mazout de chauffage d'un réservoir extérieur est au centre du litige dont découlent les présents appel et appel reconventionnel. Dans les actions sous-jacentes, la Société canadienne des postes sollicite une indemnisation relativement à la contamination, par suite du déversement en question, de ses locaux commerciaux de Bouctouche, au Nouveau-Brunswick, auprès de trois parties : (1) l'entreprise qui effectuait l'entretien du réservoir, l'appelante Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc.; (2) la compagnie qui fournissait le mazout de chauffage, savoir une des auteures de l'appel reconventionnel, Irving Oil Company, Limited; et (3) l'autre auteure de l'appel reconventionnel, Irving Oil Limited, à titre de successeure et ayant droit de Irving Oil Company, Limited. Ci-après, le descripteur « compagnies Irving » est employé pour désigner collectivement les auteures de l'appel reconventionnel. En ce qui concerne l'autre appelante, Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, elle est l'assureur de Cormier Plumbing et elle est mentionnée comme partie dans chacune des deux actions sous-jacentes conformément à l'art. 104.1 de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12.

[2] Comme on le verra davantage à la lecture du texte qui suit, la présente instance est le sous-produit de la communication involontaire, par les avocats des appelantes, de documents privilégiés, dont le principal est la déclaration d'un témoin, aux avocats commis au dossier de Postes Canada. Le cabinet auquel appartenaient les avocats en question a ultérieurement fusionné avec un autre cabinet pour devenir le cabinet Cox & Palmer. Dans l'appel et l'appel reconventionnel, on conteste une ordonnance interlocutoire ayant comme objet manifeste d'établir une série de mesures visant à réduire au minimum tout préjudice susceptible de découler de cette communication par inadvertance tout en respectant le choix qu'a fait Postes Canada de retenir les services de Cox & Palmer comme avocats commis à son dossier (voir [2007] A.N.-B. n° 364 (QL), 2007 NBBR 328). La principale prétention des appelantes est que les conclusions de fait incontestées du juge saisi de la motion et la conduite qu'a adoptée le cabinet Cox &

Palmer après la communication en question rendent nécessaire, en droit, la déclaration d'inhabilité de ce cabinet à occuper. En ce qui concerne les compagnies Irving, dont aucune n'a reçu une copie des documents privilégiés en question (les « documents contestés »), leur principale objection à l'ordonnance qui a été rendue devant le tribunal d'instance inférieure est l'omission de ce dernier de mettre en place un mécanisme qui équilibrerait les forces en leur faveur.

[3] Après avoir entendu les avocats des appelantes et des compagnies Irving, la Cour a rejeté l'appel et l'appel reconventionnel sans demander à l'avocat de Postes Canada de répondre. Les parties ont alors été informées que des motifs écrits suivraient. Voici maintenant ces motifs.

I. Le contexte

[4] À la fin d'avril 2001, une certaine quantité de mazout de chauffage a fui d'un réservoir extérieur qui avait été installé quelques années auparavant pour alimenter l'installation de chauffage au bureau de poste de Bouctouche. Postes Canada prétend que la contamination qui en a résulté a causé des dommages « catastrophiques » aux lieux et à la couche souterraine de sol.

A. *Les actions sous-jacentes*

[5] Le 18 avril 2002, Postes Canada a introduit contre Cormier Plumbing une action en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle dans laquelle elle sollicitait des dommages-intérêts au titre du coût de la restauration du site contaminé et de la diminution de la valeur de son bien. L'exposé de la demande contient les allégations suivantes en matière de responsabilité : (1) en 1994, ou vers cette année, Postes Canada a passé un contrat avec Cormier Plumbing en vue de l'entretien de son réservoir de mazout au bureau de poste de Bouctouche et (2), quelque temps avant la fuite, Cormier Plumbing, en violation de ses obligations contractuelles et de son devoir de diligence en common law, a modifié le réservoir en utilisant des matériaux non conformes aux normes

et a ainsi causé la fuite de mazout et la contamination qui en a résulté. L'exposé de la demande précise, en termes identiques, la violation de contrat et la négligence dont Cormier Plumbing se serait rendue coupable, savoir qu'elle aurait : modifié le réservoir d'une façon irrégulière en déplaçant la conduite d'aspiration et la conduite de retour qui étaient situées au haut du réservoir pour les installer au bas du réservoir, omis d'utiliser le bon matériau à souder pour apporter les modifications et omis de prévenir Postes Canada du danger que présentaient les modifications.

[6] Cormier Plumbing ayant omis de présenter une défense dans l'action, son défaut à été constaté.

[7] Le 16 décembre 2002, Economical a été ajoutée comme partie conformément à l'art. 104.1 de la *Loi sur les assurances*. Comme on pouvait s'y attendre, l'ordonnance habilitante dispose qu'Economical sera liée par le jugement rendu au procès opposant Postes Canada et Cormier Plumbing et que [TRADUCTION] « la question du droit que [Cormier Plumbing] peut exercer contre [Economical] ne sera pas tranchée au procès mais après celui-ci, de la façon dont la Cour ou un de ses juges pourra l'ordonner ».

[8] Le 7 avril 2003, Economical a déposé une défense à la mise en cause dans laquelle elle prétendait que la négligence suivante de la part du fournisseur de mazout avait contribué à accroître l'ampleur du sinistre causé par le déversement : le fournisseur avait omis d'inspecter le réservoir et ses conduites de mazout au moment de la livraison, il avait livré d'importantes quantités de mazout de chauffage [TRADUCTION] « sur une courte période alors qu'il savait ou aurait dû savoir que dans le passé, les livraisons étaient effectuées régulièrement, tous les mois », il avait omis de déterminer la cause des livraisons de mazout en dehors de [TRADUCTION] « la période normale de réapprovisionnement » et il avait omis de constater, au moment de la livraison, que du mazout s'échappait du réservoir.

[9] Le 5 mai 2006, la constatation du défaut de Cormier Plumbing a été annulée et Economical a obtenu l'autorisation de déposer et de signifier une mise en cause subséquente à l'encontre des compagnies Irving. Dans cette mise en cause subséquente, Economical impute la responsabilité, pour rupture de contrat et pour négligence, aux compagnies Irving et sollicite une contribution ou une indemnisation relativement à l'indemnité que Cormier Plumbing pourrait être contrainte de verser à Postes Canada. Economical prétend que les compagnies Irving ont violé le contrat d'approvisionnement en mazout qu'elles avaient passé avec Postes Canada en [TRADUCTION] « [n]e déterminant pas la quantité de mazout de chauffage dont a habituellement besoin le bureau de poste de Bouctouche » et en [TRADUCTION] « livrant une quantité de mazout considérablement supérieure à celle qui était habituellement nécessaire sans déterminer la raison d'une aussi forte augmentation de la consommation ». Elle prétend également que les compagnies Irving ont fait preuve de négligence [TRADUCTION] « en ne se rendant pas compte que le bureau de poste de Bouctouche n'avait pas besoin de la quantité excessive de mazout qui a été livrée », [TRADUCTION] « en n'enquêtant pas sur la raison d'une aussi forte augmentation de la consommation de mazout de chauffage », [TRADUCTION] « en ne constatant pas et [...] en omettant de révéler aux employés du bureau de poste de Bouctouche, le piètre état dans lequel se trouvait la conduite du réservoir » et [TRADUCTION] « en n'exerçant pas une surveillance convenable pendant la livraison du mazout et, de ce fait, en ne remarquant pas le déversement du mazout dans le sol ».

[10] Le 27 juillet 2006, les compagnies Irving ont déposé, relativement à la mise en cause subséquente, un exposé de la défense conjoint dans lequel elles niaient toute responsabilité.

[11] L'interrogatoire préalable a commencé le 18 décembre 2003.

[12] Le 21 février 2005, Postes Canada a engagé une action en dommages-intérêts contre Irving Oil Company, Limited. Dans l'exposé de sa demande, Postes Canada prétend qu'Irving Oil Company a contribué à accroître l'ampleur des

dommages imputables au déversement à la fois en violant son contrat d'approvisionnement en mazout et en manquant à son devoir de diligence en common law. Elle affirme qu'il y a eu violation du contrat du fait que Irving Oil Company a omis de [TRADUCTION] « détermin[er] la quantité de mazout de chauffage dont a habituellement besoin le bureau de poste de Bouctouche » et a livré [TRADUCTION] « une quantité de mazout considérablement supérieure à celle qui était habituellement nécessaire sans déterminer la raison d'une aussi forte augmentation de la consommation ». L'exposé de la demande donne ensuite des précisions sur la négligence dont Irving Oil se serait rendue coupable, précisions qui sont identiques, à toutes fins utiles, à celles données par Economical dans la première action.

[13] Le 21 février 2006, Postes Canada a déposé un avis de poursuite modifié accompagné d'un exposé de la demande modifié à seule fin d'ajouter Irving Oil Limited comme défenderesse. Les compagnies Irving ont ensuite déposé un exposé de la défense conjoint dans lequel elles niaient toute responsabilité. Elles ont également fait délivrer, à l'encontre de Cormier Plumbing, un avis de mise en cause dans lequel elles sollicitaient une contribution ou une indemnité.

[14] Le 25 mai 2006, Economical a de nouveau été, avec la permission de la Cour, ajoutée comme partie conformément à l'art. 104.1 de la *Loi sur les assurances*. L'ordonnance habilitante contient des dispositions semblables à celles que l'on trouve dans l'ordonnance correspondante délivrée dans la première action de Postes Canada, celle qu'elle a engagée contre Cormier Plumbing. Economical a ultérieurement déposé une défense à la mise en cause subséquente dans laquelle elle niait toute responsabilité de la part de Cormier Plumbing et réitérait ses allégations de violation de contrat et de négligence de la part des compagnies Irving ainsi que les précisions données relativement à ces allégations.

[15] L'interrogatoire préalable a repris le 24 octobre 2006, les parties ayant toutes convenu qu'il s'appliquerait aux deux actions.

[16] Pour des raisons qui demeurent obscures, il n'y a pas encore eu fusion des actions.

B. *Les documents contestés et leur communication par inadvertance au cabinet Cox & Palmer*

[17] Quelque temps après la fuite de mazout qui a eu lieu à la fin d'avril 2001, Thierry Girouard, employé de Cormier Plumbing, s'est rendu sur les lieux du déversement. En l'absence d'éléments de preuve établissant le contraire, on peut tenir pour acquis, sans crainte de se tromper, qu'il a alors inspecté le réservoir.

[18] Le 5 juillet 2001, des représentants de Postes Canada ont interviewé M. Girouard. Cette entrevue a été enregistrée et Postes Canada n'a pas revendiqué de privilège sur les audiocassettes en question; elle les a mentionnées à l'annexe A de son affidavit des documents.

[19] Le 30 avril 2002, M. Girouard a remis une déclaration manuscrite à un expert en sinistres de East Coast Claims Services Inc., un cabinet d'experts en sinistres qui agissait pour le compte du cabinet d'avocats représentant les appelantes. Le lendemain, M. Girouard a signé une version dactylographiée de cette déclaration. Il a également dessiné un diagramme qui, semble-t-il, complète sa déclaration. Ces documents, ainsi qu'une traduction non officielle de la déclaration, ont été joints à un rapport daté du 3 mai 2002 que le cabinet d'experts en sinistres a remis à l'avocat des appelantes. Les parties reconnaissent que les appelantes avaient l'intention de revendiquer le privilège du secret professionnel de l'avocat relativement aux documents contestés et que ce privilège empêche la communication de chacun de ces documents.

[20] En prévision des interrogatoires préalables qui devaient avoir lieu le 24 octobre 2006, l'avocat des appelantes a remis un projet d'affidavit des documents non signé aux avocats des parties adverses. Les documents contestés étaient énumérés à



l'annexe A comme documents non privilégiés. Ils portaient les cotes suivantes et étaient ainsi décrits :

A-16	30 avril 2002	Déclaration manuscrite de Thierry Girouard
A-17	1 <sup>er</sup> mai 2002	Déclaration dactylographiée et signée de Thierry Girouard
A-18	1 <sup>er</sup> mai 2002	Traduction non officielle de la déclaration de Thierry Girouard
A-19	1 <sup>er</sup> mai 2002	Diagramme de Thierry Girouard

Le rapport de l'expert en sinistres auquel les documents contestés étaient initialement joints était mentionné comme document privilégié à l'annexe B, sans qu'il soit fait mention de quelconques pièces jointes.

[21] Le 17 octobre 2006, le projet d'affidavit des documents a été remis à Gregory A. MacLean, du cabinet Clark Drummie, maintenant devenu Cox & Palmer, ainsi qu'à l'avocat des compagnies Irving. Puisque l'interrogatoire préalable devait avoir lieu sous peu, M<sup>e</sup> MacLean a immédiatement demandé une copie de certains documents mentionnés à l'annexe A, dont les documents contestés, savoir les documents A-16 à A-19. Les documents demandés ont été communiqués le 18 octobre 2006.

C. *Les répercussions de la communication par inadvertance*

[22] Pendant qu'il se préparait en vue de l'interrogatoire préalable du 24 octobre 2006, qui approchait rapidement, l'avocat des appelantes s'est rendu compte que les documents contestés avaient été communiqués à l'avocat de Postes Canada. Au début de l'interrogatoire préalable, il a expliqué, et cela est consigné au dossier, que les documents en question étaient privilégiés, qu'ils auraient dû être mentionnés à l'annexe

B, tout comme le rapport de l'expert en sinistres auquel ils étaient joints, et que c'était par inadvertance qu'ils avaient été divulgués. Il a ensuite demandé que Postes Canada et le cabinet Cox & Palmer retournent les documents contestés et s'engagent à s'abstenir d'en faire des copies et d'utiliser les renseignements qui y étaient contenus. À ce moment-là, M<sup>e</sup> MacLean, que rien ne laissait croire que cette revendication de privilège serait faite, a seulement accepté de renoncer à interroger le représentant de Cormier Plumbing, savoir Euclide Cormier, relativement aux documents contestés.

[23] Le 24 octobre 2006, l'avocat des appelantes a écrit à M<sup>e</sup> MacLean une lettre dans laquelle il lui demandait de détruire [TRADUCTION] « la déclaration de Thierry Girouard » et soulignait que dans [TRADUCTION] « l'arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, le juge Binnie, qui rendait le jugement de la Cour, a dit que la réparation normale, lorsqu'un document privilégié est divulgué par inadvertance à la partie adverse, consiste à ordonner à l'avocat (ou à la partie) à qui le document a été communiqué par inadvertance de rendre le document, de le détruire ou de ne pas l'utiliser ». Le 27 octobre 2006, l'avocat des appelantes a de nouveau demandé qu'on lui confirme la destruction des documents contestés.

[24] Le 30 octobre 2006, M<sup>e</sup> MacLean lui a répondu et l'a informé que ni lui ni sa cliente n'avaient détruit les documents contestés parce qu'ils examinaient leurs obligations à cet égard. Après avoir indiqué qu'il lui préciserait sa position sur la question en temps utile, M<sup>e</sup> MacLean a ajouté les observations suivantes, qui sont lourdes de sens :

[TRADUCTION]

Comme je, soussigné, vous l'ai déjà dit verbalement, les « dommages » ont, dans une large mesure, déjà été causés en ce sens que j'ai parfaitement assimilé la teneur de la déclaration en question puisqu'elle était en ma possession depuis environ cinq jours lorsque j'ai été informé qu'elle soulevait certaines préoccupations. De même, ma cliente avait elle aussi reçu une copie de la déclaration afin qu'elle l'examine avant que l'on attire son attention sur de quelconques préoccupations imputables au fait que nous soyons en possession de la déclaration en question. Il est

évident que nous ne pouvons désapprendre des choses que nous savons déjà.

[...]

Le mardi qui a précédé l'interrogatoire préalable, on a livré à nos bureaux un projet d'affidavit des documents dans lequel la déclaration était mentionnée à titre de document non privilégié. N'ayant absolument aucune raison de mettre cela en doute, nous avons demandé qu'on nous fournisse une copie de ce document ainsi que d'autres documents énumérés dans votre annexe A. Nous avons reçu ces documents le mercredi qui a précédé les interrogatoires préalables.

[...]

En l'espèce, c'est de propos délibéré que le personnel de votre bureau nous a fait parvenir le document qui nous a été envoyé et notre cabinet et notre cliente ont reçu les documents en question sans aucune mention donnant à penser qu'un privilège était exercé sur ceux-ci ou que c'était par erreur que nous les avons reçus.

[25] Dans une lettre qu'il a fait parvenir à l'avocat des appelantes le 8 février 2007, M<sup>c</sup> MacLean a répété que sa cliente et lui avaient tous deux reçu et examiné la déclaration de M. Girouard sans jamais se douter qu'elle était privilégiée et il a ajouté que [TRADUCTION] « tous les actes qu'a accomplis votre bureau jusqu'au matin du premier jour des interrogatoires préalables appuyaient le fait que la déclaration en question ne devait pas être considérée comme privilégiée ». Il a ensuite fait observer que bien qu'il fût possible que la déclaration elle-même ait été privilégiée, c'est à bon droit que l'on aurait pu poser des questions à M. Cormier à l'interrogatoire préalable concernant sa [TRADUCTION] « connaissance personnelle du souvenir que gardait M. Girouard des événements ». M<sup>c</sup> MacLean expliquait ensuite qu'il avait détruit toutes les copies de la déclaration se trouvant en sa possession et avait donné comme directives à ses contacts à Postes Canada de faire la même chose. Chose importante, il n'acceptait [TRADUCTION] « aucune restriction aux connaissances acquises par suite de l'examen des déclarations (ou de leurs traductions) » et il n'acceptait pas non plus [TRADUCTION] « de renoncer à

l'utilisation pertinente qui pouvait être faite des renseignements contenus dans la déclaration (par opposition à la déclaration elle-même) aux fins de défendre les intérêts de [Postes Canada] pendant le litige ». M<sup>e</sup> McLean ajoutait qu'en détruisant les copies de la déclaration de M. Girouard, ni lui ni sa cliente n'avaient [TRADUCTION] « implicitement ou explicitement renoncé au droit de [Postes Canada] d'utiliser la déclaration elle-même à son avantage au procès en contre-interrogeant M. Girouard ou M. Cormier pour le cas où [M<sup>e</sup> McLean et sa cliente] obtiendr[ai]ent d'abord une décision de la Cour portant qu'[ils étaient] autorisés à le faire ». Il a clos son analyse à cet égard en enjoignant à l'avocat des appelantes de [TRADUCTION] « conserver une copie de la déclaration dans le dossier de [Cormier Plumbing] jusqu'à la date du procès et pendant le procès pour le cas où [Postes Canada] déciderait de demander à la Cour de statuer sur la question et essaierait d'obtenir un libre accès à la déclaration ».

[26] L'avocat des appelantes a plus tard prétendu que M<sup>e</sup> McLean n'avait pas été tout à fait franc puisque dans sa lettre, il avait omis de mentionner premièrement que lui-même et un représentant de Postes Canada avaient pris des notes détaillées sur le contenu des documents contestés, deuxièmement que ces notes avaient été conservées et troisièmement, que Postes Canada avait tenté de communiquer avec M. Girouard afin de l'interviewer de nouveau.

[27] Dans une lettre datée du 27 février 2007, l'avocat des appelantes a demandé qu'on lui confirme que Postes Canada avait détruit toutes les copies des documents contestés se trouvant en sa possession. Il demandait également [TRADUCTION] « une dernière fois » que Postes Canada s'engage à [TRADUCTION] « ne pas utiliser [...] de quelque façon que ce soit, » les documents contestés avant de préciser que suivant la recommandation qu'il avait faite à Economical, à moins que la confirmation demandée ne soit reçue dans les quinze jours, une demande serait présentée à la Cour en vue de solliciter [TRADUCTION] « la réparation appropriée conformément aux orientations données par la Cour suprême du Canada ». Le 2 mars 2007, M<sup>e</sup> MacLean a réitéré la position qu'il avait adoptée au nom de Postes Canada dans sa lettre du 8 février 2007.

[28] Economical a répondu en s'adressant à la Cour du Banc de la Reine afin d'obtenir des mesures réparatoires. Elle a sollicité : une ordonnance déclarant le cabinet Cox & Palmer inhabile à occuper pour Postes Canada dans les deux actions, une ordonnance enjoignant au cabinet Cox & Palmer, de même qu'à Postes Canada, de détruire toutes les copies des documents contestés et tous les documents, lettres, dossiers et notes créés relativement aux renseignements contenus dans les documents contestés ainsi qu'une ordonnance interdisant à Postes Canada d'utiliser les documents contestés et leur contenu. Economical a également sollicité les mesures réparatoires suivantes pour le cas où la Cour refuserait de déclarer le cabinet Cox & Palmer inhabile à occuper : une ordonnance enjoignant à ce cabinet et à Postes Canada de détruire toutes les copies des documents contestés ainsi qu'une ordonnance leur interdisant d'utiliser les documents contestés et leur contenu, que ce soit à l'interrogatoire préalable ou au procès. Economical a notamment invoqué les moyens suivants à l'appui des ordonnances demandées : les documents contestés avaient été divulgués par erreur; le cabinet Cox & Palmer avait omis de détruire ces documents dès après avoir été informé de leur caractère privilégié; le cabinet Cox & Palmer et Postes Canada avaient tous deux refusé [TRADUCTION] d'« accepter [une quelconque] restriction aux connaissances » qu'ils avaient acquises par suite de l'examen des documents et de renoncer à leur [TRADUCTION] « droit » d'utiliser les documents contestés pendant l'interrogatoire préalable et pendant le contre-interrogatoire au procès et, enfin, l'utilisation des documents contestés et de leur contenu par Postes Canada ou ses avocats serait [TRADUCTION] « très préjudiciable » à Economical et à Cormier Plumbing.

[29] Postes Canada a déposé deux affidavits dans lesquels elle contestait la motion, un fait par Richard Heinrichs, employé au sein de son service de Sécurité générale, et l'autre par M<sup>e</sup> MacLean. Dans son affidavit, M. Heinrichs confirme que bien que les documents contestés et toutes les copies se trouvant en la possession de Postes Canada aient été détruits conformément aux directives de M<sup>e</sup> McLean, il avait pris des notes concernant leur teneur et en avait discuté avec d'autres employés du service de Sécurité générale et du service de Gestion du risque et du contentieux. Selon son témoignage non contredit, il n'avait aucune idée, avant que l'avocat des appelantes ne

l'informe que les documents étaient privilégiés, qu'une telle revendication pourrait être formulée puisque aucun des documents contestés ne portait la mention « confidentiel » et que rien d'autre n'indiquait qu'ils pouvaient être privilégiés d'une façon ou d'une autre. Il dit également qu'à la suite de l'interrogatoire préalable qui a eu lieu à la fin d'octobre 2006, il a essayé, en vain, de communiquer avec M. Girouard dans le but de l'interviewer à nouveau. M<sup>c</sup> MacLean, quant à lui, jure que M. Heinrichs est la seule personne à Postes Canada à qui une copie des documents contestés a été remise. À l'audience, l'avocat de Postes Canada a confirmé que M<sup>c</sup> MacLean avait également réuni et conservé des notes concernant la teneur des documents contestés.

[30]                   Aucune copie des documents contestés n'a été remise aux compagnies Irving ou à leur avocat et ni l'un ni l'autre n'en connaissent la teneur.

*D.       L'audience devant la Cour du Banc de la Reine et la décision qui fait l'objet du présent appel*

[31]                   Dès le début de l'audience devant le tribunal d'instance inférieure, l'avocat des compagnies Irving a quitté la salle d'audience. Pour expliquer cette façon peu orthodoxe d'aborder le litige, il a dit qu'il craignait que la teneur des documents contestés puisse lui être divulguée pendant l'audience. Il s'en est suivi que l'audience a été tenue sans que les compagnies Irving soient représentées. Economical, quant à elle, a exposé plus en détails les moyens qu'elle avait énoncés dans son avis de motion et a ajouté à sa liste de doléances l'omission du cabinet Cox & Palmer et de Postes Canada de détruire les notes que chacun avait prises lorsqu'ils avaient examiné les documents contestés. Pendant ce temps, Postes Canada a fortement insisté sur son droit d'être représentée par le cabinet d'avocats de son choix, sur l'absence d'une quelconque inconduite de sa part ou de celle du cabinet Cox & Palmer dans la divulgation des documents contestés et sur l'incidence insignifiante de la divulgation par inadvertance compte tenu du fait que les renseignements factuels contenus dans les documents contestés étaient susceptibles d'être découverts ou communiqués.

[32] Dans le cadre de ses motifs de jugement, le juge saisi de la motion a examiné et prétendu appliquer les principes adoptés dans les arrêts *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, [1990] A.C.S. n° 41 (QL) et *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, [2006] A.C.S. n° 35 (QL), 2006 CSC 36. Dans l'arrêt *Succession MacDonald*, la Cour a statué que d'ordinaire, les motions en vue d'obtenir une déclaration d'inhabilité d'un cabinet d'avocats à occuper pour cause de conflit d'intérêts soulèvent deux questions : premièrement, l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? Dans l'arrêt *Celanese*, la Cour a retenu six facteurs à examiner lorsque l'on demande qu'un avocat soit déclaré inhabile à occuper dans des circonstances où celui-ci a obtenu possession d'un document contenant des communications privilégiées entre une partie adverse et son avocat qui lui a été divulgué par inadvertance. Ces facteurs sont les suivants : (1) la manière dont l'avocat est entré en possession des documents; (2) les mesures que l'avocat a prises lorsqu'il a constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client; (3) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés; (4) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables; (5) l'étape de l'instance et (6) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice.

[33] Le juge saisi de la motion était convaincu qu'il fallait répondre par l'affirmative aux deux questions formulées dans l'arrêt *Succession MacDonald*. Il était d'avis que le cabinet Cox & Palmer [TRADUCTION] « a appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige et il y a un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment de Cormier Plumbing et de son assureur » (au par. 25). Néanmoins, le juge a ensuite conclu, après avoir considéré et soupesé les six facteurs énumérés dans l'arrêt *Celanese*, qu'il n'y avait pas lieu de déclarer le cabinet Cox & Palmer inhabile à occuper. En arrivant à cette conclusion, le juge saisi de la motion a également tenu compte, aux par. 33 à 35, du fait que les

renseignements énoncés dans les documents contestés étaient susceptibles d'être découverts ou communiqués :

[TRADUCTION]

Un autre des facteurs qui se font jour en l'espèce concerne la question de savoir si Postes Canada ou les compagnies Irving auraient pu, de toute façon, découvrir les renseignements en question par leurs propres moyens. La Cour s'attendrait à ce que des parties diligentes explorent les mêmes questions que celles qui figurent dans le rapport de l'expert en sinistres et découvrent les mêmes faits. Il se peut que les parties soient déjà au fait des questions qui font l'objet des documents privilégiés. Il existe un facteur connexe, savoir [est-ce] qu'il est possible que les documents soient assujettis au privilège du secret professionnel de l'avocat mais que les faits ne le soient pas.

Dans l'arrêt *General Accident Assurance Co. c. Chrusz*, 1999 CarswellOnt 2898, 45 O.R. (3d) 321, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné un certain nombre de questions ressortissant au privilège du secret professionnel de l'avocat et à sa portée. Au paragraphe 90, le juge d'appel Doherty, dissident en partie, a examiné la question de savoir si le privilège applicable aux communications s'applique également aux faits :

[TRADUCTION] 90 Le privilège s'applique à toutes les formes de communications mais il ne s'applique pas aux faits mentionnés si ces faits peuvent être connus par d'autres moyens et s'ils sont pertinents : *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 27 (C. Éch. Can.), à la page 34 ; *Grant c. Downs* (1976), 135 C.L.R. 674 (H.C. de l'Australie), à la page 686; R. Manes et M. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham : Butterworths, 1993) aux pages 127 à 133. Ainsi, même si les rapports de M. Bourret sont privilégiés du fait que celui-ci est défendeur par suite d'une demande reconventionnelle, il peut faire l'objet d'un interrogatoire préalable sur les mesures que lui-même, ou d'autres personnes agissant en son nom, ont prises pour enquêter sur l'incendie ainsi que sur les constatations qui ont été faites et les



renseignements qui ont été recueillis pendant cette enquête.

L'arrêt *General Accident* a été suivi dans la décision *Catalyst Fund General Partner I Inc. c. Hollinger Inc.*, 2004 CANLII 48699, dans laquelle le juge C. Campbell, a dit ce qui suit, au paragraphe 13 :

[TRADUCTION] [13] Toute partie intéressée peut informer l'inspecteur, avant la tenue d'une fouille électronique, des sujets ou types de documents à l'égard desquels un privilège pourra être revendiqué. Je m'attendrais à ce que les parties tiennent compte du principe qu'a énoncé le juge Doherty, au nom de la Cour d'appel, dans l'arrêt *General Accident c. Chrusz*, 1999 CanLII 7320 (C.A. Ont.), 45 O.R. (3d) 321, à la page 347, et selon lequel les faits peuvent exister indépendamment de la communication ou du document à l'égard duquel un privilège est revendiqué. Une revendication de privilège ne dispense pas la partie qui revendique le privilège de l'obligation de divulguer les [TRADUCTION] « faits mentionnés si ces faits peuvent être connus par d'autres moyens et s'ils sont pertinents » ou n'éteint pas cette obligation.

Voir aussi : *Gower c. Tolko Manitoba Inc.* [2001], M.J. No. 39 et *Blank c. Canada (Minister of Justice)*, [2006] A.C.F. n° 1110, 2006 CarswellNat 1999.

[34] Finalement, le juge saisi de la motion a conclu, au par. 36, qu'il serait injuste de déclarer le cabinet Cox & Palmer inhabile à occuper [TRADUCTION] « en raison d'une erreur que l'avocat d'Economical a commise par inadvertance ». Après mûre réflexion, il a estimé que Postes Canada n'avait pas à supporter les conséquences de cette erreur. Tout en reconnaissant que dans certains cas, il était possible que la déclaration d'inhabilité de l'avocat d'une partie innocente soit la seule issue convenable, le juge saisi de la motion était convaincu que d'après les faits de l'instance, justice pouvait être rendue en recourant à des mesures moins draconiennes comme celles qui sont énoncées aux par. 3 et 4 de son ordonnance, lesquels sont ainsi rédigés :

[...]

[TRADUCTION]

3. La motion qu'a présentée Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance et Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc., afin que toutes les parties qui ont reçu les documents privilégiés soient tenues de les détruire, y compris la correspondance, les notes ou les comptes rendus relatifs à ces documents privilégiés est accueillie.
4. J'interdis également aux parties qui ont reçu les documents privilégiés d'en faire quelque usage que ce soit; sous réserve, toutefois, de ce qui précède, il n'y a rien aux présentes qui vise à empêcher ces parties d'établir les faits qui sous-tendent les documents privilégiés.

E. *Les allégations d'erreur et les mesures réparatoires demandées en appel*

[35] Dans leur avis d'appel, les appelantes prétendent que le juge saisi de la motion était tenu, en droit, de déclarer le cabinet Cox & Palmer inhabile à occuper après avoir conclu que l'on avait satisfait au [TRADUCTION] « critère » énoncé dans l'arrêt *Succession MacDonald*. Elles prétendent également que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision : (1) dans son application des facteurs déterminants énoncés dans l'arrêt *Celanese*; (2) en concluant qu'il était possible de [TRADUCTION] « prendre une mesure suffisante pour protéger le privilège du secret professionnel de l'avocat d'Economical tout en permettant au cabinet d'avocats de Postes Canada de continuer d'occuper »; (3) en statuant que les faits exposés dans les documents contestés ne sont pas privilégiés; et (4) en n'interdisant pas d'une façon inconditionnelle et non équivoque à Postes Canada et au cabinet Cox & Palmer d'utiliser de quelque façon que ce soit les documents contestés et leur contenu. Les appelantes sollicitent l'infirmité de la décision du juge saisi de la motion d'autoriser le cabinet Cox & Palmer à continuer d'occuper pour Postes Canada. Elles demandent également que la décision du juge saisi de la motion soit modifiée aux fins d'interdire à Postes Canada et à

ses avocats de faire quelque utilisation que ce soit des documents contestés et de leur contenu. À titre subsidiaire, les appelantes demandent à la Cour de modifier l'ordonnance rendue par le tribunal d'instance inférieure en supprimant la phrase suivante du par. 4 : « sous réserve, toutefois, de ce qui précède, il n'y a rien aux présentes qui vise à empêcher ces parties d'établir les faits qui sous-tendent les documents privilégiés ».

[36] Les compagnies Irving, quant à elles, prétendent, dans leur avis d'appel reconventionnel, que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en ne tenant pas compte de leurs intérêts et du risque qu'elles subissent un préjudice du fait que les parties adverses [TRADUCTION] « ont maintenant pris connaissance des faits sous-jacents, notamment, qui sont énoncés » dans les documents contestés, en concluant que ces faits ne sont pas privilégiés puis en n'ordonnant pas que ces faits leur soient divulgués, en n'interdisant pas d'une façon inconditionnelle et non équivoque à Postes Canada d'utiliser de quelque façon que ce soit les documents contestés et en ne prescrivant pas, par ailleurs, des mesures qui leur éviteraient de subir un préjudice. Les compagnies Irving demandent que la décision du juge saisi de la motion soit modifiée et dispose que les faits [TRADUCTION] « qui sous-tendent les documents privilégiés » leurs soient immédiatement divulgués. À titre subsidiaire, elles demandent que la décision soit modifiée aux fins de prévoir un mécanisme leur permettant d'avoir la certitude qu'à la fin des interrogatoires préalables, [TRADUCTION] « elles auront réussi à établir ou à prendre connaissance des faits qui pouvaient être communiqués et qui sont contenus dans les documents privilégiés contestés ». À l'instar des appelantes, elles demandent que la phrase suivante soit éliminée du paragraphe 4 de l'ordonnance qui fait l'objet du présent appel : [TRADUCTION] « sous réserve, toutefois, de ce qui précède, il n'y a rien aux présentes qui vise à empêcher ces parties d'établir les faits qui sous-tendent les documents privilégiés ». Les compagnies Irving nous pressent de la remplacer par [TRADUCTION] « un autre libellé [...] afin d'obvier à tout préjudice susceptible [de leur] être causé étant donné que contrairement aux parties adverses, elles n'ont pas 'de connaissance réelle des faits qui sous-tendent les documents privilégiés' ».

## II. Analyse et décision

[37] Pour commencer, j'aimerais souligner qu'il n'a pas échappé à l'attention de la Cour que les plaintes d'inconduite formulées contre Postes Canada et le cabinet Cox & Palmer l'ont été par des parties, savoir les appelantes, qui ont elles-mêmes passé outre aux *Règles de procédure* à certains égards et ce, d'une façon qui est loin d'être bénigne. En effet, ni l'une ni l'autre des appelantes n'ont, à ce jour, déposé et signifié un affidavit des documents établi sous serment comme le prescrit la règle 31. On nous pardonnerait sans doute de penser que le dépôt et la signification de ce document auraient dû être prioritaires lorsque l'on s'est rendu compte que des documents privilégiés avaient, par erreur, été mentionnés dans l'annexe A du projet d'affidavit des documents et communiqués par inadvertance à l'avocat de Postes Canada. Si l'observation de la règle 31 n'a pas été considérée comme prioritaire à ce moment-là, elle aurait certainement dû l'être au moment où l'introduction d'une instance afin que le cabinet Cox & Palmer soit déclaré inhabile à occuper a été envisagée. Le simple bon sens veut qu'une partie qui sollicite des mesures réparatoires pour l'inobservation, par une partie adverse, des normes de conduite reconnues en matière de litige doive se présenter devant la Cour avec un dossier sans tache. Les arguments en faveur de cette approche sont irrésistibles lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les mesures demandées sont non seulement draconiennes mais visent à rectifier une situation qui n'est pas voulue et qui est imputable à l'incurie de l'avocat de la partie qui est l'auteure de la motion. De plus, le dossier révèle une autre violation des *Règles de procédure* qui, certes, ressortit davantage au droit strict; il s'agit du fait que l'avis de motion et l'avis d'appel ont tous deux été préparés comme si les actions sous-jacentes avaient été fondues en une seule, ce qui ne tient pas compte du fait qu'aucune ordonnance de fusion des actions n'a été sollicitée. Il va sans dire que c'est la Cour, non pas les avocats, qui a le pouvoir de fusionner des instances.

[38] En ce qui concerne les auteures de l'appel reconventionnel, elles se trouvent dans une position peu enviable, savoir qu'elles contestent l'ordonnance accordée devant le tribunal d'instance inférieure après avoir non seulement omis de déposer leur

propre avis de motion en vue d'obtenir une mesure réparatoire qui équilibrerait les forces mais, en outre, quitté l'audience. Je suis incapable de comprendre la logique qui a orienté ces décisions. S'il existe, dans l'histoire juridique canadienne, des instances où une partie se trouvant dans la même situation que les compagnies Irving a eu gain de cause en appel, elles doivent être rares en effet.

[39]                   Quoi qu'il en soit, le juge saisi de la motion a tranché celle-ci sur le fond et j'entends faire la même chose, quoique avec une certaine réticence, en ce qui concerne à la fois l'appel et l'appel reconventionnel. Pour le faire d'une façon qui soit compatible avec les *Règles de procédure*, j'ordonnerais la fusion des deux actions aux fins de la motion devant la Cour du Banc de la Reine et de l'instance devant notre Cour. Incidemment, je conseillerais vivement aux parties de s'interroger dans les plus brefs délais sur l'opportunité de solliciter une ordonnance fusionnant les actions à toutes les autres fins. Les avantages bien connus de la fusion – savoir qu'elle simplifie le dossier et permet d'éviter les répétitions – semblent l'emporter sur de possibles inconvénients.

[40]                   Tant devant nous que devant la Cour du Banc de la Reine, les parties ont convenu de ce qui suit : la communication a eu lieu par inadvertance, les documents contestés sont privilégiés et le privilège qui s'applique est celui du secret professionnel de l'avocat. Les motifs de jugement suivants sont fondés sur cet état de fait convenu.

A.     *La compétence du juge saisi de la motion*

[41]                   L'avis de motion modifié des appelantes ne donne aucune indication en ce qui concerne la source du pouvoir du juge saisi de la motion d'accorder la mesure réparatoire demandée : aucune disposition des *Règles de procédure* ou de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2 n'est invoquée à l'appui et aucune ne semble directement pertinente, du moins d'une façon explicite. La jurisprudence mentionne la compétence inhérente des cours supérieures comme source du pouvoir judiciaire requis.

[42] Dans un article souvent cité, intitulé *The Inherent Jurisdiction of the Court* (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, à la p. 51, I.H. Jacob décrit ainsi la compétence inhérente des cours supérieures : [TRADUCTION] « une réserve ou un fonds de pouvoirs, c'est-à-dire une source de pouvoirs de réserve auxquels le tribunal peut recourir au besoin, s'il le considère juste et équitable; le recours à ces pouvoirs vise surtout à garantir l'application régulière de la loi, à prévenir des mesures vexatoires ou d'oppression illégitimes, à rendre justice aux parties, et à offrir aux parties un procès équitable ». L'auteur examine la raison d'être et le fondement juridique de cette compétence, aux p. 27 et 28 :

[TRADUCTION] De par son caractère essentiel une cour supérieure de justice doit nécessairement être investie du pouvoir de maintenir son autorité et d'empêcher qu'on fasse obstacle à ses actes de procédure ou qu'on en abuse. Il s'agit d'un pouvoir intrinsèque d'une cour supérieure; c'est son âme et son essence mêmes, son attribut immanent. Dénuée de ce pouvoir, la cour serait une entité ayant une forme mais aucune substance. La compétence inhérente d'une cour supérieure est celle qui lui permet de se réaliser en tant que cour de justice. Le fondement juridique de cette compétence est donc le pouvoir qu'ont les tribunaux de maintenir, de protéger et de remplir la fonction judiciaire qui est d'administrer la justice conformément à la loi d'une manière régulière, ordonnée et efficace.

La Cour suprême a cité ce passage, en marquant son approbation (voir les arrêts *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, [1988] A.C.S. n° 76 (QL), au par. 49; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, [1992] A.C.S. n° 98 (QL), au par. 87; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, [1995] A.C.S. n° 97 (QL), au par. 21; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, [1995] A.C.S. n° 101 (QL), au par. 30) et notre Cour a fait de même (voir l'arrêt *Western Surety Co. c. National Bank of Canada* (1997), 186 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 36 (C.A.), [1997] A.N.-B. n° 23 (QL), au par. 37).

[43] Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al.* (2002), 251 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 102, [2002] A.N.-B. n° 205 (QL), 2002 NBCA 41, au par. 27, la compétence intrinsèque d'une cour supérieure

investit celle-ci d'un vaste pouvoir de surveillance à l'endroit des membres de la profession juridique et dans l'exercice de ce pouvoir, la Cour peut ordonner que l'inscription d'un avocat au dossier soit rayée et enjoindre à celui-ci de ne plus occuper à titre d'avocat ou de coavocat dans une instance en cours :

Les avocats sont des auxiliaires de la justice. À ce titre, le comportement de l'avocat à l'occasion de procédures judiciaires est soumis au pouvoir de surveillance des tribunaux. Cette compétence inhérente les investit de vastes pouvoirs sur la conduite professionnelle des avocats, dont celui de déclarer un avocat inhabile à occuper pour une partie estant en justice. *Succession MacDonald* est un exemple d'exercice de ce pouvoir. Le pouvoir de surveillance des tribunaux est très vaste. On pourra se reporter sur ce point au paragraphe 20 de *Mealey c. Godin et al.* (1999), 221 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 372, au par. 20, et à la page 8 du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick. Il comporte, à mon sens, non seulement le pouvoir de rayer l'inscription d'un avocat au dossier, mais aussi le pouvoir dont Saint John Shipbuilding sollicite l'exercice, celui d'enjoindre de ne plus occuper à titre d'avocat ou de coavocat dans une instance en cours.

B. *La norme de contrôle*

[44] Il est indubitable qu'en refusant de déclarer le cabinet Cox & Palmer inhabile à occuper pour Postes Canada et en rédigeant les autres dispositions de l'ordonnance qui fait l'objet du présent appel, le juge saisi de la motion a exercé un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, la norme de contrôle que notre Cour est tenue d'appliquer se situe à l'extrémité du spectre qui exige la plus grande déférence. La présente formation ne saurait modifier la décision contestée pour la simple raison que ses membres auraient exercé leur pouvoir discrétionnaire différemment s'ils avaient entendu l'affaire en première instance.

[45] Dans l'arrêt *Beaverbrook Canadian Foundation c. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 307 (QL), 2006 NBCA 75, la

Cour a statué qu'une décision judiciaire discrétionnaire ne peut être modifiée en appel que si elle est *fondée sur* une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui puisse la justifier. L'expression en italique souligne le fait que lors de la révision en appel, la Cour ne se préoccupe pas des erreurs qui n'ont pas influencé la décision en première instance. Voir, aussi, les arrêts *Turnbull-Burnight c. CIBC World Markets Inc. et al.* (2007), 318 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 326, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 220 (QL), 2007 NBCA 43, la juge Larlee, au par. 9, et *Spielo Manufacturing Inc. c. Doucet*, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 510 (QL), 2007 NBCA 85, la juge Larlee, au par. 13.

C. *Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur de droit importante?*

[46] Comme nous l'avons vu, les appelantes prétendent que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a autorisé le cabinet Cox & Palmer à continuer d'occuper pour sa cliente après avoir conclu que l'on avait satisfait au « critère » régissant la déclaration d'inhabilité énoncé dans l'arrêt *MacDonald*. Les appelantes prétendent que les facteurs énoncés dans l'arrêt *Celanese*, que le juge saisi de la motion a examinés et appliqués pour justifier le rejet de leur motion en déclaration d'inhabilité, ne pouvaient intervenir dès lors qu'il avait conclu que l'on avait satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *MacDonald*. Cette prétention fait problème à au moins deux égards.

[47] Premièrement, les appelantes font erreur dans leur analyse de la conclusion du juge saisi de la motion. Contrairement à ce qu'elles prétendent, le juge saisi de la motion n'a pas conclu que l'on avait satisfait au critère régissant la déclaration d'inhabilité qui est énoncé dans l'arrêt *MacDonald*. Il a plutôt conclu qu'en l'espèce, il devait répondre par l'affirmative aux deux questions qui, selon l'arrêt *MacDonald*, se font ordinairement jour dans le contexte d'une motion en déclaration d'inhabilité d'un avocat à occuper pour cause de conflit d'intérêts : premièrement, l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet



du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? Il va sans dire qu'une réponse affirmative à chacune de ces questions n'entraîne pas nécessairement la délivrance d'une déclaration d'inhabilité. Si les règles de droit étaient différentes, la Cour suprême du Canada ne se serait pas donné la peine de formuler une série de facteurs pertinents additionnels, ce qui est précisément ce qu'elle a fait dans l'arrêt *Celanese*. Quoi qu'il en soit, la prétention des appelantes soulève un autre problème, plus fondamental.

[48] Les raisons pour lesquelles le juge saisi de la motion a répondu par l'affirmative à chacune des deux questions posées dans *MacDonald* ne sont pas d'emblée apparentes. Si, comme il l'a conclu, les renseignements factuels contenus dans les documents contestés ne sont pas privilégiés et peuvent être communiqués en vertu de la règle 32, il est difficile d'imaginer quels renseignements le cabinet Cox & Palmer a reçus pourraient être confidentiels. En effet, il semble fort peu probable qu'il soit question, dans la déclaration de M. Girouard, de conseils juridiques, de stratégie en vue de la conduite de l'instance ou d'un autre sujet susceptible de faire intervenir le privilège du secret professionnel de l'avocat. Après tout, il était un employé de l'entreprise qui effectuait l'entretien du réservoir, Cormier Plumbing, et c'est à ce titre qu'il s'est rendu au bureau de poste de Bouctouche peu après la fuite de mazout. Puisque tel est le cas, il est probable que la déclaration qu'il a faite à l'expert en sinistres au printemps 2002 n'est pas différente du compte rendu factuel que ferait toute personne présente à un endroit ou à un événement pertinents. L'essentiel se ramène à ceci : si les renseignements factuels consignés dans les documents contestés peuvent être communiqués en vertu de la règle 32, le risque qu'ils puissent être utilisés au détriment des appelantes est un sous-produit ordinaire du litige et il ne pourrait, en aucun cas, constituer une justification de principe nous autorisant à déclarer le cabinet Cox & Palmer inhabile à occuper. La question fondamentale est donc la suivante : les renseignements factuels contenus dans la déclaration de M. Girouard sont-ils confidentiels et privilégiés?

[49] Nos *Règles de procédure* autorisent une communication plutôt libérale des renseignements. Ainsi, en vertu de la règle 32.06(1), la personne interrogée au préalable

ne peut limiter ses réponses à ce dont elle a une connaissance personnelle. Cette personne doit plutôt répondre selon ce qu'elle sait, ce qu'elle a appris ou ce qu'elle croit à toute question qui se rapporte à un des objets du litige. De plus, la règle 32.06(1)a dispose que le fait que le renseignement recherché soit un élément de preuve ne doit pas constituer une objection valable. Ces obligations en matière de témoignage exigent la divulgation de tout renseignement factuel communiqué dans le cadre de déclarations de témoins ou de rapports privilégiés (voir les arrêts *Susan Hosiery Ltd. c. Canada (M.N.R.)*, [1969] 2 R.C.É. 27; *Ceci c. Bonk* (1992), 7 O.R. (3d) 381, [1992] O.J. No. 380 (QL) (juge d'appel Carthy); *Landolfi c. Fargione* (2006), 209 O.A.C. 89, [2006] O.J. No. 1226 (QL), aux par. 67 à 70 et *DuPont Canada Inc. c. Emballage St-Jean Ltée* (2000), 102 A.C.W.S. (3d) 299 (C.A.), [2000] A.C.F. n° 2130 (QL), (juge en chef Richard), et les décisions *R. c. Daley*, [2004] A.N.-B. n° 385 (QL), 2004 NBBR 367 (juge Russell); *R. c. Stewart McKelvey Stirling & Scales*, [2006] A.N.-B. n° 594 (QL), 2007 NBBR 81 (juge Russell), et *Forest Protection Ltd. c. Bayer AG et al.* (1998), 206 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 26 (C.B.R.), [1998] A.N.-B. n° 382 (QL) (juge P.S. Creaghan, aux par. 13 et 15)).

[50] S'agissant de l'interrogatoire préalable de Cormier Plumbing, les questions qui visent à jeter de la lumière sur la connaissance qu'avait M. Girouard des modifications susceptibles d'avoir été apportées au réservoir de mazout et à mieux cerner la teneur des observations qu'il a faites sur les lieux avant et après le déversement seraient autorisées en vertu de la règle 32.06(1). Il en est ainsi parce qu'il est manifeste que ces questions se rapportent à un des objets des litiges sous-jacents. De même, toute question visant à déterminer ce que disent les documents contestés à propos de ces questions et de tout autre renseignement factuel pertinent serait autorisée.

[51] À l'instar de la règle 32.06(1) en vigueur au Nouveau-Brunswick, la disposition correspondante énoncée dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, la règle 31.06(1), a été interprétée d'une façon libérale. Ainsi, en Ontario, le défendeur dans une action pour préjudice personnel doit, lors de l'interrogatoire préalable, répondre à toute question concernant les faits et la preuve à l'appui obtenue grâce à une surveillance de la partie demanderesse même si ces renseignements sont énoncés dans des

déclarations de témoins ou rapports privilégiés (voir, par exemple, la décision *Sacrey c. Berdan* (1986), 38 A.C.W.S. (2d) 296, [1986] O.J. No. 2575 (QL); l'arrêt *Murray c. Woodstock General Hospital Trust* (1988), 66 O.R. (2d) 129, [1988] O.J. No. 1767 (QL); la décision *Devji c. Longo Brothers Fruit Markets Inc.* (1999), 45 O.R. (3d) 82, [1999] O.J. No. 1542 (QL), et l'arrêt *Walker c. Woodstock* (2001), 142 O.A.C. 53, [2001] O.J. No. 157 (QL)). Dans la décision-clé pertinente, *Sacrey c. Berdan*, le juge Borins, de la Cour de district, plus tard devenu juge à la Cour d'appel de l'Ontario, a fait les observations judiciaires suivantes concernant la communication orale, dans le cadre de l'interrogatoire préalable, de renseignements factuels contenus dans des documents privilégiés :

[TRADUCTION]

10 Les règles 31.06(1) à (3) [nos règles 32.06(1) à (3)] ont considérablement élargi la portée de l'interrogatoire préalable. Des renseignements que les parties, avant l'adoption des *Règles de procédure civile*, étaient autorisées à dissimuler doivent maintenant être divulgués. Comme l'a souligné le juge Morden dans son article intitulé *An Overview of the Rules of Civil Procedure of Ontario (1984-5)*, *Advocates' Q. 257-330*, à la p. 260, le principe d'interprétation général des *Règles de procédure civile* énoncé à la règle 1.04(1) :

[TRADUCTION]

trouve probablement son application la plus étendue dans les règles régissant l'enquête préalable (les règles 30 à 33) et dans la règle régissant l'offre de transaction (la règle 49) et il suppose, bien souvent, un compromis entre, d'une part, la mise en place de mécanismes efficaces permettant d'établir la vérité et, d'autre part, le souci de ne pas rendre le litige trop lourd ou trop onéreux.

11 À la p. 283, le juge Morden mentionne plusieurs innovations en matière d'interrogatoire préalable, notamment la règle voulant que la personne interrogée ne puisse refuser de répondre pour le motif que le renseignement demandé est un élément de preuve. Une autre des innovations, énoncée à la règle 31.06(2), donne à une partie, sauf ordonnance contraire du tribunal, le droit à la divulgation des noms et adresses des personnes qui ont

connaissance des opérations ou des événements en litige dans l'action. Ainsi, l'identité des témoins potentiels peut maintenant être divulguée. À mon avis, il ne fait presque aucun doute que la modification apportée par la règle 31.06(1)a) [notre règle 32.06(1)a)] résulte de la difficulté qu'il y avait à essayer de faire la distinction, très subtile, entre les faits et la preuve dont le juge Holland a parlé dans la décision *Spatafora*. Aujourd'hui, une partie a le droit de connaître non seulement les faits qu'une partie adverse entend établir au procès mais aussi la preuve au moyen de laquelle elle entend prouver ces faits.

12 Il importe également de faire la distinction entre la communication de documents, qui est prévue à la règle 30 [notre règle 31], et la communication de renseignements, qui est prévue à la règle 31 [notre règle 32]. La défenderesse a fait valoir que la demanderesse n'avait pas droit à la communication des renseignements qu'elle sollicite pour le motif que ceux-ci sont privilégiés. Cette prétention est fautive, à mon avis, et elle découle d'une tentative d'invoquer les dispositions des règles 30.03(2)b) et, peut-être, des règles 30.09 à 31.06. Comme je l'ai dit plus tôt, la défenderesse, dans son affidavit des documents, s'oppose à la production du rapport d'Equifax Services Ltd. pour le motif qu'il est privilégié puisqu'il a été préparé en prévision du litige. Toutefois, la demanderesse ne sollicite pas la communication du rapport. Aux termes des règles 31.06(1) à 31.06(3), une partie peut obtenir, dans le cadre d'un interrogatoire préalable, une grande partie des renseignements contenus dans un document qui est protégé contre la production ou la communication pour cause de privilège. Conformément à ces règles, la partie qui interroge au préalable a le droit d'obtenir les noms et adresses des personnes dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elles aient connaissance des opérations ou des événements en litige dans l'action, de connaître la teneur du témoignage qu'elles sont censées rendre et, à moins qu'un engagement à ne pas appeler un expert à témoigner au procès soit donné, les noms et adresses des experts engagés par la partie interrogée, ou en son nom, ainsi que l'opinion et les conclusions de ces experts. Toutefois, les déclarations des témoins et, sous réserve de la règle 53.03, les rapports d'experts demeurent privilégiés et sont soustraits à la production parce que les premiers font partie du produit du travail de l'avocat et que

les seconds sont des documents préparés en prévision du litige.

[...]

19 En l'espèce, la défenderesse a contesté la nature et la gravité des blessures de la demanderesse. Les renseignements susceptibles d'être communiqués au préalable sont régis par la règle 31.06(1), laquelle constitue une règle très vaste dans sa portée. Elle permet les « questions légitimes qui se rapportent à une question en litige ». Les blessures de la demanderesse sont une « question en litige » en l'espèce. Par conséquent, tout renseignement « qui se rapporte » aux blessures de la demanderesse, ou qui est pertinent à cet égard, et que la défenderesse connaît relève à bon droit de la communication préalable de renseignements. D'ailleurs, ces renseignements ont comme paradigme ce que la demanderesse a été vue en train de faire par un témoin qui avait entrepris de la surveiller à son insu. Ces renseignements sont nécessaires pour permettre à l'avocat de la demanderesse de savoir quelles preuves seront produites contre sa cliente et pour éviter les surprises au procès. Ils pourraient également aider l'avocat de la demanderesse à réduire, ou à augmenter, ses attentes en ce qui concerne la valeur des blessures subies par la demanderesse et favoriser le règlement amiable de ses prétentions. Il se pourrait fort bien, et je ne suis pas en train de trancher cette question, que la personne qui a effectué la surveillance puisse elle-même être interrogée au préalable, si les circonstances s'y prêtent, conformément à la règle 31.10 [notre règle 32.10] : voir la décision *Weiszman c. 491 Lawrence Avenue W. Ltd.* (1985), 5 C.P.C. (2d) 160.

[52] Les appelantes répliquent qu'un privilège sur un document ne veut rien dire à moins que le contenu ne soit aussi privilégié et protégé contre la divulgation. Je ne souscris pas à leur prétention pour les motifs exposés dans la décision *Sacrey c. Berdan*, au par. 12, et j'ajouterais les observations suivantes à cet égard.

[53] Il n'est pas difficile d'imaginer une situation dans laquelle un document privilégié pourrait faire mention de questions qui sont privilégiées (par exemple, des conseils juridiques, une analyse de la stratégie en vue de la conduite de l'instance, etc.) et

de questions qui ne le sont pas (par exemple des renseignements factuels). Personne ne prétendrait que dans ces circonstances, le privilège sur le document lui-même devient vide de sens lorsque les renseignements factuels qu'il contient sont divulgués aux parties adverses lors de l'interrogatoire préalable. De plus, aucun spécialiste en litige ne mettrait en doute la proposition voulant que le contre-interrogatoire relatif à des renseignements contenus dans un document privilégié soit beaucoup plus problématique lorsqu'on l'entreprend sans avoir le document lui-même en main et en s'appuyant uniquement sur la transcription d'un interrogatoire préalable. Quoiqu'il en soit, la notion selon laquelle la communication de la teneur d'un document privilégié ne rend pas automatiquement inopérant le privilège sur le document même n'est pas une hérésie, tant s'en faut. La règle 32.06(3) est instructive à cet égard.

[54] La règle 32.06(3) dispose que dans des circonstances précises, une partie peut obtenir la communication des constatations, opinions et conclusions pertinentes de l'expert engagé ou consulté par la partie interrogée. La divulgation de ces renseignements n'a pas pour effet d'obliger cette dernière à produire, à l'interrogatoire préalable, un rapport à l'égard duquel un privilège a été invoqué (voir les arrêts *Reilly c. Paul* (2006), 305 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 146, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 380 (QL), 2006 NBCA 84, aux par. 27 et 28, et *Fougère et al. c. Clements et al.* (2007), 311 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 368, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 18 (QL), 2007 NBCA 4, aux par. 30 et 31). Il se peut fort bien qu'il n'y ait rien à gagner, sur le plan pratique, à persister à invoquer un privilège sur le document, mais les *Règles de procédure* l'autorisent, reconnaissant ainsi la distinction nette qui existe entre le privilège sur un document et le privilège sur des renseignements.

[55] Il faut souligner un point connexe ressortissant à la procédure : en l'absence d'une divulgation des renseignements factuels contenus dans les documents contestés qui soit conforme aux *Règles*, la règle 32.10 pourrait être invoquée pour obtenir l'interrogatoire sous serment de M. Girouard. La partie pertinente de la règle 32.10 est ainsi rédigée :

32.10 Discovery Where Leave Is Required    32.10 Interrogatoire sur permission requise

- |   |  |
|---|--|
| (1) The court may grant leave, on such terms respecting costs and other matters as are just, to examine for discovery any person who there is reason to believe has information relevant to a material issue in the action. | (1) La Cour peut accorder, aux conditions qu'elle estime justes relativement aux dépens et à d'autres matières, la permission d'interroger au préalable toute personne si la cour a des raisons de croire qu'elle possède des renseignements pertinents sur une question déterminante du litige. |
| (2) An order under paragraph (1) shall not be made unless the court is satisfied that   | (2) La cour ne rend une ordonnance en application du paragraphe (1) que si elle est convaincue   |
| (a) the party making the motion has been unable to obtain the information from other persons whom he is entitled to examine for discovery, or from the person he seeks to examine;  | a) que l'auteur de la motion n'a pas été en mesure d'obtenir les renseignements des autres personnes qu'il a le droit d'interroger au préalable, ou de la personne qu'il cherche à interroger;   |
| (b) it would be unfair to require the party making the motion to proceed to trial without having the opportunity of examining the person; and   | b) qu'il serait injuste d'exiger que le procès suive son cours sans que l'auteur de la motion ait eu la possibilité d'interroger cette personne; et  |
| (c) the examination will not  | c) que l'interrogatoire n'aura pas pour effet  |
| (i) unduly delay the commencement of the trial of the action,   | (i) de retarder indûment le début du procès,   |
| (ii) entail unreasonable expense for other parties, or  | (ii) d'entraîner des dépenses exagérées pour les autres parties, ou  |
| (iii) result in unfairness to the person whom the party making the motion seeks to examine.   | (iii) de causer une injustice à la personne que l'auteur de la motion cherche à interroger.  |

[...]

[...]

Lors de cet interrogatoire, M. Girouard serait tenu de donner des réponses complètes et véridiques à toutes les questions convenablement formulées concernant les renseignements factuels contenus dans les documents contestés.

[56] Finalement, personne n'a mis en évidence devant nous une disposition législative ou un principe de common law qui seraient susceptibles d'empêcher Postes

Canada de réinterroger M. Girouard afin d'établir si et dans quelle mesure la déclaration qu'il a faite au printemps 2002 diffère de ce qu'il a dit lors de l'entrevue qui a eu lieu en juillet 2001. Puisque tel est le cas, nous ne savons pas exactement quel préjudice les appelantes auraient pu subir par suite de la communication involontaire des documents contestés même si leur teneur n'avait pas été susceptible d'être communiquée en vertu de la règle 32.

[57] Au bout du compte, on en arrive à la conclusion que la communication par inadvertance des documents contestés a probablement tout au plus eu les effets suivants : elle a porté à la connaissance de Postes Canada et du cabinet Cox & Palmer des renseignements que ceux-ci auraient obtenus, tôt ou tard, à mesure que le litige aurait progressé. Le droit serait dans une piètre situation si la prise de connaissance anticipée de renseignements non privilégiés, dans des circonstances comme celles qui nous occupent en l'espèce, suffisait à entraîner, pour une raison de principe, la déclaration d'inhabilité d'un avocat à occuper.

D. *Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision dans son application des facteurs énoncés dans l'arrêt Celanese ?*

[58] Le juge saisi de la motion a reconnu qu'une analyse fondée sur l'arrêt *Celanese* nécessite presque invariablement l'examen du contenu du document privilégié en question. Toutefois, il était convaincu que la présente instance était exceptionnelle et qu'il était possible d'examiner et de trancher en toute équité la motion d'Economical sans examiner les documents contestés. Aucun des moyens énoncés dans l'avis d'appel et dans l'avis d'appel reconventionnel ne conteste cette conclusion. Dans ces circonstances, il incombe à notre Cour de se prononcer sur la décision qui fait l'objet de l'appel en s'appuyant sur le dossier qu'a examiné le juge saisi de la motion.

[59] Il semble indéniable que l'analyse qu'a faite le juge saisi de la motion en s'appuyant sur l'arrêt *Celanese* présuppose nécessairement qu'il a tenu pour acquis que les documents contestés contiennent, dans une certaine mesure, une communication privilégiée. En toute déférence, cette supposition de sa part est loin d'être intuitive



compte tenu de la nature du principal document privilégié dont il est question en l'espèce, savoir, comme je l'ai souligné, une déclaration qui est, selon toute probabilité, exclusivement centrée sur les faits, faite par un employé de la compagnie chargée de l'entretien du réservoir qui s'est rendu sur les lieux de l'incident pendant la période qui a suivi le déversement. Bien que je sois disposé à souscrire à cette supposition qui est, je le reconnais, sujette à caution, à seule fin d'examiner les principales prétentions des appelantes et des auteurs de l'appel reconventionnel, je le fais étant précisé que quelles que soient les communications privilégiées que puissent contenir les documents contestés, elles ne se rapportent probablement pas à des conseils juridiques ou à une stratégie en vue de la conduite de l'instance. Cela dit, j'examinerai maintenant l'application des facteurs énoncés dans l'arrêt *Celanese*.

[60] Comme nous l'avons vu, l'arrêt *Celanese* fait état de six facteurs à prendre en compte lorsqu'un document contenant des communications privilégiées entre avocat et client est par erreur remis à l'avocat d'une partie adverse : (1) la manière dont l'avocat est entré en possession des documents; (2) les mesures que l'avocat a prises lorsqu'il a constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client; (3) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés; (4) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables; (5) l'étape de l'instance; (6) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice. Le juge saisi de la motion a ainsi examiné chacun de ces facteurs :

[TRADUCTION]

26 Le premier de ces facteurs consiste dans la manière dont Postes Canada et son cabinet d'avocats sont entrés en possession des documents. Sans vouloir répéter à outrance, rappelons qu'ils ont été mentionnés par inadvertance à l'annexe « A » de l'affidavit des documents et envoyés par inadvertance également aux avocats des parties adverses. Il est à remarquer que le cabinet d'avocats qui représentait Postes Canada avait tout simplement demandé des copies de documents énumérés à l'annexe « A ». L'inadvertance est carrément et uniquement le fait de l'avocat d'Economical.

27 Le deuxième facteur ressortit aux actes qu'ont accomplis les avocats après avoir constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client. En l'espèce, les deux parties ont détruit les documents, mais il n'a fallu que très peu de temps à l'avocat des compagnies d'Irving pour constater la véritable nature des documents alors que l'avocat de Postes Canada a mis plus de temps à faire cette constatation et à détruire les documents. À sa décharge, mentionnons que les documents étaient énumérés à l'annexe « A » et lui ont été transmis sans aucune mention indiquant qu'ils étaient privilégiés. Il est curieux, toutefois, qu'un avocat l'ait su immédiatement alors que l'autre ne l'a pas su.

28 Le troisième facteur est la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés. Il est évident que Postes Canada et son avocat ont examiné en profondeur les documents privilégiés et ont pris des notes découlant de cet examen.

29 Il est plus difficile de répondre à la question que soulève le quatrième facteur. La Cour n'a pas examiné les documents eux-mêmes. L'avocat de Postes Canada a prétendu que, pour le cas où je les examinerais, je devrais le faire en sa présence afin qu'il puisse confirmer quels documents précis je serais en train d'examiner et s'il s'agit bien des mêmes que ceux qu'il a reçus. Je crois comprendre, d'après la preuve par affidavit déposée devant la Cour, que les documents sont susceptibles de révéler qu'un ancien employé de Cormier Plumbing reviendrait peut-être sur sa position concernant certains événements. Cela pourrait être préjudiciable aux prétentions de Cormier Plumbing et d'Economical. J'ai choisi de ne pas examiner les documents parce que je ne crois pas que cela soit nécessaire. Je sais que la jurisprudence donne à penser que je devrais les examiner, mais je crois que je dispose de renseignements suffisants pour trancher la présente instance sans effectuer un tel examen.

30 Le cinquième facteur concerne l'étape de l'instance. Le déversement de mazout a eu lieu en avril 2001 et il existe un avis de poursuite modifié accompagné d'un exposé de la demande daté du 11 février 2005. Des

interrogatoires préalables ont été menés et, manifestement, il y a eu échange de documents. D'autres interrogatoires préalables pourraient être nécessaires, mais je soupçonne que l'affaire est sur le point d'être inscrite au rôle.

31 Le sixième et dernier facteur est celui des mesures de protection destinées à éviter un préjudice. Ce facteur semble plus difficile à trancher parce que la demanderesse Postes Canada et son avocat connaissent la teneur du document. Même si je déclarais le cabinet d'avocats actuel inhabile à occuper, la demanderesse Postes Canada posséderait néanmoins les renseignements en question.

32 Aux paragraphes 33 et 34 de l'arrêt *Celanese Canada*, le juge Binnie explique les différentes réparations possibles :

Une bonne partie de l'argumentation qui nous a été présentée au sujet des documents privilégiés concernait un prétendu « éventail » de situations. À une extrémité de cet éventail, a-t-on dit, se trouvent les cas de [TRADUCTION] « divulgation par inadvertance », où l'avocat d'une partie reçoit un document privilégié à cause d'une erreur de l'avocat de la partie adverse, par exemple, lorsqu'une lettre est expédiée par télécopieur ou par courrier électronique à la mauvaise partie. En pareils cas, la réparation se limite souvent à une ordonnance enjoignant de supprimer ou de restituer le document clairement identifié, et interdisant d'en faire quelque usage que ce soit. À l'autre extrémité de l'éventail, a-t-on ajouté, se trouvent les cas d'« avocats qui changent de cabinet » ou de « fusion de cabinets », où l'avocat qui a agi pour le compte d'un client se retrouve dans un cabinet d'avocats qui occupe pour la partie adverse – exactement comme dans l'affaire *Succession MacDonald*. Dans ces derniers cas, il peut éventuellement se révéler difficile de déterminer exactement les communications confidentielles que l'avocat qui a changé de cabinet a vues ou entendues. À moins que des mesures suffisantes n'aient été prises (généralement d'avance) pour éviter de « compromettre » le nouveau cabinet, la réparation

souvent accordée est la déclaration d'inhabilité à occuper. Je conviens avec l'intervenante Advocates' Society que l'accent mis sur l'« inadvertance » est trop simpliste. Comme le fait valoir la Society :

[TRADUCTION] La notion d'« inadvertance » est également inutile sur le plan analytique parce qu'elle confond deux questions qui devraient être distinctes :

- a) Comment [Celanese] ou son avocat sont-ils entrés en possession des documents?
- b) Qu'est-ce que [Celanese] et son avocat ont fait lorsqu'ils se sont rendu compte que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client?

Le problème est que, peu importe que ce soit consciemment ou par inadvertance, des renseignements échangés entre un avocat et son client se sont retrouvés dans les mauvaises mains. Même en admettant que les renseignements confidentiels protégés par le privilège avocat-client n'ont pas tous la même importance et le même caractère crucial, la possession de tels renseignements par la partie adverse compromet l'intégrité de l'administration de la justice. Des parties doivent être libres de soumettre leurs différends aux tribunaux sans craindre que leur adversaire ait pris injustement connaissance des secrets qu'elles ont confiés à leurs conseillers juridiques. Les témoins de la défenderesse ne devraient pas craindre, au cours de leur contre-interrogatoire, que les questions du contre-interrogateur soient motivées par des renseignements qui ont été transmis à titre confidentiel aux avocats de la défenderesse. Une telle possibilité supprime l'égalité des chances et risque sérieusement de compromettre l'intégrité de l'administration de la justice. Pour éviter ce danger, les tribunaux doivent agir [TRADUCTION] « rapidement et de façon décisive », comme l'a souligné la Cour divisionnaire. Dans un cas comme la présente affaire, la mesure correctrice est censée être réparatrice et non punitive.

Il est clair que nous nous situons à l'extrémité de l'éventail où se trouvent les cas de divulgation par inadvertance et il semblerait que le juge Binnie ait considéré qu'il s'agissait là des cas de divulgation les moins graves. Je crois que le cas qui nous occupe est sans doute susceptible de réparation.

[61] Les appelantes prétendent que l'analyse du juge saisi de la motion est défectueuse sur les plans suivants : (1) elle ne prend pas en considération la conduite qu'ont adoptée Postes Canada et le cabinet Cox & Palmer après avoir été informés que les documents contestés étaient privilégiés; (2) elle tient erronément pour acquis que l'avocat des compagnies Irving a reçu une copie des documents contestés; (3) elle s'appuie sur la conclusion erronée voulant que les actions sous-jacentes soient presque prêtes à être instruites et (4), elle donne lieu à un résultat déraisonnable, savoir le fait que le cabinet Cox & Palmer continue de participer à l'instance, ajouté au droit des parties adverses d'« établir les faits qui sous-tendent les documents privilégiés ». Je ne puis, en toute déférence, souscrire à ces prétentions et ce, pour les raisons énoncées ci-après.

[62] Les motifs de jugement du juge saisi de la motion montrent clairement qu'il a pris en considération la conduite de Postes Canada et du cabinet Cox & Palmer après la communication des documents contestés. À cet égard, il suffit de se rappeler le scepticisme du juge saisi de la motion en ce qui concerne la prétention voulant que Postes Canada et le cabinet Cox & Palmer n'aient pas eu la moindre idée que les documents contestés étaient privilégiés lorsqu'ils ont entrepris de les examiner. Au moment de l'audience devant le tribunal d'instance inférieure, toutefois, Postes Canada et le cabinet Cox & Palmer s'étaient tous deux défaits des documents contestés et des copies qui avaient pu en être faites. De plus, il a été confirmé lors de l'audience devant notre Cour qu'ils ont tous deux détruit les notes concernant la teneur des documents contestés conformément à l'ordonnance qui fait l'objet de l'appel. Je suis respectueusement d'avis que la première prétention est sans fondement.

[63] La deuxième prétention est fondée dans une certaine mesure. Le juge saisi de la motion a mal interprété la preuve en concluant que l'avocat des compagnies Irving

avait reçu une copie des documents contestés. La preuve établit nettement l'inverse. Cela dit, bien que l'erreur soit manifeste, elle n'est pas « dominante » (voir l'arrêt *D.L.M. c. J.A.M.*, [2008] A.N.-B. n° 9 (QL), 2008 NBCA 2, la juge Larlee, aux par. 11 et 12). Il en est ainsi parce que bien qu'il ait mal saisi la preuve, le juge a cru comprendre que dès qu'il avait reçu les documents contestés, l'avocat des compagnies Irving s'était rendu compte du fait qu'ils étaient privilégiés et s'était abstenu d'en prendre connaissance. Finalement, le juge saisi de la motion a su parvenir à la bonne conclusion fondamentale suivante : l'avocat des compagnies Irving n'a, à aucun moment, pris connaissance du contenu des documents contestés.

[64] La troisième prétention est elle aussi insoutenable. Plus haut, sous la rubrique intitulée « Le contexte », je mentionne avec soin les nombreuses mesures qui ont été prises dans le cadre des actions sous-jacentes. Je le fais pour deux raisons : en premier lieu pour faciliter la compréhension des questions litigieuses et en second lieu, pour mettre en lumière le fait que le litige maintenant a progressé bien au-delà des stades initiaux. Les plaidoiries sont closes, sous réserve des répercussions que pourrait avoir une fusion ordonnée par la Cour. En outre, une communication préalable orale et documentaire considérable a eu lieu. Tout en reconnaissant que d'autres étapes préparatoires pourraient devoir être franchies, le juge saisi de la motion était enclin à penser que [TRADUCTION] « l'affaire [était] sur le point d'être inscrite au rôle » (au par. 30). Je ne vois rien à redire à cette appréciation, mais une participation judiciaire consistant dans la gestion de l'instance pourrait peut-être aider à accélérer le règlement de ce litige qui dure depuis longtemps.

[65] La quatrième prétention n'est pas davantage recevable. À mon avis, la décision du juge saisi de la motion est équitable envers tous les intéressés en ce sens qu'elle protège le droit qu'a, à première vue, Postes Canada d'être représentée par les avocats de son choix, tout en rétablissant, dans la mesure où cela est raisonnablement possible, l'état de fait antérieur à la communication par inadvertance. À l'instar du juge saisi de la motion, je n'ai aucun doute que, dans les circonstances, il serait injuste de déclarer le cabinet d'avocats Cox & Palmer inhabile à occuper pour Postes Canada.

[66] En ce qui concerne l'appel reconventionnel, il est également dénué de tout fondement. L'interrogatoire préalable effectué en vertu de la règle 32 est l'outil par excellence pour équilibrer les forces, sa fonction réparatrice ayant été explicitement préservée par la phrase suivante, au paragraphe 4 de l'ordonnance qui fait l'objet du présent appel : [TRADUCTION] « sous réserve, toutefois, de ce qui précède, il n'y a rien aux présentes qui vise à empêcher ces parties d'établir les faits qui sous-tendent les documents privilégiés ».

### III. Dispositif

[67] Pour les motifs exposés ci-dessus, la Cour a rejeté l'appel et l'appel reconventionnel après avoir entendu l'avocat des appelantes et celui des auteures de l'appel reconventionnel, mais sans demander à l'avocat de l'intimée Postes Canada de répondre. Comme nous l'avons mentionné, les présents motifs sont fondés sur un état de faits dont les parties sont convenues, savoir que la communication a eu lieu par inadvertance, que les documents contestés sont privilégiés et que le privilège qui s'applique est celui du secret professionnel de l'avocat.

[68] Je suis d'avis de mettre fin à l'instance devant notre Cour en condamnant les appelantes et les auteures de l'appel reconventionnel à payer chacune à Postes Canada une masse de dépens que je fixe à 5 000 \$.