

T-1118-00
2003 FC 1480

T-1118-00
2003 CF 1480

Apotex Inc. (Plaintiff)

v.

The Minister of Health and The Attorney General of Canada (Defendants)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)

Federal Court, Lemieux J.—Ottawa, September 16 and December 17, 2003.

Practice — Privilege — Appeal from Prothonotary's order Health Minister must disclose to plaintiff contents of communications between departmental officials, lawyers if relying at trial on fact of seeking legal advice to explain conduct — Solicitor-client, litigation privileges invoked — Whether implicitly waived — Whether mere fact of seeking legal advice amounts to waiver of privilege — While solicitor-client privilege is fundamental to justice system, not absolute, may be waived if party makes communication with counsel an issue in claim or defence, especially defence, if reasonableness, good faith is defence — Order made in case management context — Privilege considered waived if dictated by interests of fairness — How fairness, solicitor-client privilege values balanced depends on circumstances, especially pleadings — In instant case, unfair to shield communications from disclosure.

Patents — Practice — Generic drug corporation suing Health Minister in negligence, for breach of statutory duty, discrimination for 8-month delay in issuing NOC after plaintiff, patent holder reaching settlement — Minister asserting plaintiff changed solvent — Plaintiff saying this unrelated to process disclosed — Minister's position delay due, in part, to deliberations with lawyers — Court affirming Prothonotary's order contents of solicitor-client communications be disclosed — Privilege impliedly waived as Minister's reliance on fact of taking legal advice as excuse for delay put in issue communications between departmental officials, lawyers.

Apotex Inc. (demanderesse)

c.

Le Ministre de la Santé et le Procureur général du Canada (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)

Cour fédérale, juge Lemieux—Ottawa, 16 septembre et 17 décembre 2003.

Pratique—Communications privilégiées—Appel de l'ordonnance du protonotaire enjoignant au ministre de la Santé de divulguer à la demanderesse le contenu de communications entre les agents du ministre et ses avocats si les défendeurs entendent alléguer à l'instruction que l'obtention d'un avis juridique explique leur conduite—Invocation du privilège des communications entre client et avocat et du privilège relatif au litige—Existence ou non d'une renonciation implicite—Le simple fait de demander un avis juridique équivaut-il à une renonciation de privilège?—Bien que fondamental au système de justice, le privilège des communications entre client et avocat n'est pas un droit absolu et peut faire l'objet d'une renonciation si une partie invoque des communications avec un avocat en demande ou en défense, particulièrement en défense si ces communications sont alléguées à l'appui d'une défense de diligence raisonnable ou de bonne foi—Ordonnance rendue dans le cadre de la gestion de l'instance—Renonciation présumée au privilège lorsque l'équité l'exige—La façon de soupeser l'équité par rapport aux valeurs liées au privilège des communications entre client et avocat dépend des circonstances, en particulier des plaidoiries—En l'espèce, il était injuste d'empêcher la divulgation des communications.

Brevets—Pratique—Société de médicaments génériques poursuivant le ministre de la Santé pour négligence, violation d'une obligation légale et discrimination parce que l'avis de conformité n'a été délivré que huit mois après la conclusion d'une entente entre la demanderesse et le détenteur de brevet—Le ministre allégué que la demanderesse a changé un solvant—La demanderesse affirme que ce changement n'avait aucun lien avec le procédé divulgué—Selon le ministre, le retard découlait notamment des délibérations avec les avocats—La cour confirme l'ordonnance du protonotaire portant obligation de divulguer le contenu de communications entre client et avocat—Il y a eu renonciation tacite au privilège puisque le ministre, en invoquant le fait d'avoir

This was an appeal from an order of a prothonotary requiring disclosure of the contents of certain communications between Health Canada officials and their legal advisors, in respect of which solicitor-client privilege is asserted, if they intend to rely at trial on the fact of having sought legal advice to explain the delay in issuing an NOC for Apotex' medicine Apo-Oflox.

Apotex has sued the Minister of Health for negligence, discrimination and breach of statutory duty in respect of an eight-month delay in issuing the NOC after Apotex had reached a settlement with the patent holder. Apotex asserted that it had satisfied all of the Minister's concerns as to the drug's safety and efficacy. The Minister was alleged to have abused his discretion, discriminated against Apotex by comparison with the approval of other generic submissions based on non-infringing process, acted in bad faith and to have dealt with the submission in an irrational, arbitrary manner.

In the statement of defence, the Minister asserted that Apotex had changed a solvent used to isolate and purify ofloxacin but, according to Apotex, that change had nothing to do with the specific process which it had previously disclosed.

Upon discovery, the Minister's representative confirmed that, as part of the defence of reasonableness, the Minister would rely on deliberations with legal advisors as an explanation for the delay in issuing the NOC. Solicitor-client and the litigation privileges were invoked. But, subsequent to discovery, defence counsel wrote Apotex counsel denying that privilege had been implicitly waived and that the Minister had relied in his statement of defence upon any privileged communication in defence of plaintiff's claim. The Minister would not be relying on the substance of any deliberations and consultations between Health Canada and its legal advisors. The Minister's position was that the mere fact of seeking legal advice does not amount to a waiver of privilege. Nevertheless, upon further discovery, the Minister's lawyer acknowledged that he would be relying on the time required to secure legal opinions as an explanation for the delay. This admission was referred to in the Prothonotary's order. That judicial officer pointed out that, while the solicitor-client privilege is fundamental to our justice system, it is not absolute and may be waived expressly or implicitly as where a party makes communications with counsel an issue in the claim or

demandé un avis juridique pour expliquer le retard, a mis en cause les communications entre les agents du ministre et les avocats.

Il s'agissait d'un appel de l'ordonnance d'un protonotaire exigeant la communication du contenu de certaines communications échangées entre des agents de Santé Canada et ses conseillers juridiques, et à l'égard desquelles on a invoqué le privilège des communications entre client et avocat, dans la mesure où les défendeurs avaient l'intention d'alléguer lors de l'instruction que l'obtention de ces documents expliquait, en partie, le retard à délivrer l'avis de conformité à Apotex pour le médicament Apo-Oflox.

Apotex a poursuivi le ministre de la Santé pour négligence, discrimination et violation d'obligation légale parce qu'il a attendu huit mois après la conclusion d'une entente entre Apotex et le détenteur de brevet pour délivrer l'avis de conformité. Apotex a allégué avoir satisfait à toutes les exigences du ministre concernant l'innocuité et l'efficacité du médicament. Elle a reproché au ministre d'avoir abusé de son pouvoir discrétionnaire, d'avoir fait preuve de discrimination envers elle quant à l'approbation de la présentation de médicaments génériques fondés sur un procédé non contrefait, d'avoir agi de mauvaise foi et d'avoir réagi à la présentation de façon irrationnelle et arbitraire.

Dans sa défense, le ministre a avancé qu'Apotex avait changé un solvant utilisé pour isoler et purifier l'ofloxacin mais, selon Apotex, cette modification n'avait rien à voir avec le procédé particulier qu'elle avait divulgué antérieurement.

Pendant l'interrogatoire préalable, la représentante du ministre a confirmé que, dans le cadre de la défense portant sur le caractère raisonnable de sa décision, le ministre s'appuierait sur les délibérations tenues avec les conseillers juridiques pour expliquer le retard à délivrer l'avis de conformité. Le privilège des communications entre client et avocat et le privilège relatif au litige ont été invoqués. Toutefois, après l'interrogatoire préalable, l'avocate des défendeurs a écrit à l'avocat d'Apotex pour l'informer qu'il n'y avait pas eu renonciation implicite à ce privilège et que le ministre, dans sa défense, n'avait invoqué aucune communication privilégiée pour repousser la demande. Le ministre ne s'appuierait pas sur la teneur des délibérations et consultations ayant eu lieu entre Santé Canada et ses conseillers juridiques. Suivant la thèse du ministre, le simple fait de demander un avis juridique ne pouvait être assimilé à une renonciation au privilège. Néanmoins, pendant la poursuite de l'interrogatoire préalable, l'avocat du ministre a reconnu qu'il invoquerait le temps nécessaire pour obtenir des opinions juridiques afin d'expliquer le retard. Le protonotaire renvoie à cette admission dans son ordonnance. Il signale que, même s'il est fondamental à notre système de justice, le privilège des

defence—particularly the latter—where set up as a defence of reasonableness or good faith. The prothonotary’s opinion was that the defendants “cannot have it both ways. Either they are relying on their deliberations and consultations with counsel . . . or they are not. If they are, the Plaintiff is entitled to documentary and oral discovery to determine whether the Defendants were acting reasonably”.

Held, the appeal should be dismissed.

As to the appropriate standard of review, both sides agreed that the Prothonotary’s decision could not be overturned unless clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion was based upon a wrong principle. Apotex went further, arguing that since the order was made in the case management context, it should not be disturbed except “in the clearest case of a misuse of a judicial discretion”, citing the Federal Court of Appeal decision in *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.*

In the Ontario case, *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.*, Ground J. writing on implied waiver of privilege, indicated that privilege “will be deemed to have been waived where the interests of fairness and consistency so dictate or when a communication between a solicitor and client is legitimately brought into issue in an action”.

The case law does not support the proposition advanced by the Minister, that no implied waiver of solicitor-client privilege occurs if a party is not relying on the contents or the substance of the legal advice received. The cases indicate that, in determining whether solicitor-client privilege is deemed to have been waived, fairness to a party facing a trial is a guiding principle. How the fairness requirement will be balanced against the values underlying solicitor-client privilege will depend on the circumstances and, in particular, the pleadings.

The Minister’s reliance on the fact of taking legal advice necessarily put in issue the communications between the Minister’s officials and lawyers in such a way that it would be unfair to shield them from disclosure.

communications entre client et avocat n’est pas un droit absolu et qu’il peut faire l’objet d’une renonciation expresse ou tacite lorsqu’une partie invoque des communications avec un avocat en demande ou en défense— et, dans ce dernier cas particulièrement—si de telles communications sont alléguées à l’appui d’une défense de diligence raisonnable ou de bonne foi. Selon le protonotaire, les défendeurs «ne peuvent gagner sur les deux tableaux. Soit ils appuient leur position sur leurs délibérations et consultations avec leurs conseillers juridiques [. . .], soit ils ne le font pas. S’ils choisissent de le faire, la demanderesse a le droit d’obtenir la communication préalable de documents et de procéder à des interrogatoires pour déterminer si les défendeurs ont agi de façon raisonnable».

Jugement., l’appel doit être rejeté.

Quant à la norme de contrôle applicable, les parties ont reconnu que la décision du protonotaire ne pouvait être infirmée que si elle était manifestement erronée, en ce sens que l’exercice du pouvoir discrétionnaire se fondait sur un mauvais principe. Apotex a poussé son raisonnement plus loin; elle a fait valoir que, comme l’ordonnance avait été prononcée dans le cadre de la gestion de l’instance, elle ne devrait être modifiée que dans «les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé», comme l’a précisé la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.*

Dans la décision ontarienne *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.*, le juge Ground, expliquant le principe de la renonciation tacite à un privilège, a mentionné qu’il «y aura renonciation présumée au privilège lorsque l’équité et la cohérence l’exigent ou lorsqu’une communication entre client et avocat est légitimement invoquée lors d’un litige».

La jurisprudence n’étaye pas l’argument avancé par le ministre selon lequel il n’y a pas renonciation implicite au privilège des communications entre client et avocat lorsqu’une partie n’appuie pas sa position sur le contenu ou la teneur de l’avis juridique reçu. Les décisions indiquent que, pour déterminer s’il y a renonciation présumée au privilège des communications entre client et avocat, l’équité envers une partie qui subit un procès constitue le principe directeur applicable. La façon de soupeser l’équité par rapport aux valeurs sous-tendant le privilège des communications entre client et avocat dépendra des circonstances et, en particulier, des plaidoiries présentées.

Le fait, pour le ministre, d’appuyer sa défense sur l’obtention d’un avis juridique met forcément en cause les communications entre les agents du ministre et ses avocats de façon telle qu’il serait injuste d’empêcher la divulgation de ces communications.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter v. Rogers, [1982] 2 W.W.R. 189; (1981), 34 B.C.L.R. 206 (B.C.S.C.); *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73; 100 O.T.C. 106 (Ont. S.C.J.); affd (2000), 132 O.A.C. 127 (Div. Ct.); *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; (1985), 62 B.C.L.R. 387; 57 C.B.R. (N.S.) 256 (B.C.C.A.); *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348; [1987] 2 W.W.R. 532; 49 Alta. L.R. (2d) 176; 14 C.P.R. (2d) 242 (Q.B.).

REFERRED TO:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from the order of a prothonotary requiring disclosure of the contents of certain solicitor-client communications if defendants intend to rely at trial on the fact of having sought legal advice as an explanation for the delay in issuing a notice of compliance for a generic drug. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Nando De Luca for plaintiff.
Alex Gay for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Goodmans LLP, Toronto, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter v. Rogers, [1982] 2 W.W.R. 189; (1981), 34 B.C.L.R. 206 (C.S.C.-B.); *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73; 100 O.T.C. 106 (C.S.J. Ont.); conf. par (2000), 132 O.A.C. 127 (C. div.); *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; (1985), 62 B.C.L.R. 387; 57 C.B.R. (N.S.) 256 (C.A.C.-B.); *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348; [1987] 2 W.W.R. 532; 49 Alta. L.R. (2d) 176; 14 C.P.R. (2d) 242 (B.R.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (C.A.F.).

DOCTRINE

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEL de l'ordonnance d'un protonotaire exigeant la divulgation du contenu de certaines communications entre client et avocat dans la mesure où les défendeurs avaient l'intention d'alléguer lors de l'instruction que l'obtention d'avis juridiques expliquait le retard à délivrer un avis de conformité relativement à un médicament générique. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Nando De Luca pour la demanderesse.
Alex Gay pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodmans LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] LEMIEUX J.: The issue in this case is whether Apotex Inc. (Apotex) is entitled to the disclosure of the contents of communications between officials at Health Canada and their legal advisors, through the principle of implied waiver of solicitor-client privilege, when the Minister of Health (the Minister), in the defence to an action brought by Apotex, is only relying on the fact of having taken legal advice to explain the delay in issuing a notice of compliance (NOC) and is not relying on what her legal advisors told her officials.

[2] The defendants in this action, the Minister and the Attorney General of Canada, appeal Prothonotary Lafrenière's June 17, 2003 order requiring disclosure of the contents of communications between officials of Health Canada and their legal advisors over which solicitor-client privilege is asserted if they intend to rely at trial on the fact of having sought legal advice to explain, in part, the delay in the NOC's issuance in respect of Apotex' tableted medicine Apo-Oflox (the medicine). The Prothonotary put the defendants to an election. The following is the background to the Prothonotary's order.

[3] On June 28, 2000, Apotex sued the defendants in negligence, breach of statutory duty and discrimination because the Minister issued an NOC to Apotex for its medicine eight months after a settlement had been achieved between the patent holder and Apotex, confirmed by Justice Nadon's order of April 29, 1997, and after Apotex says it satisfied, by June 11, 1997, all of the Minister's inquiries on the safety and efficacy of Apotex's new drug submission (NDS) for its medicine.

[4] In paragraph 34 of that statement of claim, Apotex describes the Minister's unlawful conduct in the following terms:

34. By reason of the Minister's actions as aforesaid, Apotex states that, by refusing to issue an NOC for Apo-Oflox tablets

[1] LE JUGE LEMIEUX: Il s'agit de déterminer en l'espèce si Apotex Inc. (Apotex) a, en vertu du principe de la renonciation tacite au privilège des communications entre client et avocat, le droit d'obtenir la divulgation du contenu des communications échangées entre les agents et les conseillers juridiques de Santé Canada lorsque le ministre de la Santé (le ministre), en défense à une action intentée par Apotex, explique son retard à délivrer un avis de conformité uniquement par l'obtention d'un avis juridique et non par le contenu de l'avis que ses conseillers juridiques ont fait parvenir à ses agents.

[2] Les défendeurs dans le présent litige, le ministre et le procureur général du Canada, interjettent appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire Lafrenière a, en date du 17 juin 2003, exigé la divulgation du contenu des communications ayant été échangés entre Santé Canada et ses conseillers juridiques, et à l'égard desquelles le privilège des communications entre client et avocat est invoqué, dans la mesure où les défendeurs ont l'intention d'alléguer lors de l'instruction que l'obtention de ces documents explique, en partie, le retard à délivrer l'avis de conformité à Apotex pour le médicament en comprimés Apo-Oflox (le médicament). Le protonotaire a demandé aux défendeurs de faire un choix. Voici les faits sur lesquels le protonotaire a fondé son ordonnance.

[3] Le 18 juin 2000, Apotex a intenté une action contre les défendeurs pour négligence, violation d'une obligation légale et discrimination parce que le ministre a délivré un avis de conformité à Apotex pour son médicament huit mois après que le détenteur du brevet et Apotex soient parvenus à une entente, entérinée par l'ordonnance du juge Nadon en date du 29 avril 1997, et après qu'Apotex ait affirmé qu'elle avait, en date du 11 juin 1997, satisfait à toutes les exigences du ministre concernant l'innocuité et l'efficacité du médicament faisant l'objet de la présentation de drogue nouvelle (PDN).

[4] Au paragraphe 34 de sa déclaration, Apotex décrit la conduite illégale du ministre en ces termes:

[TRADUCTION]

34. En raison des gestes susmentionnés posés par le ministre, Apotex soutient que, en refusant de délivrer un avis de

for a period of some eight months without any legitimate basis for doing so in the circumstances described above, the Minister:

- (a) failed to carry out his statutory duty under the *FDA Regulations*;
- (b) abused his discretion under the *FDA Regulations* by refusing to exercise his discretion at all from June 11, 1997 to February 3, 1998;
- (c) unlawfully discriminated against Apotex in relation to the approval of other generic submissions based on a non-infringing process;
- (d) dealt with Apotex' submission in an irrational and arbitrary fashion; and
- (e) acted in bad faith by repeatedly refusing to acknowledge and correct his erroneous position in respect of the Apo-Oflox submission and by failing to deal with Apotex in a full and forthright manner.

[5] The defendants defended on July 28, 2000, asserting no duty of care and, in the alternative, if a duty of care was owed, the Minister acted reasonably.

[6] The defence focusses on what the defendants say was a change by Apotex after Justice Nadon's order in a solvent used to isolate and purify ofloxacin. Apotex disputes that its change in solvents had anything to do with its specific process for the synthesis of Ofloxacin which it had previously disclosed.

[7] Paragraph 8(c) of the statement of defence reads:

8. . . .

- (c) The Minister reasonably decided, on the basis of the evidence before him and given the significant legal and scientific ambiguity of the matter, that the change made by Apotex was a change to the process disclosed by Apotex in the prohibition proceeding within the meaning of the order of Justice Nadon. The Minister exercised reasonable care and acted without negligence in so interpreting the terms of the order. [Emphasis mine.]

conformité pour les comprimés d'Apo-Oflox pendant environ huit mois sans motif légitime compte tenu des faits énumérés ci-dessus, le ministre:

- a) a manqué à l'obligation que lui impose le *Règlement sur les aliments et les drogues* (RAD);
- b) a abusé du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le RAD en refusant d'exercer ce pouvoir entre le 11 juin 1997 et le 3 février 1998;
- c) a agi de façon discriminatoire envers Apotex en ce qui concerne l'approbation de la présentation de médicaments génériques fondés sur un procédé non contrefait;
- d) a réagi à la présentation d'Apotex de façon irrationnelle et arbitraire;
- e) a fait preuve de mauvaise foi en refusant à plusieurs reprises de reconnaître et de corriger son erreur en ce qui concerne la présentation relative à l'Apo-Oflox et en négligeant d'agir avec une franchise complète dans ses rapports avec Apotex.

[5] Dans leur défense en date du 28 juillet 2000, les défendeurs ont affirmé qu'ils n'étaient tenus à aucune obligation de diligence et, subsidiairement, que s'ils avaient une telle obligation, le ministre a agi de façon raisonnable.

[6] Les défendeurs ont axé leur défense sur ce qu'ils affirment être la modification par Apotex, après la délivrance de l'ordonnance du juge Nadon, de l'utilisation d'un solvant servant à isoler et purifier l'ofloxacin. Apotex allègue que la modification qu'elle a apportée au niveau des solvants n'a rien à voir avec le procédé de synthèse propre à l'ofloxacin qu'elle avait divulgué antérieurement.

[7] L'alinéa 8c) de la défense est rédigé comme suit:

[TRADUCTION]

8. [. . .]

- (c) Le ministre a raisonnablement estimé, en se fondant sur la preuve dont il disposait et compte tenu de l'ambiguïté juridique et scientifique importante dans ce dossier, que la modification apportée par Apotex était une modification du procédé divulgué dans la procédure d'interdiction au sens de l'ordonnance du juge Nadon. Le ministre a agi avec diligence et n'a pas été négligent en interprétant ainsi les termes de l'ordonnance. [Non souligné dans l'original.]

[8] Paragraph 10 of their defence reads:

. . . he admits that the Minister issued a NOC to Apotex on February 3, 1998, after careful consideration of the submissions made by the plaintiff and a review of the scientific and documentary evidence.

[9] In further answer to paragraph 35 and the statement of claim as a whole, the Minister stated:

12. (a) . . .

(b) In the alternative, he says if the defendant did owe the plaintiff a duty of care, which is not admitted, he denies that the defendant breached that duty. Even if the defendant did owe the plaintiff such a duty, which is denied, he says that the Minister acted, at all times, with reasonable care and without negligence. [Emphasis mine.]

[10] Sheila Hills, the Minister's representative, was discovered on May 29, 2002, with counsel for Apotex exploring the parameters of the defence. It was confirmed that as part of the defence of reasonableness, the Minister would be relying on the deliberations between HPB staff and its legal advisors to explain the delay in issuing the NOC, i.e., the substance of the legal consultation. The defendants invoked both solicitor-client and litigation privilege to bar production of certain documents.

[11] However, in her letter of November 19, 2002, counsel for the defendants advised counsel for Apotex as follows:

Finally, however, the remaining documents listed in Schedule II are covered by solicitor-client privilege and for that reason we will not be producing them. We do not share your view that we implicitly waived the privilege with respect to these documents. We did not rely in our Statement of Defence upon any privileged communication to defend against your client's claim, and we wish to correct the answer given at question 394 of the discovery . . . We will not be relying, as part of our defence, on the substance of any deliberations and

[8] Voici un extrait du paragraphe 10 de la défense:

[TRADUCTION] [. . .] il admet que le ministre a délivré un avis de conformité à Apotex le 3 février 1998 après un examen minutieux des allégations de la demanderesse et après avoir passé en revue la preuve scientifique et documentaire.

[9] Dans le but de répondre plus amplement au paragraphe 35 et à la déclaration dans son ensemble, le ministre a ajouté:

[TRADUCTION]

12. a) [. . .]

b) À titre subsidiaire, il affirme que si le défendeur avait une obligation de diligence envers la demanderesse, ce qui n'est pas admis, il n'a pas violé cette obligation. Même si le défendeur avait bel et bien une telle obligation envers la demanderesse, ce qui est nié, il affirme que le ministre a, en tout temps, agi de façon raisonnable et n'a pas été négligent. [Non souligné dans l'original.]

[10] Le 29 mai 2002, l'avocat d'Apotex a procédé à l'interrogatoire préalable de M^{me} Sheila Hills, la représentante du ministre, dans le but d'explorer les paramètres de la défense. Il y a été confirmé que, dans le cadre de la défense portant sur le caractère raisonnable de sa décision, le ministre s'appuyait sur les délibérations entre le personnel de la Direction générale de la protection de la santé (DGPS) et ses conseillers juridiques pour expliquer le retard dans la délivrance de l'avis de conformité, à savoir sur le contenu des avis juridiques. Les défendeurs allèguent à la fois le privilège des communications entre client et avocat et le privilège relatif au litige pour s'opposer à la production de certains documents.

[11] Toutefois, dans sa lettre datée du 19 novembre 2002, l'avocate des défendeurs a dit ceci à l'avocat d'Apotex:

[TRADUCTION] Cependant, en dernier lieu, les autres documents énumérés à l'annexe II sont protégés par le privilège des communications entre client et avocat et, pour cette raison, nous ne les produirons pas. Nous ne sommes pas d'accord avec votre argument selon lequel nous avons implicitement renoncé au privilège concernant ces documents. Dans notre défense, nous n'avons invoqué aucune communication privilégiée pour repousser la demande de votre client et nous désirons modifier la réponse donnée à la

consultations between Health Canada and its legal advisors. [Emphasis mine.]

[12] Sheila Hills's examination for discovery continued on February 27, 2003. The following exchange occurred at pages 156/157 of the discovery transcript for that day.

MS CROWLEY: [for the defendants] It is our opinion that the fact that Health Canada sought legal advice is not a waiver of privilege. If we had been relying on the substance, then I would see your point. But simply that we took legal advice, the fact that we sought legal counsel is not a waiver of privilege.

. . . OBJECTION

MR. DE LUCA: [for Apotex] We can disagree about that. I just want it to be clear. You will be relying on the fact that it took time to get either opinions or consult with lawyers as explaining why it took between June of 1997 to February of 1998 to issue the NOC.

MS CROWLEY: Yes.

MR. DE LUCA: Okay. My request stands and you have refused it. [Emphasis mine.]

[13] The examination for discovery continued and the following specific objections were taken by counsel for the defendants on the basis of solicitor-client privilege, all references are to the transcript of the February 27, 2003 discovery:

(1) At page 159, the content of Sheila Hills' discussion with her legal advisor Stuart Archibald, a conversation which was mentioned in a memorandum she had sent to one of her colleagues on July 13, 1997.

(2) At page 225, the production of a memorandum(s) from J. Sanderson Graham to Stuart Archibald dated December 7, 8, 1997.

(3) At pages 226-227, memorandum dated December 12, 1997, from Sheila Hills to Mary Carman.

question 394 de l'interrogatoire préalable [. . .] Nous n'appuierons pas notre défense sur la teneur des délibérations et consultations qui ont eu lieu entre Santé Canada et ses conseillers juridiques. [Non souligné dans l'original.]

[12] L'interrogatoire préalable de M^{me} Sheila Hills s'est poursuivi le 27 février 2003. On retrouve l'échange suivant aux pages 156 et 157 de la transcription de l'interrogatoire pour cette journée.

[TRADUCTION]

MME CROWLEY: [pour les défendeurs] Nous estimons que le fait que Santé Canada ait demandé un avis juridique ne constitue pas une renonciation au privilège. Si notre défense avait été fondée sur la teneur de cet avis, je comprendrais votre argument. Mais nous avons simplement demandé un avis juridique, le fait que nous avons demandé des conseils juridiques ne constitue pas une renonciation au privilège.

[. . .] OBJECTION

M. DE LUCA: [pour Apotex] Nous pouvons ne pas être d'accord sur ce point. Je veux seulement que ce soit clair. Vous allez alléguer que le retard dans la délivrance de l'avis de conformité de juin 1997 à février 1998 est dû au temps qu'a nécessité la consultation des avocats ou l'obtention de leur opinion juridique.

M^{me} CROWLEY: Oui.

M. DE LUCA: D'accord. Je maintiens ma demande et vous avez refusé d'y accéder. [Non souligné dans l'original.]

[13] L'interrogatoire au préalable s'est poursuivi et l'avocat des défendeurs a fait valoir les objections spécifiques suivantes concernant le privilège des communications entre client et avocat. Les pages indiquées renvoient à la transcription de l'interrogatoire préalable du 27 février 2003:

1) À la page 159, le contenu de la discussion entre M^{me} Sheila Hills et son conseiller juridique, M. Stuart Archibald, conversation mentionnée dans une note de service qu'elle a envoyée à l'une de ses collègues le 13 juillet 1997.

2) À la page 225, la production de la ou des note(s) de service envoyée(s) par M. J. Sanderson Graham à M. Stuart Archibald en date du 7, 8 décembre 1997.

3) Aux pages 226 et 227, la note de service du 12 décembre 1997 envoyée par M^{me} Sheila Hills à M^{me} Mary Carman.

(4) At page 227, memorandum dated January 5, 1998, from Mr. Graham to Sheila Hills.

[14] Mr. Graham is also a legal counsel at the Department of Justice.

The Prothonotary's decision

[15] The following is the essence of the reasons rendered by Prothonotary Lafrenière in his June 17, 2003 order:

During the course of examinations for discovery, the Defendants undertook not to rely on the substance of the deliberations and consultations with, or advice received from, their legal advisors during the period from June 1997 to February 1998 (the "Relevant Period") as part of their defence of this action. However, the Defendants have recently indicated that they will be relying on the fact of having deliberated and consulted with, and received advice from their legal advisors during the Relevant Period in their defence of this action.

While solicitor-client privilege is fundamental to our justice system in Canada and must be jealously protected, it is not absolute. The privilege may be waived expressly or implicitly in situations where one of the parties makes the communications with counsel an issue in the claim or in the defence—and, particularly with respect to the latter, where such communications are raised to base a defence of reasonableness or good faith (see for example *Alberta Wheat Pool v. Estrin*, [1987] 2 W.W.R. 532, . . . aff'd (1987), C.P.C. (2d) (Alta. C.A.) and *R. v. Shirose* (1999), 171 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.)). This is precisely the case here.

The Defendants seek to rely on the fact of having taken legal advice to, at least partially, ground their defence that the delay in issuance of a Notice of Compliance from June 11, 1997 to February 3, 1998 was reasonable. However, they have refused to answer questions and produce documents relating to the seeking of that advice. The Defendants cannot have it both ways. Either they are relying on their deliberations and consultations with counsel (in any respect), or they are not. If they are, the Plaintiff is entitled to documentary and oral discovery to determine whether the Defendants were acting reasonably. [Emphasis mine.]

[16] The order Prothonotary Lafrenière made reads in part:

4) À la page 227, la note de service du 5 janvier 1998 envoyée par M. Graham à M^{me} Sheila Hills.

[14] M. Graham est également conseiller juridique pour le ministère de la Justice.

La décision du protonotaire

[15] Voici l'essentiel des motifs rendus par le protonotaire Lafrenière à l'appui de son ordonnance du 17 juin 2003:

[TRADUCTION] Au cours des interrogatoires préalables, les défendeurs se sont engagés à ne pas invoquer en défense à la présente action le contenu des délibérations et consultations tenues avec leurs conseillers juridiques entre le mois de juin 1997 et le mois de février 1998 (la période pertinente). Toutefois, les défendeurs ont récemment indiqué qu'ils entendaient appuyer leur défense sur le fait qu'ils avaient consulté leurs conseillers juridiques, délibéré avec eux et reçu leur avis au cours de la période pertinente.

Bien que le privilège des communications entre client et avocat soit fondamental dans le système de justice du Canada et qu'il doive être protégé avec un soin jaloux, il ne constitue pas un droit absolu. Il peut y avoir renonciation expresse ou tacite à ce privilège lorsque l'une des parties invoque des communications avec un avocat en demande ou en défense—et, dans ce dernier cas particulièrement, si de telles communications sont alléguées à l'appui d'une défense de diligence raisonnable ou de bonne foi (voir *Alberta Wheat Pool v. Estrin*, [1987] 2 W.W.R. 532, [. . .] conf. (1987), C.P.C. (2d) (C.A. Alb.), et *R. c. Shirose* (1999), 171 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.)). C'est précisément le cas en l'espèce.

Les défendeurs s'appuient sur le fait qu'ils ont obtenu un avis juridique pour fonder, du moins en partie, leur défense selon laquelle le retard à délivrer l'avis de conformité entre le 11 juin 1997 et le 3 février 1998 était raisonnable. Toutefois, ils ont refusé de répondre aux questions et de produire les documents concernant l'avis demandé. Les défendeurs ne peuvent gagner sur les deux tableaux. Soit ils appuient leur position sur leurs délibérations et consultations avec leurs conseillers juridiques (sous quelque aspect que ce soit), soit ils ne le font pas. S'ils choisissent de le faire, la demanderesse a le droit d'obtenir la communication préalable de documents et de procéder à des interrogatoires pour déterminer si les défendeurs ont agi de façon raisonnable. [Non souligné dans l'original.]

[16] Voici un extrait de l'ordonnance du protonotaire Lafrenière:

1. The Defendants shall have the opportunity to vary their position and to advise the Plaintiff within 30 days of this order, of such other time as may be extended by the Court, that they will not be relying, in any respect, on their deliberations and consultations with, or advice received from their legal advisors, during the period from June 1997 to February 1998, in their defence of this action. Such advice, if given, shall be in the form of an undertaking to be delivered to the Plaintiff.

2. Failing such undertaking, the Defendants shall answer the following questions, including by way of production of documents, arising from the continued examinations of Sheila Hills on behalf of the Defendants on February 27, 2003.

[17] The Prothonotary's order then lists the objections taken at pages 156, 159, 225, and 227 (twice) referred to previously in these reasons.

The Minister's position

[18] Counsel for the Minister argues the Prothonotary applied a wrong principle of law when ordering the defendants to disclose the contents of their privileged communications with their legal advisors if they intend to refer to the fact of having sought legal advice to explain the delay in issuing the NOC. The Prothonotary's error, according to counsel to the Minister, is his finding of the fact of having taken legal advice to explain the delay amounted to an implied waiver of the privilege attaching to the contents of the confidential communications and that fairness required disclosure of the contents. In so doing, the defendants say the Prothonotary applied a wrong principle of law.

[19] Counsel for the Minister argues the defendants are not relying on the contents of the legal advice given to defend the plaintiff's claim but are simply alleging that legal consultations took place, that time was required for these legal consultations and that this explains in part the delay in issuing the NOC. In these circumstances, counsel for the Minister says merely citing that communications with legal advisors were made cannot be considered a waiver of solicitor-client privilege.

[TRANSLATION]

1. Les défendeurs auront l'occasion de modifier leur position et d'en aviser la demanderesse dans un délai de 30 jours suivant le prononcé de la présente ordonnance, ou tout autre délai pouvant être accordé par la Cour, du fait qu'ils n'appuieront pas leur défense en l'espèce sur quelque aspect que ce soit des délibérations et consultations avec leurs conseillers juridiques, ou des avis juridiques reçus, entre le mois de juin 1997 et le mois de février 1998. Le cas échéant, cet avis sera remis à la demanderesse sous forme d'engagement.

2. À défaut d'un tel engagement, les défendeurs devront répondre, notamment pour la production de documents, aux questions suivantes soulevées au cours de l'interrogatoire préalable de M^{me} Sheila Hills, pour les défendeurs, le 27 février 2003.

[17] L'ordonnance du protonotaire énumère ensuite les objections présentées aux pages 156, 159, 225, et 227 (en deux occasions) mentionnées précédemment.

La position du ministre

[18] L'avocat du ministre soutient que le protonotaire a appliqué un principe de droit erroné en ordonnant aux défendeurs de divulguer le contenu de leurs communications privilégiées avec leurs conseillers juridiques dans la mesure où ils avaient l'intention d'alléguer que cette demande de conseils juridiques expliquait le retard à délivrer l'avis de conformité. À son avis, l'erreur du protonotaire est d'être arrivé à la conclusion que le fait de justifier le retard par l'obtention de conseils juridiques équivalait à une renonciation tacite au privilège lié au contenu des communications confidentielles et que l'équité exigeait la divulgation de ce contenu. Les défendeurs allèguent que le protonotaire a ainsi appliqué un principe de droit erroné.

[19] L'avocat du ministre soutient que les défendeurs ne fondent pas leur défense sur la teneur des conseils juridiques reçus, mais affirment simplement qu'il y a eu demande de conseils juridiques, que ces consultations ont nécessité un certain temps et que cela explique en partie le retard dans la délivrance de l'avis de conformité. Dans ces circonstances, il affirme que la simple allégation de ces consultations juridiques ne peut être considérée comme une renonciation au privilège des communications entre client et avocat.

ANALYSIS

[20] There is no disagreement between the parties on the standard of review I should apply. Both agree that in order to allow the appeal, I must find the Prothonotary was “clearly wrong in the sense that the exercise of discretion. . . was based upon a wrong principle” (see *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), at page 454).

[21] Apotex goes one step further since the Prothonotary’s order was made in the context of case management. Apotex argues such order should not be disturbed except “in the clearest case of a misuse of a judicial discretion” relying upon the Federal Court of Appeal’s decision in *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (F.C.A.).

[22] Both parties also recognized that no claim to privilege, even to solicitor-client privilege, is absolute and that such privilege can be waived either expressly or by implication.

[23] What separates Apotex and the Minister, in this case, is in the manner the Prothonotary applied the concept of implied waiver to the facts of this case.

[24] In the case of *Hunter v. Rogers*, [1982] 2 W.W.R. 189 (B.C.S.C.), Meredith J. approved the following statement in Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, (McNaughton Rev.), Volume 8, 1961 cited in *Sopinka et al., The Law of Evidence in Canada*, at page 666 on what waiver by implication signifies:

As to what constitutes waiver by implication, Wigmore said:

Judicial decision gives no clear answer to this question. In deciding it, regard must be had to the double elements that are predicated in every waiver, i.e. not only the element of implied intention, but also the element of fairness and consistency. A privileged person would seldom be found to waive, if his intention not to abandon could alone control the situation. There is always also the objective consideration that when his conduct touches a certain

ANALYSE

[20] Les parties s’entendent quant à la norme de contrôle judiciaire applicable. Elles conviennent que, pour que l’appel soit accueilli, je dois estimer que la décision du protonotaire était «manifestement erroné[e], en ce sens que l’exercice du pouvoir discrétionnaire [...] a été fondé sur un mauvais principe» (voir *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), à la page 454).

[21] Comme l’ordonnance du protonotaire a été rendue dans le cadre de la gestion de l’instance, Apotex pousse son raisonnement plus loin. Elle fait valoir qu’une telle ordonnance ne devrait être modifiée que dans «les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé», tel que l’a indiqué la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (C.A.F.).

[22] Les parties ont également reconnu qu’aucun privilège, même le privilège des communications entre client et avocat, n’est absolu et qu’un privilège peut être abandonné expressément ou implicitement.

[23] En l’espèce, Apotex et le ministre sont en désaccord sur la façon dont le protonotaire a appliqué le principe de la renonciation tacite aux faits du présent litige.

[24] Dans la décision *Hunter v. Rogers*, [1982] 2 W.W.R. 189 (C.S.C.B.), le juge Meredith a cité avec approbation l’extrait suivant de *Wigmore, Evidence in Trials at Common Law*, (McNaughton Rev.), volume 8, 1961, reproduit dans *Sopinka et al., The Law of Evidence in Canada*, à la page 666, sur ce qui peut constituer une renonciation tacite au privilège:

[TRADUCTION] Quant à savoir ce qui constitue une renonciation tacite, Wigmore a indiqué:

La jurisprudence ne répond pas clairement à cette question. En tranchant la question, le juge doit porter attention aux deux éléments qui constituent toute renonciation, à savoir qu’il faut non seulement tenir compte de l’intention implicite, mais également des notions d’équité et de cohérence. Dans la mesure où l’on tient compte uniquement de l’intention de renoncer, il est rare qu’une personne bénéficiant d’un privilège y renonce.

point of disclosure, fairness requires that his privilege shall cease whether he intended that result or not. He cannot be allowed, after disclosing as much as he pleases, to withhold the remainder. He may elect to withhold or to disclose, but after a certain point his election must remain final.

[25] Justice Ground in *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73 (Ont. S.C.J.), at paragraph 5, wrote the following on the concept of implied waiver of privilege:

Privilege may be waived expressly or impliedly. In the case at bar it is not disputed that there was no express waiver of privilege by GLC. When determining whether privilege should be deemed to have been waived, the court must balance the interests of full disclosure for purposes of a fair trial against the preservation of solicitor client and litigation privilege. Fairness to a party facing a trial has become a guiding principle in Canadian law. Privilege will be deemed to have been waived where the interests of fairness and consistency so dictate or when a communication between a solicitor and client is legitimately brought into issue in an action. When a party places its state of mind in issue and has received legal advice to help form that state of mind, privilege will be deemed to be waived with respect to such legal advice. [Emphasis mine.]

[26] Justice Ground's decision was upheld by the Ontario Divisional Court, reported at (2000), 132 O.A.C. 127.

[27] The Supreme Court of Canada in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, examined the concept of waiver in the context of a stay application which was opposed by the Crown.

[28] Justice Binnie put it this way at paragraph 2 of the reasons for judgment he delivered on behalf of the Court:

As part of their case for a stay the appellants sought, but were denied, access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown indicated that the

Il faut aussi faire un examen objectif du comportement de la personne. L'équité suppose que, à un moment donné, l'importance des éléments divulgués est telle que la protection cesse, que la personne l'ait voulu ou non. On ne peut permettre à une personne de divulguer autant de renseignements qu'elle le souhaite, puis de taire le reste. Il est possible de choisir de taire ou de divulguer des renseignements, mais à un certain moment, le choix doit être sans appel.

[25] Dans la décision *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73 (C.S.J. Ont.), le juge Ground a, au paragraphe 5, expliqué le principe de la renonciation tacite au privilège en ces termes:

[TRADUCTION]

Il est possible de renoncer à un privilège de façon expresse ou tacite. En l'espèce, il n'est pas contesté que la GLC n'a pas renoncé expressément à son privilège. Pour déterminer si elle doit présumer qu'il y a eu renonciation au privilège, la cour doit soupeser d'une part l'intérêt d'une divulgation complète dans le cadre d'un procès équitable et d'autre part le maintien du privilège des communications entre client et avocat. L'équité envers les parties à un procès est maintenant un principe directeur en droit canadien. Il y aura renonciation présumée au privilège lorsque l'équité et la cohérence l'exigent ou lorsqu'une communication entre client et avocat est légitimement invoquée lors d'un litige. Lorsqu'une partie met en cause son état d'esprit et qu'elle a reçu des conseils juridiques pour l'aider à en arriver à cet état d'esprit, il y aura renonciation présumée au privilège liée à ces conseils juridiques. [Non souligné dans l'original.]

[26] La décision du juge Ground a été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario, décision publiée à (2000), 132 O.A.C. 127.

[27] Dans l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur le concept de la renonciation dans le contexte d'une demande d'arrêt des procédures à laquelle le ministère public s'opposait.

[28] Le juge Binnie s'est exprimé en ces termes au paragraphe 2 des motifs du jugement qu'il a rendu au nom de la Cour:

Dans le cadre de leur demande, les appelants ont tenté en vain d'obtenir l'avis juridique que le ministère de la Justice avait fourni à la police et sur lequel cette dernière a affirmé s'être fondée de bonne foi. Le ministère public a indiqué que cet avis

undisclosed advice assured the police, rightly or wrongly, that sale of cannabis resin in the circumstances of a reverse sting was lawful. The appellants argue that the truth of this assertion can only be tested by a review of the otherwise privileged communications.

[29] Justice Binnie held that the assertion of police good faith was based in part on advice received from the Department of Justice (DOJ) and the clear implication sought to be conveyed was the RCMP accepted DOJ's advice and acted in accordance with it. The RCMP made an issue of the legal advice received and the Court concluded the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated on the basis the RCMP waived solicitor-client privilege.

[30] At paragraph 47 of his reasons, Justice Binnie stated the RCMP waived the right to shelter behind solicitor-client privilege the contents of the advice thus exposed and relied upon.

[31] The Court went on to examine the B.C. Court of Appeal's judgment in *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508, a case where the Bank said it had relied on the receiver's advice in putting the customer into receivership. However, the receiver denied detrimental reliance by the Bank on its advice, and wanted to know what other professional advice it had received at the relevant time. In particular, the receiver wanted to know what legal advice the Bank had received from its own lawyers. The bank claimed solicitor-client privilege over that correspondence. The Court denied the Bank of Montreal that privilege.

[32] The Court quoted [at paragraph 69] with approval the words of Hutcheon J.A. in *Rogers, supra*, who stated at page 513 of the report:

The issue in this case is not the knowledge of the bank. The issue is whether the bank was induced to take certain steps in reliance upon the advice from the receiver on legal matters. . . . The extent to which the bank had been advised about that decision, not merely of its result, is important in the resolution of the issue whether the Bank relied upon the advice of the receiver. [Emphasis mine.]

non divulgué confirmait à la police, à tort ou à raison, que la vente de résine de cannabis par des agents d'infiltration était légale. Les appelants prétendent que la véracité de cette affirmation peut être vérifiée uniquement par l'examen des communications qui, dans d'autres circonstances, seraient privilégiées.

[29] Le juge Binnie a conclu que la bonne foi de la police était fondée en partie sur un avis reçu du ministère de la Justice (le Ministère) et que l'impression que la GRC a tenté de transmettre était clairement que la GRC avait accepté l'avis du Ministère et avait agi conformément à celui-ci. La GRC a mis en cause l'avis juridique reçu et la Cour est arrivée à la conclusion que les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée puisque la GRC avait renoncé au privilège du secret professionnel.

[30] Au paragraphe 47 de ses motifs, le juge Binnie a affirmé que la GRC avait renoncé au droit d'abriter derrière le secret professionnel de l'avocat le contenu de l'avis ainsi dévoilé et invoqué.

[31] La Cour a ensuite examiné l'affaire *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans laquelle la banque avait prétendu s'être fiée à l'avis du séquestre avant de mettre les biens de son client sous séquestre. Le séquestre a cependant contesté la prétention de la banque que l'avis qu'il avait donné avait causé un préjudice, et il a cherché à savoir quel autre conseil professionnel la banque avait reçu à l'époque. En particulier, le séquestre voulait connaître la nature de l'avis juridique que la banque avait reçu de ses propres avocats. La banque a invoqué le secret professionnel de l'avocat sur la correspondance échangée à cet effet. La Cour a refusé d'accorder le privilège à la Banque de Montréal.

[32] La Cour [au paragraphe 69] a cité en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Hutcheon dans la décision *Rogers*, précitée, à la page 513:

[TRADUCTION] La question en litige n'est pas la connaissance de la banque. La question est de savoir si l'avis fourni par le séquestre en matière juridique a incité la banque à prendre certaines mesures [. . .] Le fait que la banque ait été informée ou non du contenu de cette décision, et non seulement de son issue, est important pour déterminer si la banque s'est fiée à l'avis du séquestre. [Non souligné dans l'original.]

[33] Justice Binnie stated as follows about the *Rogers* case, *supra* [at paragraph 69]:

It appears the court in *Rogers* found that any privilege with respect to correspondence with the bank's solicitors had been waived as necessarily inconsistent with its pleading of reliance, even though the bank itself had not referred to, much less relied upon, the existence of advice from its own solicitors.

[34] Justice Binnie went on to conclude as follows as paragraphs 70 and 71 of his reasons for judgment:

The present case presents a stronger argument for waiver than *Rogers*. The Crown led evidence from Cpl. Reynolds about his knowledge of the law with respect to reverse sting operations—he testified that he had read the Superior Court decision in *Lore, supra*, and was of the view that the operation in question was legal. But Cpl. Reynolds also testified, in answer to the appellants' counsel, that he sought out the opinion of Mr. Leising of the Department of Justice to verify the correctness of his own understanding. The appellants' counsel recognized that this alone was not enough to waive the privilege. Cpl. Reynolds was simply responding to questions crafted by the appellants, as he was required to do. Appellants' counsel accepted that he had no right at that point to access the communications. His comment to the judge was simply that "I certainly don't want to hear the argument that 'Oh well, the police acted in good faith because they acted on legal advice'". The critical point is that the Court did hear that precise argument from the Crown at a later date. The RCMP and its legal advisers were explicit in their factum in the Court of Appeal, where it was argued that "regard must be had to the following considerations . . . (f) the R.C.M.P. . . . consulted the Department of Justice with regard to any problems of illegality" (emphasis added). We understand that the same position was advanced to the trial judge. As *Rogers, supra*, shows, it is not always necessary for the client actually to disclose part of the contents of the advice in order to waive privilege to the relevant communication of which it forms a part. It was sufficient in this case for the RCMP to support its good faith argument by undisclosed advice from legal counsel in circumstances where, as here, the existence or non-existence of the asserted good faith depended on the content of that legal advice. The clear implication sought to be conveyed to the court by the RCMP was that Mr. Leising's advice had assured the RCMP that the proposed reverse sting was legal.

Cpl. Reynolds was not required to pledge his belief in the legality of the reverse sting operation (comparable to the

[33] Le juge Binnie a indiqué ce qui suit relativement à l'affaire *Rogers*, précitée [au paragraphe 69]:

Il appert que, dans *Rogers*, la cour a conclu qu'il y avait eu renonciation au privilège protégeant la correspondance entre la banque et ses avocats parce que ce privilège était nécessairement incompatible avec sa prétention qu'elle s'était fiée à l'avis [du séquestre], même si la banque n'avait pas mentionné, et encore moins invoqué, l'existence d'un avis fourni par ses propres avocats.

[34] Il a ensuite conclu aux paragraphes 70 et 71 des motifs de son jugement:

La présente affaire justifie davantage l'existence de la renonciation au privilège que l'affaire *Rogers*. Le ministère public a fait entendre le capl. Reynolds au sujet de sa connaissance du droit en matière d'opérations de vente surveillée et il a témoigné qu'il avait lu la décision *Lore*, précitée, de la Cour supérieure, et pensait que l'opération en question était légale. Mais, en réponse aux questions de l'avocat d'un des appelants, le capl. Reynolds a aussi témoigné qu'il avait sollicité l'opinion de M. Leising du ministère de la Justice pour s'assurer qu'il ne faisait pas erreur. L'avocat d'un des appelants a reconnu que ce simple fait ne suffisait pas pour qu'il y ait renonciation au privilège. Le capl. Reynolds ne faisait que répondre aux questions formulées par les appelants, comme il était tenu de le faire. L'avocat d'un des appelants a admis qu'à cette étape, il n'avait pas droit à la divulgation des communications. Il s'est borné à dire au juge que: «Je ne veux certainement pas entendre l'argument que: «Et bien, les policiers ont agi de bonne foi parce qu'ils se sont fondés sur un avis juridique» ». Le problème est que la cour a effectivement entendu cet argument de la part du ministère public par la suite. La GRC et ses conseillers juridiques ont été très clairs dans le mémoire déposé en Cour d'appel, où ils prétendent qu'«il faut tenir compte des points suivants [. . .] f) la G.R.C. [. . .] a consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d'illégalité» (je souligne). Apparemment le même argument a été soulevé devant le juge du procès. Comme le montre l'affaire *Rogers*, précitée, il n'est pas toujours nécessaire que le client divulgue effectivement une part du contenu de l'avis juridique pour qu'il y ait renonciation au privilège protégeant les communications pertinentes dont l'avis fait partie. En l'espèce, il était suffisant que la GRC appuie son argument de la bonne foi sur l'avis non divulgué de l'avocat alors que l'existence ou la non-existence de la bonne foi invoquée dépendait du contenu de cet avis. L'impression que la GRC a tenté de transmettre à la cour était clairement que l'avis fourni par M. Leising lui avait assuré que l'opération proposée de vente surveillée était légale.

Il n'était pas nécessaire que le capl. Reynolds affirme qu'il croyait légale l'opération de vente surveillée (comme la banque

bank's putting in issue its belief in the correctness of the advice it was obtaining from the receiver in *Rogers, supra*. Nor was it necessary for the RCMP to plead the existence of Mr. Leising's legal opinion as a factor weighing against the imposition of a stay of proceedings (which went beyond what was done in *Rogers*). The RCMP and the Crown having done so, however, I do not think disclosure of the advice in question could fairly be withheld. [Emphasis mine.]

[35] *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348 a decision by Justice Chrumka of the Alberta Court of Queen's Bench, is the other case relied on by Prothonotary Lafrenière.

[36] Estrin acted as a solicitor in a real estate transaction and was sued for negligent misrepresentation, having provided a letter attached to an offer to purchase that he was holding in trust a bank draft when in fact he only had a non-certified cheque post-dated to the date of closing.

[37] On discovery, he asserted before issuing the letter or a similar one, he had consulted two lawyers, each from a different law firm, and had discussions with them. He was then asked a series of questions by counsel for the plaintiff which related to when the discussions were held, why they were held, and the contents of those discussions. Estrin objected to answering the questions on the ground he was seeking legal advice and those discussions were between a solicitor and a client and, as such, were privileged.

[38] In his statement of defence, Estrin alleged, in the alternative, that if the representations were untrue, they were not negligently or fraudulently made.

[39] Alberta Wheat Pool submitted Estrin had put in issue his intention, the state of his knowledge and the information he had at the time he prepared the letter. Alberta Wheat Pool further submitted that because the denial of fraudulent and negligent behaviour could not be tried in absence of evidence of the legal advice which Estrin received prior to the preparation of that letter, the plaintiff must be entitled to examine upon this aspect. Justice Chrumka agreed. He stated at pages 542-543 as follows:

faisant valoir sa croyance dans l'exactitude de l'avis reçu du séquestre dans *Rogers*, précité). Il n'était pas non plus nécessaire que la GRC invoque l'existence de l'avis juridique de M. Leising comme argument contre l'imposition de l'arrêt des procédures (ce qui allait au-delà de ce qui a été fait dans *Rogers*). La GRC et le ministère public ayant toutefois agi de la sorte, je ne pense pas qu'il serait équitable d'empêcher la divulgation de l'avis en cause. [Non souligné dans l'original.]

[35] Le protonotaire Lafrenière s'est également fondé sur *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348 une décision du juge Chrumka de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

[36] Estrin agissait à titre d'avocat dans le cadre d'une transaction immobilière et a été poursuivi pour assertion inexacte et négligente, soit pour avoir fourni avec l'offre d'achat une lettre dans laquelle il affirmait détenir une traite bancaire en fiducie alors qu'il ne détenait en fait qu'un chèque non certifié postdaté à la date de clôture.

[37] Lors de l'interrogatoire préalable, il a affirmé avoir consulté deux avocats de deux cabinets différents et avoir discuté avec eux avant de rédiger la lettre en question ou une lettre similaire. L'avocat de la demanderesse lui a ensuite posé une série de questions portant sur le moment où ces conversations ont eu lieu, la raison et le contenu de ces discussions. Estrin a refusé de répondre à ces questions au motif qu'il s'agissait d'avis juridiques et qu'à ce titre ces discussions entre client et avocat constituaient des communications privilégiées.

[38] Pour sa défense, Estrin a allégué subsidiairement que si ses assertions étaient fausses, elle n'avaient pas été faites par négligence ou fraude.

[39] Alberta Wheat Pool a allégué qu'Estrin avait mis en cause son intention, son niveau de connaissance ainsi que les renseignements dont il disposait au moment de rédiger la lettre. La demanderesse a également soutenu que, comme la question de la dénégation de conduite frauduleuse et négligente ne pouvait être tranchée en l'absence de preuve concernant l'obtention par Estrin d'avis juridiques avant la rédaction de cette lettre, elle devait obtenir le droit de procéder à l'examen de cette question. Le juge Chrumka en a convenu. Il a affirmé ceci aux pages 542 et 543:

The Defendant Estrin's assertions that before he prepared the letter of January 18, 1982, he consulted two lawyers and sought legal advice raises the question whether he was induced to write the letter in reliance upon the advice of the two lawyers or either of them. If he was advised by one or both lawyers that the post-dated cheque was not a bank draft and was not in compliance with the offer, and he drafted and sent the letter regardless, this evidence is material to the issue of whether he acted fraudulently or negligently or whether he had an honest belief. During the Examination for Discovery he put forward as a partial basis for his defence the communications with legal counsel. Doing so, in my view, he waived the privilege that would have otherwise attended to the communications. . . .

In effect what the Defendant Estrin is saying is that he did not act on his own but that he sought and obtained legal advice from two lawyers and that he was relying, at least in part, on that advice when he wrote the letter. Evidence of his knowledge of the law and all the information he had at the time he wrote the letter is relevant to determine the issue as to what induced him to act and decide as he did. By his testimony the Defendant Estrin has voluntarily raised a defence which makes his intention and knowledge of the law relevant and he has thereby waived his solicitor-client privilege.

This case, in my view, involves the question of whether the solicitor-client privilege is waived whenever the communication between the solicitor and the client is legitimately put in issue in the action.

[40] I do not think the case law supports the proposition advanced by counsel for the Minister that no implied waiver of solicitor-client privilege occurs if a party is not relying on the contents or the substance of the legal advice received.

[41] The cases cited tell us that when determining whether solicitor-client privilege is deemed to have been waived, fairness to a party facing a trial is a guiding principle.

[42] How that element of fairness will be balanced against the values underlying solicitor-client privilege will depend on the circumstances and, in particular, on the underlying pleadings.

[43] This is the approach followed by Prothonotary Lafrenière. In his reasons, he stressed the point the

[TRANSDUCTION] Les allégations du défendeur Estrin selon lesquelles, avant de préparer la lettre du 18 janvier 1982, il a consulté deux avocats pour obtenir des avis juridiques soulève la question de savoir s'il a été incité à rédiger cette lettre en se fondant sur les conseils des deux avocats ou de l'un d'eux. Si l'un des avocats ou les deux l'ont avisé que le chèque postdaté n'était pas une traite bancaire et que cela n'était pas conforme à l'offre et qu'il a tout de même rédigé et envoyé la lettre, cette preuve est pertinente quant à la question de savoir si Estrin a agi par fraude ou négligence ou s'il croyait sincèrement ce qu'il a écrit. Au cours de l'interrogatoire préalable, il a invoqué les communications avec les avocats comme défense partielle. Ce faisant, il a, à mon avis, renoncé au privilège qui aurait autrement protégé ces communications [. . .].

Ainsi, ce que le défendeur Estrin affirme, c'est qu'il n'a pas agi de sa propre initiative, mais qu'il a demandé et obtenu des avis juridiques de deux avocats et qu'il s'est fondé sur ces avis, à tout le moins en partie, au moment de rédiger la lettre. La preuve de sa connaissance du droit et de l'ensemble des renseignements qu'il avait en sa possession au moment de rédiger la lettre est pertinente pour déterminer ce qui l'a incité à agir et à prendre la décision qu'il a prise. Lors de son témoignage, Estrin a volontairement soulevé une défense qui rend pertinentes son intention ainsi que sa connaissance du droit et il a de ce fait renoncé au privilège des communications entre client et avocat.

À mon avis, le présent litige soulève la question de savoir s'il y a renonciation au privilège des communications entre client et avocat dès lors que celles-ci sont mises en cause dans le cadre d'un litige [. . .].

[40] J'estime que la jurisprudence n'appuie pas l'argument avancé par l'avocat du ministre selon lequel il n'y a pas renonciation implicite au secret professionnel lorsqu'une partie n'appuie pas sa position sur le contenu ou la teneur de l'avis juridique reçu.

[41] Les décisions citées nous indiquent que, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a renonciation présumée au privilège des communications entre client et avocat, l'équité envers une partie qui subit un procès constitue le principe directeur applicable.

[42] La façon de soupeser l'équité par rapport aux valeurs sous-tendant le secret professionnel dépendra des circonstances et, en particulier, des plaidoiries présentées en l'espèce.

[43] Le protonotaire Lafrenière a suivi cette approche. Dans ses motifs, il a insisté sur le fait que le ministre

Minister would be relying on the fact of the Minister having taken legal advice to explain the delay in issuing the NOC to Apotex and thereby contribute to proving her actions were reasonable which is the essence of her defence.

[44] I think the Prothonotary was correct in reaching the conclusion he did. In the circumstances of this case, by relying on the fact of taking legal advice necessarily puts in issue the communications between the Minister's officials and her legal advisors in such a way that it would be unfair to shield those communications from disclosure.

[45] Put in another way, by relying on the fact of having asked for and received legal advice to explain the delay the Minister made relevant the contents of the legal advice received entitling Apotex to test whether, how and to what extent the communications between them on the issue of the impact of a change of solvent by Apotex on Justice Nadon's order, in fact, contributed to the delay in issuing the NOC. Apotex cannot get at the bottom of this issue without the disclosure of the contents of the communications between the Minister's officials and her legal advisors.

[46] For these reasons, the appeal from Prothonotary Lafrenière's June 17, 2003 order is dismissed with costs.

s'appuierait sur l'obtention d'un avis juridique pour justifier le retard à délivrer l'avis de conformité à Apotex et aider ainsi à démontrer que ses agissements étaient raisonnables, ce qui constitue l'essence de sa défense.

[44] J'estime que le protonotaire a eu raison de conclure ainsi. En l'espèce, le fait d'appuyer sa défense sur l'obtention d'un avis juridique met forcément en cause les communications entre les agents du ministre et ses conseillers juridiques de façon telle qu'il serait injuste d'empêcher la divulgation de ces communications.

[45] En d'autres termes, en alléguant que la demande et l'obtention des avis expliquaient le retard, le ministre a rendu pertinent le contenu des communications pertinentes. Il a, de ce fait, accordé à Apotex le droit de vérifier si ces communications entre les agents du ministre et leurs conseillers juridiques quant à l'incidence du changement de solvant sur l'ordonnance du juge Nadon ont contribué au retard dans la délivrance de l'avis de conformité et, le cas échéant, de quelle façon et dans quelle mesure. Apotex ne peut faire la lumière sur cette question sans obtenir la divulgation des communications entre les agents du ministre et leurs conseillers juridiques.

[46] Pour ces motifs, l'appel de l'ordonnance du protonotaire Lafrenière en date du 17 décembre 2003 est rejeté avec dépens.