

T-1627-82

T-1627-82

Chief Roy Whitney, Jr., Bradford Littlelight, Tom Runner, Bruce Starlight, Alex Crowchild, Peter Manywounds, Jr., Gilbert Crowchild, Sidney Starlight and Gordon Crowchild on behalf of themselves and the members of the Sarcee Band of Indians and the said Sarcee Band of Indians (Plaintiffs)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada (Defendant)

INDEXED AS: SARCEE BAND OF INDIANS v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Addy J.—Vancouver, January 15; Ottawa, February 9, 1990.

Practice — Evidence — Commission evidence — Protective order — Defendant obtaining commission evidence from three elderly witnesses to ensure evidence available for trial in event dying beforehand — Evidence relating to oral negotiations 40 years ago — Each party seeking order stipulating whether and to what extent video tape and transcript of testimony to be divulged and used by plaintiffs — As parties entitled to be present at all proceedings before and during trial, general practice to disclose commission evidence prior to trial to all parties — Necessity for commission evidence caused by plaintiffs' delay — Plaintiffs entitled to copy of transcript and to examine and copy video tapes — As (1) defence witnesses' testimony not normally available to plaintiffs until case put in at trial (2) defence may refrain from calling witnesses at trial and (3) credibility at issue, commission evidence to be sealed before filing — Plaintiffs' solicitors not to discuss content of commission evidence with clients.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 477(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Smith et al v. Greay et al (1885), 11 P.R. 238; *Wessels v. Wessels* (1941), 56 B.C.R. 239; [1941] 3 D.L.R. 528; [1941] 2 W.W.R. 629 (S.C.).

Le chef Roy Whitney fils, Bradford Littlelight, Tom Runner, Bruce Starlight, Alex Crowchild, Peter Manywounds fils, Gilbert Crowchild, Sidney Starlight et Gordon Crowchild en leur propre nom et au nom des membres de la Bande des Sarcis et ladite bande indienne des Sarcis (demandeurs)

b c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DES SARCIS c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Addy—Vancouver, 15 janvier; Ottawa, 9 février, 1990.

Pratique — Preuve — Commission rogatoire — Ordonnance protectrice — La défenderesse a obtenu la déposition, par voie de commission rogatoire, de trois témoins assez âgés pour s'assurer que cette déposition soit disponible au moment du procès au cas où l'un d'eux mourrait avant l'instruction — Déposition relative à des négociations orales entamées il y a 40 ans — Chaque partie conclut à une ordonnance en vue de déterminer si la bande magnétoscopique et la transcription des témoignages peuvent être divulguées et utilisées par les parties et si oui, dans quelle mesure — Puisque les parties ont le droit d'être présentes à toute procédure en tout temps avant et durant le procès, l'usage général veut que les dépositions prises au cours d'une commission rogatoire doivent être divulguées avant le procès à toutes les parties — S'il est devenu nécessaire d'obtenir une déposition par voie de commission rogatoire, c'est en raison du retard des demandeurs — Les demandeurs ont le droit d'obtenir une photocopie de la transcription et d'examiner et de reproduire les bandes magnétoscopiques — Comme 1) les demandeurs ne devraient normalement avoir accès à la déposition des témoins cités par la défense qu'au moment de l'instruction de leur cause; 2) comme la défense pourrait s'abstenir de citer des témoins au procès 3) et comme la crédibilité entrerait en ligne de compte, les dépositions par commission rogatoire seront scellées avant d'être produites — Les avocats des demandeurs doivent s'abstenir de discuter avec leurs clients du contenu des dépositions données au cours de la commission rogatoire.

LOIS ET RÈGLEMENTS

i Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 477(2).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Smith et al v. Greay et al (1885), 11 P.R. 238; *Wessels v. Wessels* (1941), 56 B.C.R. 239; [1941] 3 D.L.R. 528; [1941] 2 W.W.R. 629 (C.S.).

COUNSEL:

G. B. Gomery for plaintiffs.
Dogan D. Akman for defendant.

SOLICITORS:

Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

ADDY J.: Commission evidence was obtained from three witnesses in this matter. The defendant considered that the evidence would be important for the defence and was interested in obtaining the commission in order to ensure that the evidence of these witnesses would be available for trial in the event of any one of them dying before the case could be heard, since they were witnesses to events which occurred approximately forty years previously and were all of an advanced age.

There were two motions before me, one on behalf of the plaintiffs and one on behalf of the defendant, both in effect requesting an order stipulating whether and to what extent the video tape and transcript of the testimony might be divulged and used by the plaintiffs pending trial. Counsel for the defendant is requesting in effect that none of the evidence be divulged to any of the plaintiffs or their witnesses. Counsel for the plaintiffs is requesting the right to full disclosure and discussion of the evidence with his clients and witnesses previous to trial. On consent, both motions, since they dealt substantially with the same subject, were heard together.

I am fully cognizant of the decision in the English case of *Smith et al v. Greey et al* (1885), 11 P.R. 238, which ordered a full disclosure and which was followed and adopted in British Columbia in the decision of *Wessels v. Wessels* (1941), 56 B.C.R. 239; [1941] 3 D.L.R. 528; [1941] 2 W.W.R. 629 (S.C.), which have been referred to me. It is of some importance to note that in the *Wessels* case the commission evidence

AVOCATS:

G. B. Gomery pour les demandeurs.
Dogan D. Akman pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE ADDY: Trois témoins ont déposé par voie de commission rogatoire en l'espèce. La défenderesse était d'avis que leur déposition serait importante pour la défense et elle voulait en prendre connaissance afin de s'assurer que la déposition de ces témoins soit disponible au moment du procès au cas où l'un d'eux mourrait avant que l'affaire ne puisse être instruite, puisqu'ils étaient témoins d'événements survenus environ quarante ans auparavant et qu'ils étaient tous âgés.

Je suis saisi de deux requêtes, l'une présentée au nom des demandeurs et l'autre au nom de la défenderesse, sollicitant toutes deux une ordonnance en vue de déterminer si la bande magnéto-copique et la transcription des témoignages peuvent être divulguées et utilisées par les demandeurs au cours du procès et si oui, dans quelle mesure. L'avocat de la défenderesse demande en fait qu'aucun élément de cette preuve ne soit divulgué à l'un ou l'autre des demandeurs ou à leurs témoins. L'avocat des demandeurs prétend quant à lui qu'il a le droit d'exiger la divulgation de tous les éléments de preuve et d'en discuter avec ses clients et les témoins avant le procès. D'un commun accord, les deux requêtes ont été entendues simultanément puisqu'elles portaient essentiellement sur le même objet.

Je suis parfaitement au courant de la décision anglaise *Smith et al v. Greey et al* (1885), 11 P.R. 238, qui avait ordonné la divulgation de tous les éléments de preuve et avait été suivie en Colombie-Britannique dans l'affaire *Wessels v. Wessels* (1941), 56 B.C.R. 239; [1941] 3 D.L.R. 528; [1941] 2 W.W.R. 629 (C.S.), que l'on m'a citée. Il importe de remarquer que dans l'affaire *Wessels*, la déposition par voie de commission rogatoire a

was taken in the absence of the plaintiff or of any legal representative appearing on her behalf because she could not afford a legal representative. Therefore, neither the plaintiff nor her solicitor had any idea of what the commission contained. In neither the *Wessels* case (*supra*) nor in the *Smith v. Greey* case (*supra*) was there any suggestion that credibility or the possible recollection of witnesses would be in issue.

In the present case there is not only an allegation but what would appear to be a strong possibility that credibility and the accuracy of recollection of various witnesses will be a most important issue to be determined by the Trial Judge since his decision will necessarily be based on what was allegedly said and orally negotiated some forty years ago. This is also a class action in which every member of the Sarcee Band of Indians is a party and the several of whom will probably testify as to their recollection regarding what took place during the negotiations.

The general practice in England and in Canada is that evidence taken on commission should be disclosed previous to trial to all of the parties for use by them as they deem fit and proper. The obligation to divulge commission evidence follows from the rule that parties are entitled to be present at all proceedings both before and during trial: it is a salutary rule and should generally be followed. However, as in the case of most procedural rules established by jurisprudence, there can be exceptional circumstances where the proper administration of justice requires that exceptions be made.

As previously stated forty years have elapsed since the right of action arose and the necessity for obtaining commission evidence was created by the delay of the plaintiffs. The delay consisted not only in the institution of the action but in its actual prosecution: the statement of claim was issued in 1982 and the case is far from being ready for trial.

Counsel for the plaintiffs was present during the taking of commission evidence and is of course fully entitled to a copy of the transcript and to

été prise en l'absence de la demanderesse ou de son mandataire comparaisant en son nom parce qu'elle n'avait pas les moyens de recourir aux services d'un tel mandataire. Par conséquent, ni la demanderesse ni son avocat n'avaient la moindre idée de ce que contenait la déposition par voie de commission rogatoire. Ni l'affaire *Wessels* (précitée) ni l'affaire *Smith v. Greey* (précitée) n'ont laissé entendre que la crédibilité ou la mémoire des témoins était en litige.

En l'espèce, il est non seulement allégué mais il semble y avoir une forte possibilité que la crédibilité de différents témoins et la fidélité de leur mémoire soient une question des plus importantes que devra trancher le juge de première instance puisque sa décision sera nécessairement fondée sur ce qui aurait été dit et négocié oralement il y a environ quarante ans. Il s'agit en outre d'un recours collectif auquel chaque membre de la bande indienne des Sarcis est partie et plusieurs d'entre eux témoigneront probablement en se rappelant ce qui s'est passé au cours des négociations.

Selon l'usage général en Angleterre et au Canada, les dépositions prises au cours d'une commission rogatoire doivent être divulguées avant le procès à toutes les parties pour que celles-ci les utilisent si elles le jugent à propos. Cette obligation découle de la règle selon laquelle les parties ont le droit d'être présentes à toute procédure en tout temps avant et durant le procès: il s'agit d'une règle salutaire qui devrait généralement être suivie. Cependant, comme c'est le cas pour la plupart des règles de procédure établies par la jurisprudence, il peut y avoir des circonstances exceptionnelles où une saine administration de la justice exige qu'on prévoie des exceptions.

Comme il a été dit, quarante ans se sont écoulés depuis que le droit d'action a pris naissance et il est devenu nécessaire d'obtenir une déposition par voie de commission rogatoire en raison du retard des demandeurs. Ces derniers ont tardé non seulement à intenter l'action mais à y donner suite: la déclaration a été produite en 1982 et l'affaire est loin d'être prête à être instruite.

L'avocat des demandeurs était présent au cours de la commission rogatoire et il a bien sûr le droit d'obtenir une photocopie de la transcription et

examine and to copy the video tapes if he so desires.

He can also use his knowledge of the evidence to guide him in the examinations for discovery. Rule 477(2) [*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663*] dealing with pre-trial or pre-action orders for evidence to be used at trial reads as follows:

Rule 477. ...

(2) The Court may, by the same or any subsequent order, give all such directions touching the time, place and manner of the examination, the attendance of the witnesses and the production of papers thereat, and all matters connected therewith, as appears reasonable.

The witnesses who testified on commission were called on behalf of the defendant. Their testimony would not normally be available to the plaintiffs until their case had been put in at trial. Furthermore, the defendant might very well decide at trial to refrain from calling them.

For the above reasons and mainly because credibility would be involved in most of the important questions to be decided by the Court, and that an order excluding witnesses would most probably be given, I intend to issue a protective order governing the commission evidence. It will require that after copies of the original transcript and of the video tape have been supplied counsel, if requested, the commission evidence be sealed before filing, with a notation that it is not to be opened without further order of this Court. The solicitors and counsel for the plaintiffs are directed to refrain from directly or indirectly discussing with or disclosing to their clients or with any other person, other than any experts which they might wish to consult and perhaps eventually call as witnesses, the substance or content of the evidence given on commission. Should any experts be consulted they must also be advised that they are enjoined by the Court to refrain from communicating any part of the evidence to any other person without further order of this Court.

d'examiner et de reproduire les bandes magnétoscopiques s'il le désire.

Il peut également se servir de sa connaissance des éléments de preuve à titre de guide au cours des interrogatoires préalables. La Règle 477(2) [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663*] qui porte sur les ordonnances préalables au procès ou à l'action en vue de l'utilisation des éléments de preuve à l'instruction dispose:

Règle 477. ...

(2) La Cour pourra, par la même ordonnance ou une ordonnance subséquente, donner toutes autres instructions qui paraissent raisonnables relativement aux temps et lieu de l'interrogatoire, à la façon d'y procéder, à la comparution des témoins et à la production de pièces lors de cet interrogatoire, et à toutes les questions qui s'y rattachent.

Les témoins qui ont déposé lors de la commission rogatoire ont été cités pour le compte de la défenderesse. Les demandeurs ne devraient normalement avoir accès à leurs témoignages qu'au moment de l'instruction de leur cause. En outre, la défenderesse pourrait très bien décider au moment du procès de s'abstenir de les citer.

Pour les motifs susmentionnés et surtout parce que la crédibilité entrerait en ligne de compte dans la plupart des questions importantes qui devront être tranchées par la Cour, et qu'il y aurait fort probablement une ordonnance excluant les témoins, j'ai l'intention de rendre une ordonnance protectrice régissant les dépositions par voie de commission rogatoire. En vertu de cette ordonnance, une fois que les copies de la transcription et de la bande magnétoscopique originale auront été transmis aux avocats qui en font la demande, les dépositions par commission rogatoire seront scellées avant d'être produites, avec une note indiquant que les scellés ne pourront être levés sans une autre ordonnance de cette Cour. Les avocats des demandeurs ne pourront directement ou indirectement divulguer à leurs clients ou à toute personne autre que des experts qu'ils pourraient vouloir consulter et peut-être citer comme témoins la substance ou le contenu des dépositions données au cours de la commission rogatoire ni en discuter avec ces personnes. Les experts qui seront consultés doivent également savoir que la Cour leur interdit de communiquer quelque élément que ce soit de la preuve à toute autre personne sans une autre ordonnance de ladite Cour.

Since there is no proprietary interest in any witness, or prospective witness, it goes without saying that this order is not to be interpreted as prohibiting legal representatives of any of the parties from consulting any of the three witnesses who testified on commission and from communicating to any other person the contents of any such consultation.

Since success is divided in both motions before me, costs shall be in the cause.

Puisqu'il n'y a pas de droit de propriété sur quelque témoin que ce soit, même éventuel, il va sans dire qu'il ne faut pas interpréter cette ordonnance comme si elle interdisait aux mandataires des parties de consulter l'un des trois témoins qui ont déposé lors de la commission rogatoire ou de communiquer à toute autre personne le contenu de cette consultation.

Puisque les deux requêtes dont je suis saisi sont accueillies en partie, les dépens suivront l'issue de la cause.