

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*) T-787-88 Sa Majesté la Reine (*demanderesse*) T-787-88

v.

c.

ICHI Canada Ltd. (*Defendant*)

a

ICHI Canada Ltd. (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA v. ICHI CANADA LTD. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. ICHI CANADA LTD. (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 16 and 19, 1991.

b

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 16 et 19 septembre 1991.

*Practice — Discovery — Examination for discovery — B.C.C.A. decision holding no implied undertaking to use information obtained at discovery only for purposes of that litigation, not followed — Implied undertaking restricting use of information applies to Federal Court discovery process — Unlike situation in U.S.A., discovery materials not part of public record until filed with Court — Implied undertaking reducing number of pre-trial motions — Not leading to excessive litigation — Case law of other jurisdictions (U.K., Saskatchewan, Ontario, Alberta and New Brunswick) where implied undertaking existing, persuasive — Implied undertaking neither restricting use of information subsequently made part of public record nor affecting use of information obtained on discovery which could have been obtained from other sources — Party may apply for release from implied undertakings in collateral litigation.*

c

d

e

f

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Une décision par laquelle la Cour d'appel de la C.-B. a statué qu'il n'y avait pas d'engagement implicite à n'utiliser les renseignements obtenus pendant l'interrogatoire préalable qu'aux fins de l'instance n'a pas été suivie — L'engagement implicite limitant l'utilisation des renseignements s'applique aux interrogatoires préalables devant la Cour fédérale — Contrairement à ce qui se produit aux États-Unis, les documents obtenus dans le cadre de l'interrogatoire préalable ne font pas partie du dossier public tant qu'ils ne sont pas déposés devant la Cour — L'engagement implicite réduit le nombre de requêtes préalables au procès — Cela n'entraîne pas la multiplication des litiges — La jurisprudence établie en d'autres endroits (R.-U., Saskatchewan, Ontario, Alberta et Nouveau-Brunswick), selon laquelle un engagement implicite existe, est convaincante — L'engagement implicite ne limite pas l'utilisation des renseignements qui font subséquemment partie du domaine public et n'influe pas sur l'utilisation des renseignements obtenus pendant l'interrogatoire préalable qui auraient pu être obtenus d'autres sources — La partie peut demander, dans une instance connexe, à être relevée d'un engagement implicite.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 5.*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 65; [1986] 5 W.W.R. 481; 5 B.C.L.R. (2d) 1; 15 C.P.C. (2d) 52; 12 C.P.R. (3d) 347 (C.A.); *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.).

##### CONSIDERED:

*Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858), 4 K. & J. 88; 70 E.R. 37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 5.*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 65; [1986] 5 W.W.R. 481; 5 B.C.L.R. (2d) 1; 15 C.P.C. (2d) 52; 12 C.P.R. (3d) 347 (C.A.); *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858), 4 K. & J. 88; 70 E.R. 37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.).

## REFERRED TO:

*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Comp. Trib.); *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.); *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; (1987), 56 Sask. R. 152; 26 C.C.L.I. 121; 18 C.P.C. (2d) 117 (C.A.); *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769; 105 D.L.R. (3d) 341; 14 C.P.C. 87; 12 R.F.L. (2d) 353 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; 17 D.L.R. (4th) 745; 48 C.P.C. 199 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (Ont. H.C.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689; 34 C.P.C. (2d) 1; 25 C.P.R. (3d) 15 (H.C.); *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 299 (Q.B.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298; 79 Alta. L.R. (2d) 345 (Q.B.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; (1987), 22 C.P.C. (2d) 95 (Man. Q.B.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. v. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224; 259 A.P.R. 224 (Q.B.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 F.C. 325; (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (T.D.); *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 540; (1989), 24 C.P.R. (3d) 484; [1989] 2 C.T.C. 63; 89 DTC 5205 (T.D.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

## AUTHORS CITED

Bray, E. *The Principles and Practice of Discovery*, London: Reeves & Turner, 1885.  
 Eagles, Ian "Disclosure of Material Obtained on Discovery" (1984), 47 *Mod. L. Rev.* 284.  
 Hare, T. *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1877.  
 Love, P. H. "Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?" (1988), 66 *Wash. U.L.Q.* 745.  
 Seton, Sir H. W. *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7th ed. by A. R. Ingpen, F. T. Bloxman and H. G. Garrett, London: Stevens & Sons, 1912.  
 Williston, W. B. and R. J. *Rolls The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

## COUNSEL:

*Mary Jane Dodge, Q.C.* for plaintiff.  
*Lana K. L. Li* for defendant.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Trib. conc.); *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.); *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; (1987), 56 Sask. R. 152; 26 C.C.L.I. 121; 18 C.P.C. (2d) 117 (C.A.); *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769; 105 D.L.R. (3d) 341; 14 C.P.C. 87; 12 R.F.L. (2d) 353 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; 17 D.L.R. (4th) 745; 48 C.P.C. 199 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (H.C. Ont.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689; 34 C.P.C. (2d) 1; 25 C.P.R. (3d) 15 (H.C.); *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 299 (B.R.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298; 79 Alta. L.R. (2d) 345 (B.R.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; (1987), 22 C.P.C. (2d) 95 (B.R. Man.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. c. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 R.N.-B. (2d) 224; 259 A.P.R. 224 (B.R.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 C.F. 325; (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (1<sup>re</sup> inst.); *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 540; (1989), 24 C.P.R. (3d) 484; [1989] 2 C.T.C. 63; 89 DTC 5205 (1<sup>re</sup> inst.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

## DOCTRINE

Bray, E. *The Principles and Practice of Discovery*, London: Reeves & Turner, 1885.  
 Eagles, Ian «Disclosure of Material Obtained on Discovery» (1984), 47 *Mod. L. Rev.* 284.  
 Hare, T. *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1877.  
 Love, P. H. «Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?» (1988), 66 *Wash. U.L.Q.* 745.  
 Seton, Sir H. W. *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7th ed. par A. R. Ingpen, F. T. Bloxman et H. G. Garrett, London: Stevens & Sons, 1912.  
 Williston, W. B. et R. J. *Rolls The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

## AVOCATS:

*Mary Jane Dodge, c.r.*, pour la demanderesse.  
*Lana K. L. Li* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.

Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver, for defendant.

Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver, pour la défenderesse.

The following are the reasons for order rendered in English by:

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

REED J.: The defendant brings a motion to require the plaintiff to produce an officer to be examined for discovery. The dispute between the parties arises out of uncertainty as to the status of information obtained as a result of an examination for discovery which takes place pursuant to the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663].

b Le JUGE REED: La défenderesse dépose une requête afin de forcer la demanderesse à présenter un fonctionnaire pour qu'il soit interrogé au préalable. Le litige entre les parties porte sur le statut des renseignements obtenus dans le cadre d'un interrogatoire préalable effectué conformément aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663].

The plaintiff put forward an officer for discovery but sought an undertaking from counsel for the defendant that information obtained thereby would not be used for any purpose extraneous to the proceeding for which it was obtained. Counsel for the defendant refused to give such an undertaking. There is other litigation allegedly in progress to which such information might be relevant.

c La demanderesse a présenté un fonctionnaire pour l'interrogatoire préalable, mais a demandé à l'avocat de la défenderesse de s'engager à n'utiliser les informations obtenues qu'aux seules fins de l'instance. L'avocat de la défenderesse a refusé de prendre cet engagement. À l'heure actuelle, il existerait une autre instance pour laquelle ces informations pourraient être pertinentes.

The issue raised is whether discovery proceedings undertaken pursuant to the *Federal Court Rules* and practice are governed by the British Columbia Court of Appeal decision in *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 65.<sup>1</sup> The *Kyuquot* case held that there was no implied undertaking requiring parties to use information obtained from the opposite party on discovery, only for the purposes of that litigation. In the *Kyuquot* case it was decided that all such information automatically became public unless specific orders or undertakings had previously been given to the contrary.

d La question en litige est celle de savoir si la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 65<sup>1</sup> régit l'interrogatoire préalable prévu par les *Règles de la Cour fédérale* et par la pratique. Dans l'affaire *Kyuquot*, le tribunal a statué que les parties n'avaient pas l'obligation de n'utiliser qu'aux seules fins du litige les renseignements obtenus de la partie adverse au cours de l'interrogatoire préalable. Dans l'affaire *Kyuquot*, le tribunal a décidé que ces informations tombaient dans le domaine public à moins d'une ordonnance ou d'un engagement précis à l'effet contraire.

#### Position Generally Re: Use of Discovery Materials

h Politique générale concernant l'utilisation des informations obtenues dans le cadre des interrogatoires préalables

The position taken in the *Kyuquot* decision differs from that which exists elsewhere. In the United King-

i Les conclusions de la décision *Kyuquot* diffèrent des positions adoptées ailleurs. Au Royaume-Uni, la

<sup>1</sup> This same issue was dealt with for the purpose of the Competition Tribunal Rules in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 Comp. Trib., Reasons and Order Regarding Use of Material Obtained on Discovery and Criterion for Issuing Confidentiality (Protective) Orders.

<sup>1</sup> Cette question a également été étudiée dans le cadre des Règles de pratique du Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Trib. conc.), [TRADUCTION] Motifs et ordonnance concernant l'utilisation d'informations obtenues à l'interrogatoire préalable et critère régissant les ordonnances de non-divulgateion.

dom there is an implied undertaking, which accompanies disclosure on discovery, requiring the party who obtains documents or information not to use them for any purpose collateral or ulterior to the litigation in issue: see particularly *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.). The Saskatchewan Court of Appeal concluded in 1987 that the practice in that province was the same as in England: *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (Sask. C.A.). In Ontario, various first instance cases reveal that such an implied undertaking operates in that province: *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (Ont. H.C.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689 (H.C.).<sup>2</sup>

In Alberta, Manitoba, and New Brunswick, the courts, at least at the trial level, apply the principle of an implied undertaking: *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 299 (Q.B.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298 (Q.B.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (Man. Q.B.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. v. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224 (Q.B.). The existence of such an implied undertaking was recently recognized in a decision of the Associate Senior Prothonotary of this Court: *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 F.C. 325 (T.D.). See also *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 540 (T.D.), at pages 555-556, for discussion of the issue.

#### British Columbia Position and the *Kyuquot* Decision

In the light of this jurisprudence it is necessary to consider the *Kyuquot* decision more closely. In that case, the plaintiff in an action against British Columbia Forest Products Limited ("BCFP") and the Crown wished to disclose documents and other information that it had obtained through its discovery of BCFP to the plaintiffs in another action arising out of the same

<sup>2</sup> Textbook, W. B. Williston and R. J. Rolls, *The Law of Civil Procedure*, vol. 2 (Toronto: Butterworths, 1970), at p. 941 also describes the implied undertaking.

partie qui obtient des documents ou des informations au cours de l'interrogatoire préalable s'engage implicitement à ne pas les utiliser à des fins connexes ou ultérieures au litige: à cet effet, voir tout particulièrement l'affaire *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.). La Cour d'appel de la Saskatchewan a statué en 1987 que, dans cette province, le principe était le même que celui établi en Angleterre: *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (C.A. Sask.). En Ontario, diverses décisions de première instance font référence à l'engagement implicite: *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (H.C. Ont.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689 (H.C.).<sup>2</sup>

En Alberta, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick, les tribunaux, du moins en première instance, appliquent le principe de l'engagement implicite: *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta L.R. (2d) 299 (B.R.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298 (B.R.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (B.R. Man.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. c. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 R.N.-B. (2d) 224 (B.R.). Une décision du protonotaire adjoint de notre Cour a tout récemment reconnu l'existence de l'engagement implicite dans l'affaire suivante: *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 C.F. 325 (1<sup>ère</sup> inst.). Voir également *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 540 (1<sup>ère</sup> inst.), aux pages 555 et 556 sur cette question.

#### La situation de la Colombie-Britannique et l'arrêt *Kyuquot*

À la lumière de cette jurisprudence, il convient d'examiner plus attentivement la décision de l'affaire *Kyuquot*. Dans cette affaire, le demandeur, dans une poursuite intentée contre la British Columbia Forest Products Limited (la «BCFP») et la Couronne, souhaitait révéler les documents et autres informations obtenues au cours de l'interrogatoire préalable de la

<sup>2</sup> Le traité de W. B. Williston et R. J. Rolls, *The Law of Civil Procedure*, vol. 2 (Toronto: Butterworths, 1970), décrit également à la p. 941 cet engagement implicite.

facts. These other plaintiffs were suing only the Crown, having settled with BCFP, and therefore were not independently entitled to discovery of BCFP. McLachlin J.A. (as she then was), writing for the majority, first examined the state of English law as of 1858 (the date of reception in British Columbia). She held that in 1858 there was in England no implied undertaking to use documents produced on discovery only in the action in which they were produced. She also surveyed later developments in the law of that country which led to the modern position with respect to the implied undertaking, which she recognized clearly exists in England today. She concluded [at page 83] that:

... the idea of an implied undertaking to the court enforceable by contempt did not emerge until *Alderskye* [sic] and was not generally accepted until *Harman*. Until then, the obligation on a party in possession of discovery documents was enforced by express undertakings or injunctions.

The position in British Columbia was held to resemble the pre-*Alterskye* position in England.

The second main impetus for the decision appears to have been a policy consideration: that a blanket rule against using information obtained on discovery for purposes outside the case for which it was obtained would lead to excessive litigation.

#### Jurisprudence in the Nominate Reports

With respect to the British Columbia Court of Appeal's summary of the English law prior to *Alterskye*, it is based, at least in part, on certain early decisions contained in the nominate reports.<sup>3</sup> The nominate reports often give rise to conflicting

<sup>3</sup> The cases referred to at pp. 16-17 are: *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858), 4 K. & J. 88; 70 E.R.

(Continued on next page)

BCFP à des personnes agissant en qualité de demandeurs dans un autre litige découlant des mêmes événements. Ces derniers intentaient une poursuite contre la Couronne seule, ayant réglé avec BCFP, et par conséquent, n'avaient donc pas le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de la BCFP. Dans un jugement écrit, madame le juge McLachlin, J.C.A. (son titre à l'époque), pour la majorité, s'est d'abord penchée sur l'état du droit anglais en 1858 (date de sa réception en Colombie-Britannique). Elle a statué qu'en 1858, il n'existait en Angleterre aucun engagement implicite visant à limiter l'utilisation des documents obtenus dans le cadre d'un interrogatoire préalable à la seule affaire au cours de laquelle ils avaient été produits. Elle a également passé en revue l'évolution ultérieure du droit dans ce pays qui a amené l'adoption de la position moderne sur l'engagement implicite dont elle a clairement reconnu l'existence en Angleterre. Elle a conclu [à la page 83] que:

[TRADUCTION] ... l'idée d'un engagement implicite envers le tribunal dont la violation serait susceptible d'être sanctionnée comme un outrage au tribunal a pris naissance avec l'affaire *Alderskye* et n'a pas été confirmée avant l'affaire *Harman*. Auparavant, l'obligation des parties en possession de documents obtenus lors d'un interrogatoire préalable était appliquée soit par le biais d'engagements soit par injonction exprès.

La Cour d'appel a déclaré qu'en Colombie-Britannique, l'état du droit était celui qui existait en Angleterre avant l'affaire *Alterskye*.

La décision a également été motivée apparemment par des considérations générales: une règle d'application générale interdisant l'utilisation d'informations obtenues lors d'un interrogatoire préalable à des fins autres que celles de l'affaire pourrait entraîner un nombre excessif de litiges.

#### La jurisprudence contenue dans les recueils judiciaires privés (*Nominate Reports*)

Le résumé du droit anglais avant l'affaire *Alterskye* tel que présenté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est fondé, du moins en partie, sur certaines décisions anciennes contenues dans les recueils judiciaires privés<sup>3</sup>. Les recueils judiciaires privés

<sup>3</sup> Voici les affaires dont il est question aux pages 16 et 17: *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858),

(Suite à la page suivante)

interpretations because they are not official reports but merely notes taken down in court and compiled by the named reporter. With respect, the conclusion which I would draw from these early cases is different from that which was drawn in the *Kyuquot* decision. For example, the decision in *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.) was characterized as establishing the requirement to obtain express court orders or undertakings to restrict the use of discovery material to the instant case. I do not interpret the decision as establishing that proposition.

In the *Williams* case the defendants, before preparing a schedule of the documents in their possession (an affidavit of documents), undertook to give the plaintiff access to the documents for inspection. The documents were voluminous. The inspection did not go smoothly. The plaintiff applied to the Court for an order requiring production. The plaintiff alleged that the defendants would not grant access to anyone but the plaintiff personally and only for one hour per day. The defendants alleged that the plaintiff's solicitor's clerk was rude and offensive and that the plaintiff was misusing the documents by making them public. The Court indicated that both parties were at fault. It was held that the plaintiff and his agents were to be allowed access at all reasonable times and that in so far as the plaintiff's conduct was concerned:<sup>4</sup>

... it is not the right of a Plaintiff, who has obtained access to the Defendants' papers, to make them public. The Court has granted injunctions to prevent it, and I myself have done so, to prevent a Plaintiff, a merchant, from making public information obtained under the order for production.

I shall only make the order in this case, upon the Plaintiff's undertaking not to make public or communicate to any stranger to the suit the contents of such documents, and not to make them public in any way.

(Continued from previous page)

37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

<sup>4</sup> (1857), 23 Beav. 338, at p. 340.

donnent souvent lieu à des interprétations divergentes parce qu'il ne s'agit pas de rapports officiels, mais tout simplement de notes transcrites et compilées par des rapporteurs. Je ne tire pas les mêmes conclusions de ces affaires que celles qu'en a tirées la Cour dans l'arrêt *Kyuquot*. Par exemple, on a conclu que l'affaire *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.) établissait le principe qu'il fallait une ordonnance expresse du tribunal ou un engagement exprès pour restreindre l'utilisation des documents obtenus pendant l'interrogatoire préalable au litige. À mon avis, cette décision n'établit pas ce principe.

Dans l'affaire *Williams*, les défendeurs, avant de préparer l'annexe énumérant les documents en leur possession (l'affidavit attestant l'exactitude de la liste des documents), s'étaient engagés à permettre au demandeur de consulter les documents en question. Les documents étaient volumineux. L'examen s'est mal déroulé. Le demandeur a sollicité une ordonnance de la Cour exigeant la production des documents. Le demandeur alléguait que les défendeurs n'autorisaient que le demandeur en personne à l'exclusion de toute autre personne à consulter les documents, et ce, une heure par jour seulement. Les défendeurs ont soutenu que le secrétaire de l'avocat du demandeur était impoli et insolent et que le demandeur faisait mauvais emploi des documents en les rendant publics. Le tribunal a conclu que les deux parties avaient tort. Le tribunal a statué que le demandeur et ses agents devaient avoir accès raisonnable aux documents et quant au comportement du demandeur<sup>4</sup>:

[TRADUCTION] ... le demandeur qui a obtenu accès aux documents du défendeur n'a pas le droit de les rendre publics. La Cour a émis des injonctions visant à l'en empêcher, et j'ai moi-même pris cette mesure afin d'empêcher un demandeur commerçant de rendre publiques les informations obtenues en vertu d'une ordonnance d'examen.

Dans la présente affaire, j'accorderai une ordonnance avec l'engagement du demandeur de ne pas rendre public, ni de communiquer à aucun étranger au litige le contenu de ces documents, ni de ne le rendre public d'aucune façon.

(Suite de la page précédente)

4 K. & J. 88; 70 E.R. 37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

<sup>4</sup> (1857), 23 Beav. 338, à la p. 340.

I do not read the decision in the *Williams* case as standing for the proposition that an express order or undertaking must be obtained in order to have use of the documents restricted. Rather implicit in the decision is recognition that an obligation exists not to use discovery documents for purposes extraneous to the action even in the absence of an express court order so requiring. The fact that the Judge in that case made an express undertaking a condition of the order he finally gave would seem to have been for 'added insurance' rather than as a result of an absolute need to do so.

With respect to *Reynolds v. Godlee*,<sup>5</sup> a case heavily relied upon in the *Kyuquot* decision,<sup>6</sup> it must be noted that whatever may have been said about undertakings with respect to discovery documents, it was all *dicta*. That decision relates to a solicitor-client privilege and it was on that basis that the plaintiff was allowed in the end to refuse to produce the document. While the plaintiff had originally resisted production, not on the basis of solicitor-client privilege, but because he had obtained the document from another defendant by a motion, that is not the basis on which a decision was finally made. Also, in so far as this *dicta* is concerned, I read the decision as saying no more than that one cannot refuse to produce a document because it has been obtained from another in confidence and if the document has been obtained pursuant to an order for discovery the court is not prevented from requiring its disclosure to others.

With respect to the decision in *Tagg v. South Devon Railway Company*<sup>7</sup> it is not surprising that the Court of Chancery at that time refused to order that documents produced on discovery could not be used in an action at law. Prior to 1854, the only way discovery could be obtained in an action at law was by bringing a bill for discovery in Chancery.

À mon avis, l'arrêt *Williams* n'établit pas le principe que seule une ordonnance ou un engagement exprès permet de restreindre l'usage des documents. Au contraire, dans cette décision il appert que l'on reconnaît l'existence de l'obligation de ne pas utiliser les documents communiqués à des fins étrangères au litige, même en l'absence d'une ordonnance expresse du tribunal. Dans cette affaire, le juge a exigé un engagement exprès, comme condition de l'ordonnance émise, pour obtenir une «assurance supplémentaire» plutôt que par nécessité.

Quant à l'affaire *Reynolds v. Godlee*<sup>5</sup> sur laquelle le tribunal s'est en partie fondé dans l'affaire *Kyuquot*<sup>6</sup>, les affirmations portant sur les engagements pris au sujet des documents communiqués ne constituaient que de simples remarques incidentes. Cette décision porte sur le secret professionnel de l'avocat et grâce à ce principe, le demandeur a finalement obtenu la permission de refuser de produire le document. Le demandeur avait certes d'abord refusé de produire les documents, non pas en invoquant le secret professionnel de l'avocat, mais parce qu'il avait obtenu ce document d'un autre défendeur par voie de requête, mais la décision ne se fonde pas sur ce point. De plus, quant aux remarques incidentes, la décision dit tout simplement qu'il n'est pas permis de refuser de produire un document parce qu'il a été obtenu d'une autre personne à titre confidentiel et que, si le document a été obtenu suite à une ordonnance de communication, le tribunal peut en ordonner la divulgation à des tiers.

Quant à la décision dans l'affaire *Tagg v. South Devon Railway Company*<sup>7</sup>, la Court of Chancery avait refusé à l'époque d'émettre une ordonnance interdisant l'utilisation des documents communiqués dans une poursuite. Avant 1854, la seule façon d'obtenir la communication de documents dans une poursuite était de déposer une demande de divulgation auprès de la Court of Chancery.

<sup>5</sup> *Supra*, note 3.

<sup>6</sup> And in the article by Ian Eagles, "Disclosure of Material Obtained on Discovery" (1984), 47 *Mod. L.Rev.* 284, at par. 286n which is referred to in the *Kyuquot* decision.

<sup>7</sup> *Supra*, note 3.

<sup>5</sup> *Supra*, note 3.

<sup>6</sup> Et également dans l'article de Ian Eagles, «Disclosure of Material Obtained on Discovery» (1984), 47 *Mod. L. Rev.* 284, au par. 286n dont il est question dans la décision *Kyuquot*.

<sup>7</sup> *Supra*, note 3.

### Other Considerations

With respect to the references to the position in the United States which is referred to in *Kyuquot* it should be noted that the Federal Rules of Procedure in the United States require that many of the documents exchanged by the parties during the discovery process prior to trial be filed with the court; the documents thereby become part of the public record. This is undoubtedly one of the reasons why discovery is not subject to implied restricted use undertakings in the United States.<sup>8</sup> Transcripts of discovery proceedings are not automatically filed as part of the Federal Court's public record. They are only filed when introduced by the parties at trial, or when portions thereof are attached to affidavits for the purpose of certain pre-trial motions. Until made part of the public record the discovery process conducted pursuant to the *Federal Court Rules* is a non-public proceeding.

With respect to the argument that a general rule preventing use of documents and information obtained on discovery for purposes outside the context of the litigation will lead to excessive litigation, the opposite view is also a credible one. In fact, the general rule seems to have been operating in various jurisdictions for many years without much litigation arising therefrom. This is evident from the lack of reported jurisprudence in the United Kingdom between the early nominate reports and the *Alterskye* decision of 1948. While the existence of an implied undertaking is noted in a number of older texts such as *Hare on Discovery*,<sup>9</sup> *Bray on Discovery*<sup>10</sup> and *Seton's Judgments and Orders*,<sup>11</sup> there is little else referring to the practice in those early years. One can conclude that there are not many reported decisions on this subject because the principle of an implied

<sup>8</sup> See P. H. Love, "Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?" (1988) 66 *Wash. U.L.Q.* 745, at p. 763.

<sup>9</sup> T. Hare, *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2nd ed. by S. Hare (London: Stevens & Sons, 1877), at p. 268n.

<sup>10</sup> E. Bray, *The Principles and Practice of Discovery* (London: Reeves & Turner, 1885), at p. 238.

<sup>11</sup> Sir H. W. Seton, *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7th ed. by A. R. Ingpen, F. T. Bloxam and H. G. Garrett (London: Stevens & Sons, 1912), at p. 76.

### Autres considérations

Quant aux références à la position adoptée par les Etats-Unis dont il est question dans l'affaire *Kyuquot*, les Federal Rules of Procedure des Etats-Unis exigent que la plupart des documents échangés par les parties au cours de l'enquête préalable soient déposés au greffe; les documents font donc partie du domaine public. C'est pour cette raison sans doute que l'enquête préalable ne fait pas l'objet d'un engagement implicite visant à restreindre l'usage des documents aux Etats-Unis<sup>8</sup>. Les transcriptions de l'enquête préalable ne sont pas automatiquement déposées aux dossiers publics de la Cour fédérale. Elles y sont déposées lorsqu'elles sont présentées par les parties au cours de l'instance ou lorsque des extraits du document sont annexés aux affidavits préparés pour certaines requêtes avant procès. Avant d'être consignée au dossier officiel, l'enquête préalable demeure confidentielle en vertu des *Règles de la Cour fédérale*.

Quant à l'argument voulant qu'une interdiction générale d'utiliser les informations et les documents obtenus lors de l'examen à des fins étrangères au litige pourrait entraîner de nombreux litiges, l'opinion contraire est tout aussi défendable. En fait, il semble que la règle générale ait été appliquée dans divers pays, depuis des années, sans donner lieu à de nombreux litiges. L'absence de jurisprudence rapportée au Royaume-Uni entre les anciens recueils judiciaires privés et la décision de l'arrêt *Alterskye* de 1948 le démontre clairement. Même si de nombreux traités plus anciens mentionnent la notion d'engagement implicite, tels que *Hare on Discovery*<sup>9</sup>, *Bray on Discovery*<sup>10</sup> et *Seton's Judgments and Orders*<sup>11</sup>, il n'existe pratiquement aucune autre référence à cette pratique à cette époque. On peut conclure qu'il y a bien peu de jurisprudence rapportée sur ce sujet parce

<sup>8</sup> Voir P. H. Love, «Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?» (1988) 66 *Wash. U.L.Q.* 745, à la p. 763.

<sup>9</sup> T. Hare, *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2<sup>e</sup> éd. par S. Hare (London: Stevens & Sons, 1877) à la p. 268n.

<sup>10</sup> E. Bray, *The Principles and Practice of Discovery* (London: Reeves & Turner, 1885), à la p. 238.

<sup>11</sup> Sir H. W. Seton, *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7<sup>e</sup> éd. par A. R. Ingpen, F. T. Bloxam and H. G. Garrett (London: Stevens & Sons, 1912) à la p. 76.



undertaking was clearly established, well understood and operated smoothly.

Reference should be made to one other case: *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.). Reference must be made to this case because it is a rather strange decision and it was referred to in the *Kyuquot* decision. The *Harman* decision was concerned with determining when an undertaking respecting restricted use expired. The decision refers to the existence of implied undertakings although the undertaking, in fact, in that case was express. The decision is strange because it held that counsel's disclosure to a journalist of a document even after the document had been read in open court constituted a breach of the undertaking and was therefore contempt of court. It is reasonable to conclude that the courts of this country would be reluctant to follow the *Harman* decision, in the absence of a Supreme Court ruling which adopted it as correct. In fact, the English rules of court [Rules of the Supreme Court 1965] were amended [S.I. 1987, No. 1423] in 1987 (post-*Harman*) to explicitly provide that any undertaking with respect to the use of a document obtained on discovery expires upon the reading of or reference to the document in open court.<sup>12</sup>

### Federal Court Proceedings

What then of the position with respect to information obtained on discovery from the opposing side in a Federal Court proceeding?

In my view, an implied undertaking restricting the use of information (transcripts and documents) obtained on discovery applies to the Federal Court discovery process. As has already been noted, discovery materials do not become part of the public record

<sup>12</sup> O. 24, r. 14A:

14A. Any undertaking, whether express or implied, not to use a document for any purposes other than those of the proceedings in which it is disclosed shall cease to apply to such document after it has been read to or by the Court, or referred to, in open Court, unless the Court for special reasons has otherwise ordered on the application of a party or of the person to whom the document belongs.

que le principe de l'engagement implicite était clairement établi, bien compris et fonctionnait facilement.

Il faut invoquer une autre affaire: *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.). Il faut la citer parce qu'il s'agit d'une décision étonnante qui a été mentionnée dans l'arrêt *Kyuquot*. La décision *Harman* portait sur le moment où prend fin l'engagement de ne pas utiliser les documents. La décision porte sur l'existence des engagements implicites même si, en réalité, dans cette affaire, il s'agissait d'un engagement exprès. La décision est étonnante parce que le tribunal statue que la communication par un avocat à un journaliste d'un document qui a été lu en audience publique constitue une violation à l'engagement et, par conséquent, un outrage au tribunal. On peut raisonnablement conclure que les juridictions canadiennes seraient réticentes à appliquer la décision de l'affaire *Harman* en l'absence d'une décision de la Cour suprême reconnaissant l'importance du principe. En fait, les Rules of Court anglaises [Rules of the Supreme Court 1965] ont été modifiées en 1987 [S.I. 1987 No. 1423] (après l'affaire *Harman*) afin d'énoncer expressément la règle selon laquelle l'engagement portant sur l'utilisation d'un document communiqué expire au moment où on en fait lecture ou référence publiquement au cours d'une audience judiciaire<sup>12</sup>.

### Procédure de la Cour fédérale

Qu'en est-il donc de la position de la Cour fédérale quant à l'information obtenue lors de l'enquête préalable dans un litige?

À mon avis, le processus d'interrogatoire préalable de la Cour fédérale comprend l'engagement implicite de limiter l'utilisation des informations obtenues (transcriptions et documents). Nous l'avons dit, dans la présente Cour, les documents ne font pas partie du

<sup>12</sup> O. 24, r. 14A:

[TRADUCTION] 14A. L'engagement implicite ou exprès de ne pas utiliser un document à d'autres fins que celles de l'instance au cours de laquelle il a été communiqué prend fin au moment où lecture en est faite ou qu'on s'y est référé en audience publique à moins que la Cour, pour des motifs particuliers, n'émette une ordonnance à l'effet contraire à la demande d'une partie ou d'une personne à qui le document appartient.

in this Court until they are filed with the Court. Secondly, the operation of an implied undertaking likely reduces the number of pre-trial motions which might otherwise be brought. Thirdly, the jurisprudence in other jurisdictions, particularly the provinces, other than British Columbia, and that in the United Kingdom is persuasive.

Rule 5 of the *Federal Court Rules* provides that where a matter arises which is not dealt with by the rules, the Court may give directions to adopt the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of the province to which the subject-matter most particularly relates (the gap rule). Counsel have not sought such directions in this case and indeed if they had I would not have been inclined to adopt the British Columbia jurisprudence. I do not think a gap exists to which Rule 5 might apply and I assume counsel did not think so either since they did not raise it.

An order will therefore issue requiring the plaintiff to produce a representative for discovery. The defendant will know from the text of these reasons that an implied undertaking automatically arises so that information obtained on discovery is to be used only for the purposes of the litigation for which it is obtained. This does not, of course, restrict the use of any information which subsequently is made part of the public record. Nor does it affect the use of information which while obtained on discovery may also have been obtained from some other source. An implied undertaking cannot operate to pull under its umbrella documents and information obtained from sources outside the discovery process merely because they were also obtained on discovery. In addition, the implied undertaking does not prevent a party from applying, in the context of collateral litigation, for release from the implied undertaking, so that information obtained on discovery might be used in that litigation. This, however, is a matter to be determined in the context of that proceeding and not in this proceeding.

dossier tant qu'il n'y ont pas été versés. Deuxièmement, l'application d'un engagement implicite réduit probablement le nombre de requêtes avant procès qui pourraient être déposées. Troisièmement, la jurisprudence des autres pays et provinces, plus particulièrement celle des provinces autres que la Colombie-Britannique de même que celle du Royaume-Uni, est convaincante.

La Règle 5 des *Règles de la Cour fédérale* énonce que lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition des Règles, la Cour peut ordonner d'adopter la pratique et la procédure applicables en pareils cas dans les cours de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures (la règle des lacunes). Les avocats n'ont pas tenté d'obtenir de telles directives dans cette affaire et certes, s'ils l'avaient fait, je n'aurais pas été encline à suivre la jurisprudence de la Colombie-Britannique. Je ne crois pas à l'existence d'une «lacune» à laquelle la Règle 5 puisse s'appliquer et il me semble que les avocats n'y ont pas cru non plus, puisqu'ils n'ont pas soulevé cette question.

Une ordonnance sera donc émise exigeant que la demanderesse convoque un représentant aux fins de l'interrogatoire préalable. La défenderesse apprendra, à la lecture des présents motifs, l'existence d'un engagement implicite automatique, de telle sorte que l'information obtenue, lors de l'interrogatoire, ne pourra être utilisée qu'aux seules fins du litige pour lequel elle a été obtenue. Bien entendu, cela ne limite pas l'utilisation d'informations qui, subséquemment, feront partie du dossier public. Cette décision n'affecte pas non plus l'utilisation d'informations obtenues lors de l'interrogatoire préalable qui auraient pu être obtenues d'une autre source. L'engagement implicite ne peut porter sur des documents et des informations obtenus d'une source étrangère à l'interrogatoire préalable, sous prétexte qu'ils ont été obtenus pendant l'enquête préalable. De plus, l'engagement implicite n'empêche pas une partie de demander, dans le contexte d'une instance connexe, d'être relevée de cet engagement implicite, afin que les informations obtenues lors de l'interrogatoire préalable puissent être utilisées dans cette autre instance. Toutefois, il s'agit d'une question qui devra être déterminée dans le contexte de cette instance et non dans la présente affaire.