

T-1583-84

T-1583-84

Control Data Canada Ltd. (Plaintiff)

v.

Senstar Corporation (Defendant)

INDEXED AS: CONTROL DATA CANADA LTD. v. SENSTAR CORP.

Trial Division, Giles A.S.P.—Toronto, April 11 and May 6, 1988.

Practice — Discovery — Confidentiality order — Motion for order permitting release of information to American counsel with view to bringing action under American law for triple damages — Applicability of English case of Harman to discovery in Federal Court — Releasing information given on discovery to found action of penal nature would discourage disclosure upon discovery and impair administration of justice — Motion dismissed.

This was a motion for an order permitting disclosure to United States counsel of information subject to a confidentiality order and also of information provided on discovery not subject to the confidentiality order but subject to the implied undertaking referred to in *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.) or the general obligation mentioned in *Kyuquot Logging Ltd. v. B.C. Forest Prod. Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). The advice of American counsel was sought regarding the bringing of an action under American law which, if successful, would result in triple damages being awarded.

Held, the motion should be dismissed.

The common law rule that a witness could not be required to give evidence which might incriminate himself extends to the incrimination of his organization. This privilege was altered by the Evidence Acts, which require such evidence to be given, but prevent its use in another case. An implied undertaking or general obligation found in some of the cases extends the protection beyond the jurisdiction and applies it without need for the witness to claim it. Releasing information imparted on discovery for the purpose of founding an action of a penal nature would tend to hinder the voluntary provision of information upon discovery, thus having a deleterious effect on the administration of justice in this Court.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Home Office v Harman, [1982] 1 All ER 532 (H.L.).**Control Data Canada Ltd. (demanderesse)**

c.

Senstar Corporation (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: CONTROL DATA CANADA LTD. c. SENSTAR CORP.

Division de première instance, protonotaire-chef adjoint Giles—Toronto, 11 avril et 6 mai 1988.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Ordonnance de confidentialité — Requête en ordonnance autorisant la communication de renseignements à un avocat américain en vue d'une action visant à faire tripler les dommages-intérêts, qu'on envisageait d'intenter en vertu d'une loi américaine — Applicabilité de la décision anglaise Harman à l'interrogatoire préalable en Cour fédérale — La communication de renseignements fournis au cours de l'interrogatoire préalable afin qu'on puisse s'en servir pour fonder une action de caractère pénal découragerait la fourniture de renseignements à l'interrogatoire préalable et nuirait à l'administration de la justice — Requête rejetée.

Il s'agit d'une requête tendant à l'obtention d'une ordonnance permettant que soient communiqués à un avocat américain des renseignements faisant l'objet d'une ordonnance de confidentialité et aussi des renseignements fournis au cours de l'interrogatoire préalable qui échappent à l'ordonnance de confidentialité, mais qui seraient assujettis à l'engagement implicite mentionné dans *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.), ou qui relèveraient de l'obligation générale dont il est question dans *Kyuquot Logging Ltd. v. B.C. Forest Prod. Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). L'avis d'avocats américains a été demandé relativement à l'opportunité d'engager une action en vertu de la loi américaine, action qui, si elle était accueillie, aurait pour conséquence que les dommages-intérêts seraient triplés.

Jugement: la requête est rejetée.

La règle de *common law* selon laquelle un témoin ne peut être contraint à faire une déposition susceptible de l'incriminer s'applique également à l'incrimination de l'organisme auquel il appartient. Cette exemption a été modifiée par les lois en matière de preuve, qui exigent que de telles dépositions soient faites, mais qui interdisent qu'on s'en serve dans un autre litige. L'engagement implicite ou l'obligation générale prévus dans certaines décisions offrent une protection à l'extérieur du ressort de la cour, sans qu'il soit besoin que le témoin la réclame. La divulgation de renseignements fournis au cours de l'interrogatoire préalable afin qu'on puisse s'en servir pour fonder une action de caractère pénal aurait tendance à empêcher la communication volontaire de renseignements dans le cadre d'un interrogatoire préalable, ce qui nuirait à l'administration de la justice en Cour fédérale.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Home Office v Harman, [1982] 1 All ER 532 (H.L.).

CONSIDERED:

Kyuquot Logging Ltd. v. B.C. Forest Prod. Ltd. (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Halliburton Co. et al. v. Northstar Drillstem Ltd. et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (F.C.T.D.); *Riddick v Thames Board Mills Ltd.*, [1977] 3 All ER 677 (C.A.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 48 C.P.C. 199 (Ont. H.C.); (1985), 2 C.P.C. (2d) 76 (Ont. H.C.).

REFERRED TO:

Re Donald and Law Society of British Columbia (1983), 2 D.L.R. (4th) 385 (B.C.C.A.); *Johnson v. Law Society of Alberta* (1986), 66 A.R. 345 (Q.B.); *Johnstone v. Law Soc. of B.C.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Charles v. Royal Bank of Canada et al.*; *Canadian Imperial Bank of Commerce et al., Third Parties* (1987), 60 O.R. (2d) 537 (Ont. S.C.).

COUNSEL:

Ronald E. Dimock for plaintiff.
G. A. Piasetzki for defendant.

SOLICITORS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, for the plaintiff.
Rogers, Bereskin & Parr, Toronto, for the defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

GILES A.S.P.: The defendant has moved for an order permitting disclosure to United States counsel for the plaintiff, of information subject to a confidentiality order in this case, and also of information provided on discovery in this case, which is not subject to the confidentiality order, but would be subject to the implied undertaking found in *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.), or the general obligation referred to by Esson J.A. in his reasons in *Kyuquot Logging Ltd. v. B.C. Forest Prod. Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.) (the existence of which obligation was not found by the other judges in that case).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Kyuquot Logging Ltd. v. B.C. Forest Prod. Ltd. (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Halliburton Co. et autre c. Northstar Drillstem Ltd. et autre* (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (C.F. 1^{re} inst.); *Riddick v Thames Board Mills Ltd.*, [1977] 3 All ER 677 (C.A.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 48 C.P.C. 199 (H.C. Ont.); (1985), 2 C.P.C. (2d) 76 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

Re Donald and Law Society of British Columbia (1983), 2 D.L.R. (4th) 385 (C.A.C.-B.); *Johnson v. Law Society of Alberta* (1986), 66 A.R. 345 (B.R.); *Johnstone v. Law Soc. of B.C.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Charles v. Royal Bank of Canada et al.*; *Canadian Imperial Bank of Commerce et al., Third Parties* (1987), 60 O.R. (2d) 537 (C.S. Ont.).

AVOCATS:

Ronald E. Dimock pour la demanderesse.
G. A. Piasetzki pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, pour la demanderesse.
Rogers, Bereskin & Parr, Toronto, pour la défenderesse.

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

LE PROTONOTAIRE-CHEF ADJOINT GILES: La défenderesse a présenté une requête tendant à l'obtention d'une ordonnance permettant que soient communiqués à l'avocat de la demanderesse aux États-Unis des renseignements faisant l'objet d'une ordonnance de confidentialité en l'espèce et aussi des renseignements qui ont été fournis au cours de l'interrogatoire préalable en l'espèce et qui échappent à l'ordonnance de confidentialité, mais qui seraient assujettis à l'engagement implicite à l'existence duquel on a conclu dans la décision *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.) ou qui relèveraient de l'obligation générale dont parle le juge Esson de la Cour d'appel dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Kyuquot Logging Ltd. v. B.C. Forest Prod. Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.) (obligation qui n'a pas été reconnue par les autres juges siégeant dans cette affaire-là).

The motion was argued for the most part, on the point of the applicability of *Harman* to discovery in the Federal Court.

As was pointed out by Anderson J.A., in *Kyuquot*, "The absence of litigation in respect of this issue indicates that misuse of discovery was not a significant problem". In recent years in Canadian jurisdictions, the scope of discovery permitted has expanded, and that may in part account for the absence of litigation until recent years in this Court and then only the decision of Walsh J. in *Halliburton Co. et al. v. Northstar Drillstem Ltd. et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (F.C.T.D.), appears to have been reported. In that case, there was a confidentiality order which extended to information designated confidential, produced otherwise than on discovery. While referring to *Riddick v Thames Board Mills Ltd*, [1977] 3 All ER 677 (C.A.), in which Lord Denning, M.R., noted the existence of the implied undertaking. Mr. Justice Walsh did not specifically find an implied undertaking applicable to information obtained on discovery. He refused to amend the confidentiality order with reference to information produced on discovery, but did amend the order to permit disclosure of other confidential information to Alberta solicitors for the purpose of advising with respect to a prospective action in Alberta, but not for use as evidence in any such action.

It appears therefore, that the reference of Addy J. to *Riddick* may only be *dicta*. Nevertheless, in my view, the principle which he notes there is applicable in this case. In addition, I note that it would appear from *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 48 C.P.C. 199 (Ont. H.C.) and (1985), 2 C.P.C. (2d) 76 (Ont. H.C.) that the implied undertaking or a variant of it is part of the Law of Ontario.

Les débats relatifs à la requête ont porté principalement sur la question de l'applicabilité de la décision *Harman* aux interrogatoires préalables en Cour fédérale.

^a Comme l'a fait remarquer le juge Anderson de la Cour d'appel dans l'arrêt *Kyuquot*: [TRADUCTION] «L'absence de litiges sur cette question indique que l'usage abusif de l'interrogatoire préalable ne constitue pas un problème majeur». Au cours des dernières années, on a assisté à un élargissement de la portée des interrogatoires préalables permis dans les ressorts canadiens, ce qui explique peut-être en partie le fait que jusqu'à dernièrement cette Cour n'a pas été saisie de litiges dans ce domaine et, encore là, seule la décision *Halliburton Co. et autre c. Northstar Drillstem Ltd. et autre* (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (C.F. 1^{re} inst.), du juge Walsh, paraît avoir été publiée. Dans cette affaire, on avait rendu une ordonnance de confidentialité qui visait notamment les renseignements désignés confidentiels produits autrement que dans le cadre de l'interrogatoire préalable. Bien qu'il se soit référé à l'arrêt *Riddick v Thames Board Mills Ltd*, [1977] 3 All ER 677 (C.A.), dans lequel le maître des rôles lord Denning a constaté l'existence d'un engagement implicite, le juge Walsh n'a pas conclu expressément qu'il y avait un engagement implicite qui s'appliquait aux renseignements obtenus à l'étape de l'interrogatoire préalable. Tout en refusant de modifier l'ordonnance de confidentialité dans la mesure où elle visait des renseignements produits au cours de l'interrogatoire préalable, il l'a cependant modifiée de façon à permettre la communication d'autres renseignements confidentiels à des avocats albertains afin qu'ils puissent donner des conseils relativement à une action qu'on envisageait d'introduire en Alberta, mais ils ne pouvaient pas s'en servir ^h comme preuve dans une telle action.

Il se peut donc que ce ne soit que d'une manière incidente que le juge Addy a parlé de l'arrêt *Riddick*. Quoi qu'il en soit, j'estime que le principe qui est posé dans cet arrêt-là et dont parle le juge Addy, s'applique en l'espèce. Je signale en outre qu'il paraît se dégager de la décision *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 48 C.P.C. 199 (H.C. Ont.) et (1985), 2 C.P.C. (2d) 76 (H.C. Ont.), que l'engagement implicite ou une variante de celui-ci fait partie du droit de l'Ontario.

In this case, it was stated that the reason for wishing to disclose information obtained on discovery to American counsel was to seek their advice with regard to bringing an action under American legislation which, if successful, would result in triple damages being awarded. An action so described is penal in nature. Therefore, principles such as those resulting in section 11 of the Charter have to be considered.

Again, there is some apparent difference in the cases as to the extent of protection and whether it applies in the case of penal as well as criminal matters. (see *Re Donald and Law Society of British Columbia* (1983), 2 D.L.R. (4th) 385 (B.C.C.A.); *Johnson v. Law Society of Alberta* (1986), 66 A.R. 345 (Q.B.); *Johnstone v. Law Soc. of B.C.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Charles v. Royal Bank of Canada et al.*; *Canadian Imperial Bank of Commerce et al., Third Parties* (1987), 60 O.R. (2d) 537 (Ont. S.C.)).

I therefore go back to the old common law rule that a witness could not be required to give evidence which might incriminate himself. This was extended in the earliest times to grant protection against being required to give evidence which might incriminate his organization. This privilege of a witness was abridged or altered by the Evidence Acts, which require such evidence to be given, but prevent its use in another case. The implied undertaking of *Harman* or the general obligation of *Esson J.A.* provide in essence a similar protection to that provided by the Evidence Acts (which possibly can be relieved against by the Court) but also has the effect of extending the protection beyond the jurisdiction and applying the protection without need for the witness to claim it.

I note that in finding there is an implied undertaking or general obligation, the defendant is in practice denied the advice of United States counsel because, as has been pointed out in the English cases, the client as well as the solicitor is prohib-

Dans la présente espèce, on dit que, si l'on désire communiquer à des avocats américains des renseignements obtenus à l'étape de l'interrogatoire préalable, c'est pour leur demander des conseils relativement à l'opportunité d'engager une action en vertu de la loi américaine, action qui, si elle était accueillie, aurait pour conséquence que le montant des dommages-intérêts serait triplé. Or, il s'agit dans ce cas-là d'une action de caractère pénal. Cela étant, il faut tenir compte de principes comme ceux énoncés à l'article 11 de la Charte.

Rappelons qu'il n'y a apparemment pas unanimité dans la jurisprudence quant à l'étendue de la protection accordée et quant à savoir si elle s'applique aussi bien dans le cas d'une action de caractère pénal qu'en matière criminelle (voir *Re Donald and Law Society of British Columbia* (1983), 2 D.L.R. (4th) 385 (C.A.C.-B.); *Johnson v. Law Society of Alberta* (1986), 66 A.R. 345 (B.R.); *Johnstone v. Law Soc. of B.C.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Charles v. Royal Bank of Canada et al.*; *Canadian Imperial Bank of Commerce et al., Third Parties* (1987), 60 O.R. (2d) 537 (C.S. Ont.)).

Je me reporte donc à la vieille règle de *common law* selon laquelle un témoin ne pouvait être contraint de faire une déposition susceptible de l'incriminer. On n'a pas attendu très longtemps pour étendre la portée de cette règle afin de mettre un témoin à l'abri de l'obligation d'avoir à donner un témoignage pouvant incriminer l'organisme auquel il appartenait. Le privilège dont jouissaient les témoins à cet égard a été limité ou modifié par les lois en matière de preuve, qui exigent que de telles dépositions soient faites mais qui interdisent qu'on s'en serve dans un autre litige. L'engagement implicite dont il s'agit dans l'affaire *Harman* et l'obligation générale mentionnée par le juge d'appel *Esson* accordent essentiellement par le même protection que celle des lois en matière de preuve (protection à laquelle la Cour peut, peut-être, faire des exceptions), mais ils ont en outre pour effet d'offrir cette protection à l'extérieur du ressort de la cour, et ce, sans qu'il soit besoin que le témoin la réclame.

Je me rends bien compte qu'une conclusion à l'existence d'un engagement implicite ou d'une obligation générale aura pour conséquence que la défenderesse se verra en pratique refuser la possibilité d'obtenir l'avis d'un avocat américain parce

ited from making use of the information. However, the public policy aspect of encouraging voluntary production of information on discoveries, must outweigh the interest of the defendant in simplifying its consideration of a possible action of a penal nature in the United States. The absence of the implied undertaking or general obligation would discourage the voluntary production of information on discovery.

It was indicated in *Kyuquot*, that the implied undertaking could be relieved against by the Court. Whether this is indeed the case, I do not have to decide, as I find this is not an occasion in which such discretion, if it exists, should be exercised. Any exercise of discretion which might hinder the voluntary provision of information on discoveries would have a deleterious effect on the administration of justice in this Court. It is my view, that releasing confidential information for the purpose of criminating, that is to say founding, an action of a penal nature, would tend to hinder the voluntary provision of information. The motion will therefore be dismissed.

ORDER:

Motion dismissed.

que, comme on l'a fait remarquer dans la jurisprudence anglaise, il est interdit aussi bien au client qu'à l'avocat de se servir des renseignements en question. Toutefois, l'intérêt public dans l'encouragement de la communication volontaire de renseignements dans le cadre d'interrogatoires préalables doit primer l'intérêt qu'a la défenderesse à se faciliter la prise d'une décision relativement à l'opportunité d'engager une action de nature pénale aux États-Unis. En l'absence d'un engagement implicite ou d'une obligation générale, on serait peu enclin à communiquer des renseignements volontairement dans le cadre d'un interrogatoire préalable.

Il a été sous-entendu dans l'arrêt *Kyuquot* que la Cour pouvait déroger à l'engagement implicite. Or, s'il en est vraiment ainsi (point sur lequel je n'ai pas à statuer, car j'estime qu'il n'y a pas lieu en l'espèce d'exercer un tel pouvoir discrétionnaire, à supposer qu'il existe), tout exercice du pouvoir discrétionnaire qui risquerait d'entraver la communication volontaire de renseignements au cours d'interrogatoires préalables nuirait à l'administration de la justice en cette Cour. À mon avis, divulguer des renseignements confidentiels afin d'incriminer quelqu'un, c'est-à-dire pour fonder une action de caractère pénal, aurait tendance à empêcher la communication volontaire de renseignements. Par conséquent, la requête sera rejetée.

ORDONNANCE:

La requête est rejetée.