

T-1096-95

T-1096-95

Andersen Consulting (Plaintiff)**Andersen Consulting (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**Sa Majesté la Reine (défenderesse)****INDEXED AS: ANDERSEN CONSULTING v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ANDERSEN CONSULTING c. CANADA (I^{re} INST.)**

Trial Division, Hugessen J.—Ottawa, January 12 and 19, 2001.

Section de première instance, juge Hugessen—Ottawa, 12 et 19 janvier 2001.

Practice — Discovery — Production of documents — Implied undertaking — Obligation on receiving party to return or destroy documents which have not become part of public record at conclusion of litigation — Crown arguing cannot do so as obligation superseded by National Archives of Canada Act obligations concerning documents under control of government institutions — Documents not under control of Department of Justice and continue to be subject to undertaking — Access to Information Act case law not governing herein.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Engagement implicite — Obligation de la part de la partie qui reçoit les documents de remettre ou de détruire ceux qui n'ont pas été versés au dossier public à l'issue de l'instance — La Couronne a allégué qu'elle ne pouvait le faire étant donné que cette obligation était assujettie aux obligations qui lui étaient imposées par la Loi sur les archives nationales du Canada concernant les documents qui sont sous le contrôle des institutions fédérales — Les documents n'étaient pas sous le contrôle du ministère de la Justice et continuent de faire l'objet de l'engagement implicite — La jurisprudence découlant de la Loi sur l'accès à l'information n'est pas déterminante en l'espèce.

Practice — Costs — Solicitor and client — Counsel for Crown taking position prevented by National Archives of Canada Act from returning or destroying documents obtained at discovery, newer becoming part of public record as case settled out of court — Implied undertaking to Court breach of which punishable as contempt of court — Crown lawyers should not have waited till had advantage of document discovery before making argument based on Archives Act — Conduct of Crown lawyers unconscionable, incompatible with duty to Court, plaintiff — Forced plaintiff to fight costly, unnecessary battle — Costs against Crown on solicitor and client basis.

Pratique — Frais et dépens — Avocat et client — Les avocats de la Couronne ont fait valoir que la Loi sur les archives nationales du Canada les empêchait de retourner ou de détruire les documents qu'il avait obtenus à l'étape de l'interrogatoire préalable, mais qui n'ont jamais été versés au dossier public étant donné que l'affaire a fait l'objet d'un règlement hors cour — Le manquement à l'engagement implicite envers la Cour est considéré comme un outrage au tribunal — Les avocats de la Couronne n'auraient pas dû attendre d'avoir eu l'avantage d'obtenir les documents à l'étape de la communication de la preuve avant de soulever leur argument fondé sur la Loi sur les archives — La conduite des avocats de la Couronne est abusive, et incompatible avec leur obligation envers la Cour et la partie demanderesse — Cette attitude a forcé la demanderesse à livrer une bataille coûteuse et inutile — Les frais sont adjugés contre la Couronne sur la base des frais entre avocat et client.

After the action was settled before trial, the plaintiff sought an order for the return or destruction of a very large number of documents copied by the plaintiff and turned over to the defendant as part of the discovery process. The documents were not produced in evidence and never became part of the public record. Crown lawyers informed plaintiff that the documents could neither be returned nor destroyed in view of the legal obligation to retain them and, in due course, turn them over to the archives under the terms of the *National Archives of Canada Act*.

Après le règlement de l'action avant l'instruction, la demanderesse a réclamé une ordonnance pour que lui soit remis ou que soit détruit un très grand nombre de documents qui ont été photocopiés par elle avant d'être remis à la défenderesse à l'étape de la communication de la preuve. Les documents n'ont pas été produits en preuve et n'ont jamais fait partie du dossier public. Les avocats de la Couronne ont informé la demanderesse qu'ils ne pouvaient ni détruire ni remettre les documents parce qu'ils étaient tenus par la loi de les conserver et, en temps et lieu, de les remettre aux archives en vertu de la *Loi sur les archives nationales du Canada*.

The documents had been given to the lawyers for the Crown under the terms of the “implied undertaking” under which all information obtained in the process of discovery in a Federal Court of Canada civil action is only to be used by the party to whom it is given for the purposes of the action and is not to be disclosed or otherwise made use of unless it is produced in evidence and becomes part of the public record.

The undertaking is not a mere matter of contract but is imposed by the Court itself on a litigant who takes advantage of the discovery process. Since the undertaking is given to the Court, it may be enforced by the Court through use of the contempt power. In practice, it usually includes an obligation on the part of the receiving party to return or destroy the documents (those which have not become part of the public record) at the conclusion of the litigation.

Held, the motion should be allowed.

This issue has never before arisen. The *National Archives of Canada Act*, enacted in 1987, has never before been put forward as a barrier to the usual Court practice in this matter. It was disturbing that the Department of Justice had waited so long to raise this argument. Crown lawyers should have made this argument at the outset of the process rather than waiting until they had had the advantage of the intrusive elements of document discovery before maintaining that they could not deliver on the *quid pro quo*.

Access to Information Act case law did not govern the case at bar. The two statutes were not *in pari materia*, having different objectives. Cases under the Access Act do not deal with a situation where the law itself imposes a condition upon the government institution receiving a document. Crown lawyers have no option to decline giving the implied undertaking: by accepting the documents they are bound towards the Court to deal with them only in the way permitted by the undertaking. Furthermore, the undertaking extends not just to the actual documents, but to all information obtained through the discovery process — oral discovery as well as production of documents. Such information cannot be said to be in the government’s control, its possession being constrained and restricted by law.

The 1988 English Chancery Division case of *Brue Ltd. v. Solly* was distinguished and disapproved. To rely upon ownership of a chattel — a piece of paper — as defeating the more fundamental right to privacy placed an inordinate

Les documents avaient été remis aux avocats de la Couronne en vertu de «l’engagement implicite» aux termes duquel tous les renseignements obtenus à l’étape de la communication de la preuve dans une action civile intentée devant la Cour fédérale du Canada ne peuvent être utilisés que par la partie à laquelle ils sont remis pour les fins de l’action et ne doivent pas être divulgués ni autrement utilisés tant et aussi longtemps qu’ils ne sont pas produits en preuve et versés au dossier public.

L’engagement n’est pas une simple question de contrat, mais est exigé par la Cour elle-même de la part d’une partie qui fait appel à la procédure de la communication de la preuve. Puisque l’engagement est pris envers la Cour, c’est à la Cour qu’il revient de le faire respecter au moyen de son pouvoir de sanction pour outrage au tribunal. En pratique, cet engagement inclut habituellement l’obligation pour la partie qui reçoit les documents de remettre ou de détruire ces documents (ceux qui ne font pas partie du dossier public) à l’issue de l’instance.

Jugement: la requête est accueillie.

Cette question n’a jamais été soulevée auparavant. La *Loi sur les archives nationales du Canada*, adoptée en 1987, n’a jamais été utilisée pour faire obstacle à la pratique habituellement suivie par la Cour dans ce domaine. Il est étonnant de constater que le ministère de la Justice a choisi d’attendre si longtemps pour soulever cet argument. Les avocats de la Couronne auraient dû divulguer ce fait dès le début de la procédure et non pas attendre d’avoir eu l’avantage de profiter de cette intrusion que constitue la communication des documents avant de prétendre qu’ils ne peuvent respecter leur engagement.

Les affaires décidées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* ne sont pas déterminantes en l’espèce. Les deux lois ne traitent pas des mêmes matières, puisque leurs objectifs sont différents. Les affaires décidées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* ne traitent pas d’une situation où la loi elle-même impose une condition à une institution fédérale qui reçoit un document. Les avocats de la Couronne n’ont pas la faculté de refuser de prendre l’engagement implicite: en acceptant les documents, ils s’engagent envers la Cour à utiliser ces documents uniquement de la façon autorisée par cet engagement. En outre, l’engagement porte non seulement sur les documents eux-mêmes, mais sur tous les renseignements obtenus dans le cadre du processus de communication de la preuve — à l’étape de l’interrogatoire préalable comme de la production des documents. On ne peut dire que ces documents sont sous le contrôle du gouvernement, parce que la possession qu’en a ce dernier est limitée par la loi.

Distinction est faite avec la décision que la Division de la Chancellerie anglaise a rendue en 1988 dans l’affaire *Brue Ltd. v. Solly*, et que la Cour désapprouve. S’appuyer sur la propriété d’un bien meuble — un morceau de papier —

value on the right of property in an object with virtually no inherent value.

In the event that the documents were turned over to the archives, the *Access to Information Act* would apply; anybody could request to have access to them; although the plaintiff might then be able successfully to oppose that request, it would have to do so indefinitely, and at its own expense.

Therefore, the documents in question were not and are not under the control of the Department of Justice and continue to be subject to the terms of the undertaking. They must be returned.

The Crown lawyers' approach in this matter has been wholly unconscionable. There was no excusing their taking a position which was entirely incompatible with their obligations to both the Court and the plaintiff. The Crown was accordingly ordered to pay costs on a solicitor and client basis.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 "record", 4(1).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 151, 152.
National Archives of Canada Act, R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 1, ss. 2 "record", 4(1), 5.
Public Archives Act (The), S.C. 1912, c. 4.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Goodman v. Rossi (1995), 24 O.R. (3d) 359; 125 D.L.R. (4th) 613; 12 C.C.E.L. (2d) 105; 37 C.P.C. (3d) 181; 83 O.A.C. 38 (C.A.).

DISAPPROVED:

Brue Ltd. v. Solly (1988) *The Times*, February 9, 1988 (Ch. D.).

DISTINGUISHED:

Baldasaro, Blacklock and Tucker v. Canada (1986), 4 F.T.R. 120 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 82 C.P.R. (3d) 290; 140 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441 (C.A.).

pour faire échec au droit plus fondamental de la confidentialité des renseignements qu'il contient accorde une valeur excessive au droit de propriété applicable à un objet qui n'a virtuellement aucune valeur intrinsèque.

Si les documents étaient remis aux archives, la *Loi sur l'accès à l'information* s'appliquerait; n'importe qui pourrait demander d'avoir accès à ces documents; même si la demanderesse pouvait s'opposer avec succès à cette demande de production, elle devrait le faire indéfiniment et à ses propres frais.

Par conséquent, les documents en question n'étaient pas et ne sont pas sous le contrôle du ministère de la Justice et continuent de faire l'objet de l'engagement implicite. Ils doivent être remis à la demanderesse.

La conduite des avocats de la Couronne en l'espèce est tout à fait abusive. On ne peut les excuser d'avoir adopté une position qui est tout à fait incompatible avec leurs obligations envers la Cour comme envers la demanderesse. Par conséquent, la Cour a adjugé les dépens sur la base des frais entre avocat et client contre la Couronne.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3 «document», 4(1).
Loi sur les archives nationales du Canada, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 2 «documents», 4(1), 5.
Loi sur les archives publiques, S.C. 1912, ch. 4.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 151, 152.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Goodman v. Rossi (1995), 24 O.R. (3d) 359; 125 D.L.R. (4th) 613; 12 C.C.E.L. (2d) 105; 37 C.P.C. (3d) 181; 83 O.A.C. 38 (C.A.).

DÉCISION CRITIQUÉE:

Brue Ltd. v. Solly (1988) *The Times*, February 9, 1988 (Ch. D.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Baldasaro, Blacklock et Tucker c. Canada (1986), 4 F.T.R. 120 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 82 C.P.R. (3d) 290; 140 F.T.R. 140 (C.F. 1^{re} inst.)
Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics), [1995] 2 C.F. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Stewart, [1988] 1 S.C.R. 963; (1988), 50 D.L.R. (4th) 1; 39 B.L.R. 198; 41 C.C.C. (3d) 481; 19 C.I.P.R. 161; 21 C.P.R. (3d) 289; 63 C.R. (3d) 305; 85 N.R. 171; 28 O.A.C. 219.

MOTION, pursuant to an “implied undertaking”, for the return or destruction of documents copied by the plaintiff and turned over to the Crown in the discovery process in a civil action. Motion granted.

APPEARANCES:

Barbara A. McIsaac, Q.C. for plaintiff.
Geoffrey S. Lester for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault, Ottawa, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada, for defendant.

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

[1] HUGESSEN J.: This motion brought by the plaintiff seeks an order for the return or destruction of a very large number of documents which were copied by the plaintiff and turned over to the defendant as part of the discovery process in an action between the parties in this Court. The action was settled before trial on the payment of an undisclosed sum of money, which included a sum for costs, by the defendant. The documents in question were never produced in evidence and never became part of the public record.

[2] Following settlement of the action, the solicitors for the two parties entered into correspondence regarding the documents. Lawyers for the Department of Justice asked for the return of the documents which they had produced to the plaintiff and sought the latter’s instructions regarding the plaintiff’s documents. Shortly thereafter, however, Justice apparently had a change of heart and informed plaintiff’s solicitors

DÉCISION MENTIONNÉE:

R. c. Stewart, [1988] 1 R.C.S. 963; (1988), 50 D.L.R. (4th) 1; 39 B.L.R. 198; 41 C.C.C. (3d) 481; 19 C.I.P.R. 161; 21 C.P.R. (3d) 289; 63 C.R. (3d) 305; 85 N.R. 171; 28 O.A.C. 219.

REQUÊTE, fondée sur un «engagement implicite», en vue de la remise ou de la destruction de documents photocopiés par la demanderesse et remis à la Couronne à l’étape de la communication de la preuve dans une action civile. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Barbara A. McIsaac, c.r. pour la demanderesse.
Geoffrey S. Lester pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCarthy Tétrault, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE HUGESSEN: Dans la présente requête, la demanderesse réclame une ordonnance pour que lui soit remis ou que soit détruit un très grand nombre de documents qui ont été photocopiés par elle avant d’être remis à la défenderesse à l’étape de la communication de la preuve dans une action mettant en cause les parties devant notre Cour. Un règlement est intervenu avant l’instruction en échange du versement, par la défenderesse, d’une somme d’argent dont le montant n’a pas été divulgué et qui incluait un montant au titre des dépens. Les documents en question n’ont jamais été produits en preuve et n’ont jamais fait partie du dossier public.

[2] Après le règlement de l’action, les avocats des deux parties ont échangé plusieurs lettres concernant les documents. Les avocats du ministère de la Justice souhaitaient que les documents remis à la demanderesse leur soient retournés et ils lui demandaient des directives à cet égard. Peu après, toutefois, le ministère de la Justice a apparemment changé d’idée et informé les avocats de la demanderesse qu’il ne

tors that it could neither destroy nor return the documents, as plaintiff had requested, but were obliged by law to retain them and in due course turn them over to the archives under the terms of the *National Archives of Canada Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1.

[3] Following a number of efforts to resolve the matter amicably and in a manner consistent with plaintiff's view that the documents contained a great deal of sensitive commercial information which should not be made available to its competitors, (or even to the Crown itself, with whom the plaintiff is engaged in other litigation) this Court made an interim conservatory order placing the documents under the Court's protection pending the bringing and disposition of this motion.

[4] It is common ground that the documents in question were given to the lawyers for the Crown under the terms of the so-called "implied undertaking" under which all information obtained in the process of discovery in a civil action in this Court is only to be used by the party to whom it is given for the purposes of the action and is not to be disclosed or otherwise made use of unless and until it is produced in evidence and becomes part of the public record. A much-quoted statement, approved by the Ontario Court of Appeal in *Goodman v. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359 (C.A.), at pages 363-364, is as follows:

Where a party has obtained information by means of a court compelled production of documents or discovery, which information could not otherwise have been obtained by legitimate means independent of the litigation process, the receiving party impliedly undertakes to the court that the private information so obtained will not be used, *vis-à-vis* the producing party, for a purpose outside the scope of the litigation for which disclosure was made, absent consent of the producing party or with leave of the court; any failure to comply with the undertaking shall be a contempt of court.

pouvait ni détruire ni remettre les documents, comme la demanderesse le lui avait demandé, parce qu'il était tenu par la loi de les conserver, et, en temps et lieu, de les remettre aux archives en vertu de la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1.

[3] Après avoir déployé un certain nombre d'efforts pour régler l'affaire à l'amiable et d'une façon qui soit conforme à l'opinion de la demanderesse selon laquelle les documents renfermaient un grand nombre de renseignements commerciaux de nature délicate qui ne devraient pas être mis à la disposition de ses concurrents (ni même à la Couronne, puisque d'autres poursuites mettent en cause ces mêmes parties), la Cour a rendu une ordonnance conservatoire provisoire aux termes de laquelle les documents ont été placés sous la protection de la Cour en attendant l'audition et le règlement de la présente requête.

[4] Les parties s'entendent pour dire que les documents en question ont été remis aux avocats de la Couronne en vertu du prétendu «engagement implicite» aux termes duquel tous les renseignements obtenus à l'étape de la communication de la preuve dans une action civile intentée devant notre Cour ne peuvent être utilisés que par la partie à laquelle ils sont remis pour les fins de cette action et ne doivent pas être divulgués ni autrement utilisés tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas produits en preuve et versés au dossier public. À cet égard, une déclaration maintes fois citée et approuvée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Goodman v. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359 (C.A.), aux pages 363 et 364, indique ceci:

[TRADUCTION] Lorsqu'une partie a obtenu des renseignements en faisant appel au tribunal pour que celui-ci ordonne la production de documents ou leur examen, et que ces renseignements n'auraient pas pu être obtenus par des moyens légitimes en dehors du litige, la partie à laquelle ils sont communiqués s'engage implicitement envers le tribunal à ce que les renseignements confidentiels ainsi obtenus ne soient pas utilisés, eu égard à la partie qui les produit, à des fins étrangères à l'objet du litige aux fins duquel ces renseignements ont été communiqués, en l'absence du consentement de la partie qui les produit ou sans l'autorisation du tribunal; tout manquement à cet engagement constitue un outrage au tribunal.

This rule shall remain in effect unless and until the private information is revealed in open court.

[5] The Court also briefly addressed the rationale of the principle in the following words (at page 367):

... the principle is based on recognition of the general right of privacy which a person has with respect to his or her documents. The discovery process represents an intrusion on this right under the compulsory processes of the court. The necessary corollary is that this intrusion should not be allowed for any purposes other than that of securing justice in the proceeding in which the discovery takes place.

[6] The undertaking is not a mere matter of contract but is imposed by the Court itself on a litigant who takes advantage of the discovery process. Since the undertaking is given to the Court, it may be enforced by the Court through the use of the contempt power. As a matter of practice, at least in my experience in this Court, it usually includes an obligation on the part of the receiving party to return or destroy the documents (those which have not become part of the public record) at the conclusion of the litigation.

[7] Clearly, other things being equal, the Crown would be obliged to return or destroy the copies of which it has obtained possession in this matter.

[8] But, says Mr. Lester for the Crown, other things are not equal. The Crown's solicitors, as members of the Department of Justice, a "government institution", are subject to an overriding statutory obligation imposed by the terms of the *National Archives of Canada Act* and particularly sections 2 and 5 thereof as follows:

2. In this Act,

...

"record" includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, video-

Cette règle reste en vigueur tant et aussi longtemps que les renseignements confidentiels ne sont pas communiqués au cours d'une audience publique.

[5] La Cour a également expliqué brièvement le fondement du principe dans les termes suivants (à la page 367):

[TRADUCTION] [...] le principe se fonde sur la reconnaissance d'un droit général à la confidentialité des documents qui appartiennent à une personne. La communication constitue une atteinte à ce droit dans le cadre des procédures obligatoires du tribunal. Le corollaire nécessaire de ce principe est que cette atteinte ne doit pas être autorisée pour des fins autres que la recherche de la justice dans l'instance au cours de laquelle la communication est faite.

[6] Cet engagement n'est pas une simple question de contrat, mais est exigé par la Cour elle-même de la part d'une partie qui fait appel à la procédure de communication de la preuve. Puisque l'engagement est pris envers la Cour, c'est à la Cour qu'il revient de le faire respecter au moyen de son pouvoir de sanction pour outrage au tribunal. En pratique, du moins d'après mon expérience à la Cour, cet engagement inclut habituellement l'obligation pour la partie qui reçoit les documents de remettre ou de détruire ces documents (ceux qui ne font pas partie du dossier public) à l'issue de l'instance.

[7] Manifestement, toutes choses étant égales par ailleurs, la Couronne serait tenue de retourner ou de détruire les copies qui lui ont été remises dans la présente affaire.

[8] Mais, comme le prétend M. Lester pour le compte de la Couronne, tel n'est pas le cas. Les avocats de la Couronne, en tant que fonctionnaires du ministère de la Justice, qui est une «institution fédérale», sont assujettis à une obligation légale prépondérante qui leur est imposée par la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, plus particulièrement les articles 2 et 5, dont voici le libellé:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

«documents» Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration

tape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof.

...

5. (1) No record under the control of a government institution and no ministerial record, whether or not it is surplus property of a government institution, shall be destroyed or disposed of without the consent of the Archivist.

[9] Since, in the event the documents were turned over to the archives they would be in the control of the latter and arguably no longer subject to the constraints accepted by the Crown's lawyers, the provisions of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, are also relevant. The most pertinent sections read:

3. . . .

"record" includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microfilm, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof

...

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or,

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

[10] This appears to be the first time that a question of this sort has arisen. In the past, when litigation has been settled or otherwise concluded, parties have routinely returned or destroyed all documents obtained on discovery which have not been used in evidence. This has been the case as much for the Crown as for private litigants and the initial position taken by the Department of Justice in this case appears in conformity with past practice. The emergence of the *National Archives of Canada Act* as a barrier to conforming to such practice is new, although the legislation itself has

ou graphique, photographique, film, microforme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[. . .]

5. (1) L'élimination ou l'aliénation des documents des institutions fédérales et des documents ministériels, qu'il s'agisse ou non de biens de surplus, est subordonnée à l'autorisation de l'archiviste.

[9] Étant donné que, s'ils étaient remis aux archives, les documents seraient sous le contrôle de l'archiviste et, comme on peut le supposer, ils ne seraient plus assujettis aux contraintes acceptées par les avocats de la Couronne, les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, sont également pertinentes. Les articles les plus pertinents sont les suivants:

3. [. . .]

«document» Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[. . .]

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

[10] Il semble que ce soit la première fois qu'une question de ce genre se pose. Par le passé, quand un litige était réglé ou qu'il prenait fin de toute autre manière, les parties avaient l'habitude de retourner ou détruire tous les documents obtenus à l'étape de la communication de la preuve qui n'avaient pas été utilisés en preuve. C'était la pratique suivie tant par la Couronne que par les parties privées et la position initiale adoptée par le ministère de la Justice dans la présente affaire semble conforme à cette pratique. L'utilisation de la *Loi sur les Archives nationales du*

been on the books for many years.¹

[11] It is also disturbing that the Department of Justice has apparently chosen to wait until this time to raise its alleged obligations under the *National Archives of Canada Act*. If, as Mr. Lester contends, those obligations operate to prevent Justice lawyers from returning or destroying documents obtained in the discovery process, it seems to me that they had a clear obligation to make that fact known at the beginning of the process and not to wait until they had had the advantage of the intrusive elements of document discovery before maintaining that they could not deliver on the *quid pro quo*. I shall return to this matter later.

[12] I also note that the obligations imposed by the implied undertaking are in many respects very similar to those contained in the express undertaking required in the analogous situation where solicitors are allowed to inspect material produced in confidence in accordance with the provisions of rules 151 and 152 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106]. If materials so obtained by Justice lawyers are subject to the constraints of the *National Archives of Canada Act*, then those lawyers would equally not be able to respect their undertakings in regard to them either, with consequences which might prove very unpleasant indeed for them.

[13] The defendant argues, however, that the statutory obligation is clear: the applicable section of the *National Archives of Canada Act* uses the same word “control” and is cast in similar terms to the equivalent section in the *Access to Information Act*.

[14] While there appears to be virtually no jurisprudence under the *National Archives of Canada Act*, the cases under the *Access to Information Act* have taken a generous view of the sense to be given to the

Canada pour faire obstacle à une telle pratique est nouvelle, bien que la loi elle-même existe depuis de nombreuses années¹.

[11] Il est également étonnant de constater que le ministère de la Justice a apparemment choisi d’attendre jusqu’à maintenant pour faire valoir les obligations que lui imposerait la *Loi sur les Archives nationales du Canada*. Si, comme le prétend M. Lester, ces obligations ont pour effet d’empêcher les avocats du ministère de la Justice de remettre ou détruire les documents qu’ils ont obtenus au cours de la communication de la preuve, il me semble qu’ils avaient l’obligation manifeste de divulguer ce fait dès le début de la procédure plutôt que d’attendre d’avoir eu l’avantage de profiter de cette intrusion que constitue la communication des documents avant de prétendre qu’ils ne peuvent respecter leur engagement. Je reviendrai sur cette question plus loin.

[12] Je note également que les obligations imposées par l’engagement implicite sont, à bien des égards, très semblables à celles contenues dans l’engagement explicite que les avocats doivent prendre dans une situation analogue lorsqu’ils sont autorisés à consulter des documents produits sous le sceau de la confidentialité conformément aux dispositions des règles 151 et 152 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. Si les documents ainsi obtenus par les avocats du ministère de la Justice étaient assujettis aux contraintes de la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, ces avocats ne seraient pas non plus en mesure de respecter leurs engagements à l’égard de ces documents, et les conséquences pourraient en être très désagréables pour eux-mêmes.

[13] Toutefois, la défenderesse prétend que l’obligation légale est claire: l’article applicable de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* utilise le même terme «contrôle» et est rédigé dans des termes semblables à l’article équivalent de la *Loi sur l’accès à l’information*.

[14] Bien qu’il semble n’y avoir aucune jurisprudence fondée sur la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, les décisions fondées sur la *Loi sur l’accès à l’information* ont adopté une position large quant au

concept of control. In particular, it has been held that an obligation of confidentiality imposed by the originator of the document (*Baldasaro, Blacklock and Tucker v. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (F.C.T.D.)), by the governmental recipient (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (F.C.T.D.)), or by a party entering into contractual relations with the government (*Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)), do not operate to remove such documents from being in the "control" of a government department within the meaning of that statute.

[15] In my view, and despite the similarity of the statutory language, the cases under the *Access to Information Act* are not governing. The two statutes are not *in pari materia*. Their objectives are different, the one being to provide for access by the public to the workings of an open and accountable government and the other being to ensure that a historical record of government operations is preserved.

Access to Information Act

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

National Archives of Canada Act

4. (1) The objects and functions of the National Archives of Canada are to conserve private and public records of national significance and facilitate access thereto, to be the permanent repository of records of government institutions and of ministerial records, to facilitate the management of records of government institutions and of ministerial records, and to encourage archival activities and the archival community.

[16] It is a fair inference that Parliament's interest in creating the public archive was primarily in ensuring that the archives should contain those documents relating to the actual operations of government as such

sens qu'il faut donner à la notion de contrôle. Plus particulièrement, on a statué qu'une obligation de confidentialité imposée par l'auteur du document (*Baldasaro, Blacklock et Tucker c. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (C.F. 1^{re} inst.)), par l'institution fédérale qui le reçoit (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (C.F. 1^{re} inst.)), ou par une partie qui a des relations contractuelles avec le gouvernement (*Société canadienne des postes. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)), n'a pas pour effet de faire en sorte que ces documents ne sont plus sous le «contrôle» d'un ministère fédéral au sens de cette loi.

[15] À mon avis, et malgré la similitude des textes de loi, les décisions fondées sur la *Loi sur l'accès à l'information* ne sont pas déterminantes. Les deux lois ne traitent pas des mêmes matières. Leurs objectifs sont différents, l'une ayant pour objet d'assurer l'accès du public aux travaux d'un gouvernement transparent et responsable et l'autre ayant pour but d'assurer la conservation d'un dossier historique sur les activités du gouvernement.

Loi sur l'accès à l'information

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

Loi sur les Archives nationales du Canada

4. (1) Les Archives nationales du Canada conservent les documents privés et publics d'importance nationale et en favorisent l'accès. Elles sont le dépositaire permanent des documents des institutions fédérales et des documents ministériels. Elles facilitent la gestion des documents des institutions fédérales et des documents ministériels et appuient les milieux des archives.

[16] Il est raisonnable de supposer que l'intention recherchée par le législateur au moment de la création des archives publiques était principalement d'assurer que seraient conservés les documents ayant trait aux

rather than to government in its incidental role as plaintiff or defendant in civil litigation.

[17] More important, the cases under the *Access to Information Act* do not deal with a situation where the law itself imposes a condition upon the government institution which receives a document. This is critical. Documents received by Justice in the discovery process are not subject to a merely voluntary condition. Lawyers for the Crown do not have the option of refusing to give the implied undertaking: by accepting the documents they are bound towards the Court to deal with them only in the way permitted by the undertaking. That condition is imposed upon the solicitors and upon the department and the government they serve prior to the documents ever coming into their possession. Furthermore, the undertaking extends not only to the documents themselves but, much more significantly, to all information obtained as a result of the discovery process, e.g. through answers to oral questions. The Court in extracting the undertaking is concerned not so much with the documents as pieces of paper but rather, and significantly, with the information they may contain. That information is to remain private unless and until it comes out in open Court. While the point does not arise for decision herein, I seriously doubt that it could be called “government information”. It is not in the government’s control because the latter’s possession of it is constrained and restricted by law.

[18] But Mr. Lester has another string to his bow: in a little noted case, which as far as counsel have been able to discover, has been neither noted nor followed, Harman J. held, in *Brue Ltd. v. Solly* (1988) *The Times*, February 9, 1988 (Ch. D.), that a third party whose private diary was in the hands of the defendant who had produced a copy of it on discovery, was not entitled to have that copy either destroyed or returned to him after the case was over. Harman J. placed his

activités réelles du gouvernement dans son rôle principal, plutôt qu’aux activités de ce dernier dans son rôle accessoire de demandeur ou de défendeur dans une poursuite civile.

[17] Chose plus importante, les décisions fondées sur la *Loi sur l’accès à l’information* ne traitent pas d’une situation où la loi elle-même impose une condition à l’institution fédérale qui reçoit un document. Cet aspect est déterminant. Les documents reçus par le ministère de la Justice à l’étape de la communication de la preuve ne sont pas assujettis à une condition simplement volontaire. Les avocats de la Couronne n’ont pas la faculté de refuser de prendre l’engagement implicite: en acceptant les documents, ils s’engagent envers la Cour à utiliser ces documents uniquement de la façon autorisée par cet engagement. Cette condition est imposée aux avocats, ainsi qu’au ministère et au gouvernement qu’ils servent, avant même que les documents ne leur soient remis. En outre, l’engagement porte non seulement sur les documents eux-mêmes mais, ce qui est beaucoup plus important, sur tous les renseignements obtenus dans le cadre du processus de communication de la preuve, par exemple au moyen des réponses données à des questions verbales. En leur faisant prendre cet engagement, la Cour se préoccupe non pas tant des documents en tant que papiers mais plutôt, et à bon droit, des renseignements qu’ils peuvent contenir. Ces renseignements doivent demeurer confidentiels tant et aussi longtemps qu’ils ne sont pas dévoilés en audience publique. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de trancher ce point en l’espèce, je doute fortement que l’on puisse parler de «renseignements de l’administration fédérale». Ces renseignements ne sont pas sous le contrôle du gouvernement parce que la possession qu’en a ce dernier est limitée par la loi.

[18] Mais M. Lester a un autre atout dans son jeu: dans une cause rarement citée, qui, pour autant que les avocats ont pu s’en assurer, n’a été ni mentionnée ni suivie, le juge Harman a statué, dans *Brue Ltd. v. Solly* (1988) *The Times*, 9 février 1988 (Ch. D.), qu’un tiers dont le journal personnel était en possession du défendeur qui en avait produit copie au moment de la communication de la preuve, n’avait pas le droit de faire détruire cette copie ou de la récupérer à l’issue

decision upon two grounds: first, that the ownership in the chattel, or piece of paper upon which the copy was reproduced, was in the defendant who had made the copy, and second, that the defendant was a “gentleman” who was not likely to breach the undertaking of which he was well aware.

[19] The second point makes the case of *Brue* readily distinguishable from the situation here since the whole burden of the argument put forward by Mr. Lester is that the Department of Justice, notwithstanding its awareness of the implied undertaking, proposes to breach it and to turn the documents in question over to the archives. There is thus a real threat that the confidentiality of the information obtained on discovery will be lost. It is also by no means clear that the defendant here has any property rights in the documents: the copies were made by the plaintiff and certainly belonged at one time to it. Mr. Lester argues that I should infer from the fact that the settlement payment included a sum for costs that property in the documents thereupon passed to the Crown. I can draw no such inference; on the contrary, it seems to me to be far more likely that it was an implied term of the settlement agreement that the documents would be destroyed or returned in accordance with the wishes of the party who had produced them in the first place, a course which was originally proposed by the Crown’s lawyers themselves.

[20] But, with respect, it is my view that the authority of *Brue* is very dubious on other grounds. To rely on the ownership of the chattel, the piece of paper, as defeating the far more fundamental right to the privacy of the information contained therein, seems to me to place an inordinate value on the right of property in an object with virtually no inherent value and to wholly overlook the modern concept of privacy as a right which the law should both foster and protect. Balancing those two rights, property and privacy, against one another in the context of the present case, I have no difficulty in concluding that the latter must prevail and that the plaintiff is entitled to the order

de l’instance. Le juge Harman a justifié sa décision par deux motifs: premièrement, le bien meuble, ou le papier sur lequel la copie avait été faite, appartenait au défendeur qui avait fait la copie et, deuxièmement, le défendeur était un «gentleman» qui n’allait vraisemblablement pas manquer à l’engagement dont il était parfaitement au courant.

[19] Ce deuxième motif de l’affaire *Brue* permet de distinguer rapidement la situation en l’espèce de cette affaire étant donné que le fond de l’argument avancé par M. Lester est que le ministère de la Justice, malgré sa connaissance de l’engagement implicite qui lui incombe, se propose d’y manquer et de remettre les documents en question aux archives. Il y a donc un danger réel que la confidentialité des renseignements obtenus à l’étape de la communication de la preuve ne sera pas respectée. En outre, il n’est pas du tout certain que la défenderesse en l’espèce a un droit de propriété quelconque sur les documents: les copies ont été faites par la demanderesse et elles lui ont certainement appartenu à un moment ou à un autre. M. Lester prétend que je devrais déduire du fait que le paiement effectué en règlement incluait un montant pour les dépens que la propriété des documents est passé à la Couronne. Je ne peux faire une telle inférence; au contraire, il me semble beaucoup plus probable que l’entente de règlement ait été assortie de la condition implicite que les documents seraient détruits ou remis conformément aux souhaits de la partie qui les a produits en tout premier lieu, solution qui avait d’ailleurs initialement été proposée par les avocats de la Couronne eux-mêmes.

[20] Mais, en toute déférence, je suis d’avis que le jugement dans l’affaire *Brue* est très suspect pour d’autres motifs. S’appuyer sur la propriété du bien meuble, le morceau de papier, pour faire échec au droit beaucoup plus fondamental de la confidentialité des renseignements qu’il contient, me semble accorder une valeur excessive au droit de propriété applicable à un objet qui n’a virtuellement aucune valeur intrinsèque et ignorer complètement le concept moderne de protection des renseignements personnels qui est un droit que la loi doit promouvoir autant que protéger. Si l’on compare ces deux droits, la propriété et la confidentialité, dans le contexte de la présente affaire,

which it seeks for the return or destruction of the documents.²

[21] I would add that I have not overlooked the fact that in the event that the documents were turned over to the archives and a subsequent request for access under the *Access to Information Act* were made, the plaintiff might be able successfully to oppose the application under the terms of that statute. That does not seem to me to be an answer; the present litigation is over and the plaintiff should not have to anticipate that for years to come it may have to continue to defend its privacy rights at its own expense simply because it was unwise enough to sue the government and to achieve a successful settlement. The case would be even more striking for a defendant who had successfully resisted an action brought by the Crown if the documents which he had disclosed on discovery were viewed as having fallen under the “control” of the Department of Justice and being subject in consequence to demands under the *Access to Information Act*.

[22] I conclude accordingly that the documents here in question were not and are not under the control of the Department of Justice and continue to be subject to the terms of the undertaking. They must be returned.

[23] On the question of costs, I have previously adverted to the conduct of the Crown’s lawyers. I consider it to be wholly unconscionable that they should have acted as they did. Even if, as I suspect to be the case, the idea of the *National Archives of Canada Act* as trumping their obligations under the implied undertaking only came to them after the case was settled, that cannot excuse their taking a position which is wholly incompatible with their obligations previously undertaken to the Court and the plaintiff. They have forced the plaintiff to fight a long and unnecessary battle, and one which is no doubt costly. Even if they had been right in their view of the law, I would have ordered that the plaintiff should recover the costs of this motion. In my opinion, the plaintiff

je n’ai aucune difficulté à conclure que le dernier doit prévaloir et que la demanderesse a droit à l’ordonnance qu’elle réclame pour que les documents lui soient remis ou qu’ils soient détruits².

[21] J’ajouterais que je n’ai pas oublié le fait que si les documents étaient remis aux archives et qu’une demande d’accès en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* était présentée ultérieurement, la demanderesse pourrait s’opposer avec succès à cette demande en vertu des dispositions de cette loi. Cela ne me semble pas une solution; la présente instance est terminée et la demanderesse ne devrait pas avoir à s’attendre, peut-être pendant plusieurs années, à devoir continuer à défendre ses droits à la confidentialité à ses propres frais simplement parce qu’elle n’a pas eu la sagesse de poursuivre le gouvernement pour obtenir gain de cause. Le cas serait encore plus frappant s’il s’agissait d’un défendeur qui se serait opposé avec succès à une action intentée par la Couronne et que les documents qu’il avait communiqués à l’enquête préalable fussent considérés comme étant sous le «contrôle» du ministère de la Justice et donc assujettis aux demandes présentées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*.

[22] Par conséquent, je conclus que les documents en question n’étaient pas et ne sont pas sous le contrôle du ministère de la Justice et qu’ils continuent de faire l’objet de l’engagement implicite. Ils doivent donc être remis à la demanderesse.

[23] Pour ce qui est des dépens, je me suis déjà exprimé sur la conduite des avocats de la Couronne. J’estime qu’il est tout à fait abusif d’avoir agi comme ils l’ont fait. Même si, comme je le soupçonne, l’idée que la *Loi sur les Archives nationales du Canada* a préséance sur leurs obligations en vertu de l’engagement implicite ne leur est venue qu’après le règlement de l’affaire, cela ne les excuse pas d’avoir adopté une position qui est tout à fait incompatible avec les obligations auxquelles ils se sont antérieurement engagés envers la Cour et la demanderesse. Ils ont forcé la demanderesse à livrer un combat long et inutile, et certainement coûteux. Même si leur interprétation de la loi avait été la bonne, j’aurais ordonné que les dépens de la présente requête soient adjugés en

should be compensated for their legal costs associated with this matter in their entirety. Thus, costs to the plaintiff are to be assessed on a solicitor and client basis.

ORDER

All documents obtained by the defendant on discovery and not forming part of the public record are to be returned to the plaintiff within ten (10) days of this order. The plaintiff shall have its costs of this motion to be assessed on a solicitor and client basis.

¹ The *National Archives of Canada Act*, S.C. 1987, c. 1, replaced *The Public Archives Act*, dating back to 1912 (S.C. 1912, c. 4).

² See *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, at p. 977, where the Supreme Court alluded to the necessity of balancing the parties' interests in determining the type of protection to be afforded by the courts.

faveur de la demanderesse. À mon avis, la demanderesse devrait être pleinement indemnisée des frais judiciaires qu'elle a engagés dans cette affaire. Par conséquent, les dépens adjugés en faveur de la demanderesse seront fixés sur la base des frais entre procureur et client.

ORDONNANCE

Tous les documents obtenus par la défenderesse au cours de la communication de la preuve et qui ne font pas partie du dossier public doivent être retournés à la demanderesse dans les dix (10) jours suivant la présente ordonnance. La demanderesse a droit aux dépens de la présente requête qui seront fixés sur la base des frais entre procureur et client.

¹ La *Loi sur les Archives nationales du Canada*, L.C. 1987, ch. 1, a remplacé la *Loi sur les archives publiques*, qui remontait à 1912 (S.C. 1912, ch. 4).

² Voir *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, à la p. 977, où la Cour suprême a fait allusion à la nécessité de mettre en équilibre les intérêts des parties pour déterminer le genre de protection que les tribunaux doivent accorder.