

A-457-76

A-457-76

The Queen in right of Canada (Appellant)

v.

Hawker Siddeley Canada Ltd. and Chemi-Solv Limited (Respondents)

Court of Appeal, Urie and Le Dain JJ. and MacKay D.J.—Toronto, November 1 and 2, 1976.

Privilege — Party claiming privilege must prove that requirements met — Affidavit evidence — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 42(1).

Appellant claims that the report of a Board of Inquiry set up pursuant to section 42(1) of the *National Defence Act* is privileged because the inquiry was instituted in order to prepare a report that would assist the Department's legal advisors in anticipated litigation.

Held, the appeal is dismissed. A party must bring himself clearly within the requirements of a claim for privilege. The possibility of litigation was undoubtedly contemplated at the time the Board of Inquiry was established. However, section 42(1) of the *National Defence Act* makes no reference to obtaining material for the purposes of litigation and the terms of reference for the inquiry contain no reference to anticipated litigation. The affidavits of the Board's legal advisor and of the Deputy Judge Advocate General are without probative value on the issue of fact.

APPEAL.

COUNSEL:

Derek H. Aylen, Q.C., and *L. Holland* for appellant.

J. D. Holding, Q.C., for respondent Hawker Siddeley Canada Ltd.

No one appearing for respondent Chemi-Solv Limited.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Borden & Elliot, Toronto, for respondent Hawker Siddeley Canada Ltd.

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montreal, for respondent Chemi-Solv Limited.

La Reine du chef du Canada (Appelante)

c.

Hawker Siddeley Canada Ltd. et Chemi-Solv Limited (Intimées)

b Cour d'appel, les juges Urie et Le Dain et le juge suppléant MacKay—Toronto, les 1^{er} et 2 novembre 1976.

c *Demande d'exemption de production — Une partie doit rencontrer nettement les exigences propres à une demande d'exemption de production — Affidavits produits en preuve — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 42(1).*

d L'appelante prétend que le rapport de la commission d'enquête convoquée sous le régime de l'article 42(1) de la *Loi sur la défense nationale* est exempt de production parce que l'un des objectifs de l'enquête était la préparation d'un rapport devant être soumis aux conseillers juridiques du Ministère aux fins du procès prévu.

f *Arrêt*: l'appel est rejeté. Une partie doit rencontrer nettement les exigences propres à une demande d'exemption de production. Il est raisonnable de conclure qu'au moment de la convocation de la commission d'enquête, on envisageait la possibilité d'un procès. Cependant, l'article 42(1) de la *Loi sur la défense nationale* ne fait aucune mention de la réunion de documents aux fins d'un procès et le mandat ne parle aucunement d'un procès prévu. Les affidavits des conseillers juridiques de la commission et du juge-avocat général adjoint n'ont aucune valeur probante sur la question de fait.

APPEL.

AVOCATS:

Derek H. Aylen, c.r., et *L. Holland* pour l'appelante.

J. D. Holding, c.r., pour l'intimée Hawker Siddeley Canada Ltd.

Personne n'a comparu pour l'intimée Chemi-Solv Limited.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.

Borden & Elliot, Toronto, pour l'intimée Hawker Siddeley Canada Ltd.

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montréal, pour l'intimée Chemi-Solv Limited.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

LE DAIN J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division¹ ordering the production for inspection of the proceedings and report of a Board of Inquiry established under the authority of section 42(1)² of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, to investigate the cause and extent of corrosion damage to the propulsion machinery and systems in the HMCS *Restigouche*. The appellant opposes such production on the ground that the proceedings and report are privileged.

The appellant entered into a contract in 1970 with the respondent Hawker Siddeley Canada Ltd. (hereafter referred to as "Hawker") for certain work of conversion and refitting on the *Restigouche*, to be carried out at the Halifax Shipyards of Hawker, and Hawker subcontracted the work of cleaning the vessel's boilers to the respondent Chemi-Solv Limited. Upon discovery of the corrosion damage referred to above, a letter dated July 4, 1972, was sent on behalf of the appellant to Hawker, advising Hawker that it was being held responsible for the damage. Hawker replied by letter dated July 11, 1972, denying that it was responsible for the damage and giving as its reasons for denial of responsibility that the decision to "acid clean" the main boilers was taken by officers of the Department of National Defence against contrary advice, and that the process of cleaning was carried out under the direction and supervision of personnel of the Department. By order dated August 4, 1972, Vice Admiral D. A. Collins, Chief of Technical Services, Department of National Defence, issued instructions providing for the appointment of a Board of Inquiry to "investigate the extent and cause of the corrosion damage reported in the main and auxiliary machinery as well as associated systems of HMCS *RESTIGOU-*

a LE JUGE LE DAIN: Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Division de première instance¹ qui a ordonné la production pour examen des procédures et du rapport de la commission d'enquête convoquée sous le régime de l'article 42(1)² de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, c. N-4, pour déterminer l'étendue et la cause de la corrosion des machines principales et auxiliaires et de celles du système accessoire du *Restigouche*. L'appelante s'oppose à cette production au motif que c les procédures et le rapport sont exempts de communication.

En 1970, l'appelante a engagé par contrat l'intimée Hawker Siddeley Canada Ltd. (ci-après d appelé «Hawker») pour faire certains travaux de transformation et de réparation sur le *Restigouche*, qui devaient s'effectuer aux chantiers de construction navale de Hawker à Halifax et, par contrat de sous-traitance, Hawker a confié la tâche de e nettoyer les chaudières du navire à l'intimée Chemi-Solv Limited. Suite à la découverte de ladite corrosion, une lettre datée du 4 juillet 1972 a été envoyée au nom de l'appelante à Hawker, pour l'informer qu'elle était tenue responsable des dommages. Par lettre datée du 11 juillet 1972, Hawker a répondu en niant toute responsabilité pour les dommages allégués et a justifié sa dénégation de f responsabilité en déclarant que la décision de nettoyer à l'acide avait été prise par des fonctionnaires du ministère de la Défense nationale en dépit des conseils à l'effet contraire et que le nettoyage a été exécuté sous la direction et la supervision du personnel du Ministère. Par une ordonnance en date du 4 août 1972 le vice-amiral D. A. Collins, h chef des services techniques, émettait des directives visant l'institution d'une commission d'enquête pour [TRADUCTION] «déterminer l'étendue et la cause de la corrosion des machines principales et auxiliaires et de celles des systèmes accessoires du

¹ [1977] 1 F.C. 463.

² 42. (1) The Minister, and such other authorities as he may prescribe or appoint for that purpose, may, where it is expedient that he or any such other authority should be informed on any matter connected with the government, discipline, administration or functions of the Canadian Forces or affecting any officer or man, convene a board of inquiry for the purpose of investigating and reporting on that matter.

¹ [1977] 1 C.F. 463.

² 42. (1) Le Ministre, de même que toute autre autorité qu'il indique ou nomme à cette fin, peut, s'il importe que le Ministre ou cette autre autorité soit renseignée sur toute question relative au gouvernement, à la discipline, à l'administration ou aux fonctions des Forces canadiennes ou concernant tout officier ou homme, convoquer une commission d'enquête pour examiner cette question et en faire rapport.

CHE”, and setting out its terms of reference. The evidence to be gathered by the Board and the findings and recommendations to be made by it were specified as follows:

4. The board shall obtain statements from all available witnesses and in particular shall record evidence as to:

- a. The possible alternative technical causes of the resultant damage;
- b. The actions both technical and administrative which may have contributed to the most probable cause of the resultant damage;
- c. What persons were associated with the actions of b. above; and
- d. The full extent and cost of repair of the resultant damage.

5. Findings shall be made as to:

- a. The most probable technical cause of the damage.
- b. Administrative procedures which may have contributed to the cause of the damage.
- c. Repairs or treatment which are required and those that may be required.

6. Recommendations shall be made on:

- a. Technical procedures to avoid a recurrence of the damage in all ships.
- b. Administrative procedures to prevent a repetition of the incident.

The terms of reference provide for attendance of representatives of the respondent Hawker (referred to as “Halifax Shipyards”) as follows:

Representatives of the Department of Supply and Services, Shipbuilding Branch, Ottawa, and of Halifax Shipyards should be invited to attend the proceedings of the board.

On September 29, 1972, the Department of National Defence issued a press release which announced in general terms the findings of the inquiry and contained the following statement:

The inquiry report, which runs to close to 400 pages, is being studied intensively at National Defence Headquarters to determine what further action may be necessary, including the possibility of recovery action for the costs of repair.

The action was instituted by the appellant in August 1975.

The appellant produced affidavit evidence to support its claim of privilege for the proceedings and report of the board. The affidavit dated May 1, 1976, of J. L. Scott Henderson, solicitor and legal advisor to the Board of Inquiry, contains the following statements:

Restigouche», et exposait son mandat. La commission devait rassembler des preuves, tirer des conclusions et faire des recommandations; voici les termes de son mandat:

[TRADUCTION] 4. La commission doit entendre tous les témoins pouvant déposer et, en particulier, doit consigner la preuve relative

- a. aux autres causes techniques possibles des dommages;
- b. aux procédés techniques et mesures administratives de nature à avoir contribué à la cause la plus probable de ces dommages;
- c. aux personnes qui ont pris ou exécuté ces mesures et procédés; et
- d. à l'étendue et au prix des réparations.

5. La commission doit présenter des conclusions

- a. sur la cause technique la plus probable des dommages;
- b. sur les mesures d'ordre administratif ayant contribué à la cause des dommages; et
- c. sur les réparations nécessaires.

6. La commission doit faire des recommandations

- a. quant aux procédés d'ordre technique à utiliser pour éviter la répétition de tels dommages à l'avenir; et
- b. quant aux mesures administratives à prendre pour qu'un tel incident ne se reproduise pas.

Le mandat prévoyait la présence des représentants de l'intimée Hawker (ci-après appelés les chantiers de construction navale de Halifax) en ces termes:

[TRADUCTION] Des représentants du service de construction navale du ministère des Approvisionnements et Services à Ottawa et des chantiers de construction navale de Halifax devraient être invités à assister aux délibérations de la commission.

Un communiqué du ministère de la Défense nationale en date du 29 septembre 1972 décrivait de façon générale les conclusions de l'enquête et déclarait:

[TRADUCTION] Le rapport d'enquête de près de 400 pages fait l'objet d'un examen minutieux au quartier général de la Défense nationale afin de déterminer quelles autres mesures peuvent être nécessaires, sans écarter la possibilité d'une action en recouvrement du coût des réparations.

L'appelante a intenté l'action au mois d'août 1975.

L'appelante a produit en preuve des affidavits à l'appui de sa demande d'exemption de production des procédures et du rapport de la commission. L'affidavit de J. L. Scott Henderson, avocat et conseiller juridique de la commission d'enquête, en date du 1^{er} mai 1976, contient la déclaration suivante:

5. The Board was aware, when it convened, through the letter of Mr. W. E. Smith of Canadian Forces Headquarters addressed to the plaintiffs, dated July 4, 1972, attached hereto as Exhibit A, that a notice of claim had been made by the Crown against Hawker Siddeley Ltd.

[TRADUCTION] 5. Pendant ses délibérations, la commission était au courant, par la lettre de W. E. Smith du quartier général des Forces canadiennes, en date du 4 juillet 1972, adressée aux demanderesse, jointe au présent affidavit comme pièce A, que la Couronne avait signifié avis de réclamation contre Hawker Siddeley Ltd.

6. Accordingly the Board during its proceedings obtained statements from witnesses and evidence which could be used in support of a Crown claim against the parties legally responsible for the damage of the ship.

6. En conséquence, la commission a recueilli pendant ses délibérations, des déclarations des témoins et des éléments de preuve de nature à étayer la réclamation de la Couronne contre les parties responsables en droit des dommages causés au navire.

7. It was expected by the Board that the evidence received by it would be referred to the law officers of the Crown for use in connection with legal proceedings arising out of the damages incurred by HMCS Restigouche.

7. La commission s'attendait à ce que les éléments de preuve recueillis soient transmis aux avocats de la Couronne pour être utilisés au cours des poursuites intentées à la suite des dommages subis par le Restigouche.

The affidavit dated June 8, 1976, of Roland F. Barnes, Deputy Judge Advocate General of the Canadian Armed Forces, contains the following statements:

Dans son affidavit en date du 8 juin 1976, le colonel Roland F. Barnes, juge-avocat général adjoint des Forces armées canadiennes, affirme:

... it was apparent before the board of inquiry was convened and while it was being conducted that a dispute had already arisen between the plaintiff and the defendant Hawker and that it would be necessary to take legal proceedings to recover the cost of repairing the ship, and this has indeed proven to be the case.

[TRADUCTION] ... il était évident, avant la convocation de la commission d'enquête et durant ses délibérations, qu'un différend opposait déjà la demanderesse et la défenderesse Hawker et qu'il serait nécessaire d'instituer une action en recouvrement du coût de la réparation du navire, et cela s'est révélé juste.

On May 6, 1976, I telephoned J. L. Scott Henderson from Ottawa and spoke to him in Halifax and he informed me that when the board of inquiry was convened it was contemplated by himself and those connected with the inquiry that one of the main purposes of the inquiry would be to obtain statements from the potential witnesses and evidence that could be used to support a claim against the defendants for the very substantial cost of repairing the corrosion damage and it was contemplated that the evidence so obtained would be delivered to the solicitors who would represent the plaintiff in asserting a claim and in taking legal proceedings and for these reasons statements were obtained by the board and potential witnesses were identified and asked to sign their statements.

Lors d'un appel téléphonique que j'ai fait d'Ottawa à J. L. Scott Henderson à Halifax le 6 mai 1976, il m'a informé que lorsque la commission a été convoquée, lui-même et les autres personnes intéressées à l'enquête s'attendaient à ce que celle-ci vise principalement à recueillir des déclarations de témoins éventuels et des éléments de preuve de nature à étayer une revendication contre les défenderesses pour les frais très élevés des réparations des dommages résultant de la corrosion et, qu'ils espéraient que la preuve ainsi obtenue serait transmise aux avocats qui représenteraient la demanderesse pour tenter des poursuites et faire valoir une réclamation, et c'est pourquoi la commission a recueilli des déclarations, a identifié les témoins éventuels et leur a demandé de signer leur déclaration.

The parties are not in significant disagreement as to the applicable law in the present case. It is conveniently stated in Williston & Rolls, *The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, p. 916, as follows: "All documents and copies thereof prepared for the purpose, but not necessarily the sole or primary purpose, of assisting a party or his legal advisors in any actual or anticipated litigation are privileged from production." The respondent would insist, in

Il n'y a pas de désaccord important entre les parties au sujet du droit applicable en l'espèce. Il est commodément énoncé dans *The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, p. 916, un ouvrage de Williston & Rolls où il est dit: [TRADUCTION] «Sont exempts de production tous les documents et copies de ces documents rédigés dans l'intention—pas nécessairement unique ni primordiale—d'aider une partie ou ses conseillers juridiques dans un

view of certain authority,³ that if such purpose be not the sole or primary one it must at least be a substantial purpose for which the document is prepared, but this emphasis would not appear to be important in the present case. It is not essential, as might be inferred from the reasons of the Trial Judge, that the document be prepared at the request of a legal advisor; it is sufficient if it be prepared for such purpose by a party on his own initiative.

The dispute in this case is as to whether, on the documentary evidence, the appellant has discharged the burden of clearly showing that one of the purposes for instituting the inquiry was the preparation of a report that would be submitted to legal advisors to assist them in anticipated litigation. A party should bring himself clearly within the requirements of a claim for privilege. It is in the interests of justice that there be the fullest possible disclosure of all relevant material capable of throwing light upon the issues in a case.

We are all of the opinion that the appellant has not discharged this burden in the present case. It is no doubt reasonable to conclude that, at the time the Board of Inquiry was established, the possibility of litigation was contemplated in view of the exchange of correspondence that had taken place between the parties only shortly before the appointment of the Board. The evidence does not clearly show, however, that a purpose in setting up the Board was to obtain a report that would be laid before legal advisors to assist them with respect to such litigation. The Board of Inquiry was to carry out the instructions of Admiral Collins, and it is his instructions that must determine the purposes

³ The Court was referred to the following decisions as indicating the law with respect to this privilege: *Woolley v. North London Railway Company* (1869) L.R. 4 C.P. 602; *Cook v. North Metropolitan Tramway Company* (1889) 6 T.L.R. 22; *Birmingham and Midland Motor Omnibus Co. Ltd. v. London and North Western Railway Company* [1913] 3 K.B. 850; *Blackstone v. The Mutual Life Insurance Company of New York* [1944] O.R. 328; *Cook v. Cook and Kelterbourne* [1947] O.R. 287; *Seabrook v. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. 15; *Longthorn v. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. 32; *Susan Hosiery Limited v. M.N.R.* [1969] 2 Ex.C.R. 27; *Mitchell v. Canadian National Railways* (1974) 38 D.L.R. (3d) 581; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2)* [1974] A.C. 405.

procès en cours ou prévu.» Les intimées s'appuient sur une certaine jurisprudence³ pour dire que si telle n'est pas la raison unique ou primordiale justifiant la rédaction d'un document, ce doit être au moins une raison sérieuse mais, ce fait ne semble pas important en l'espèce. Il n'est pas essentiel, comme on peut conclure des motifs du juge de première instance, que les documents soient préparés à la demande d'un conseiller juridique; il suffit qu'ils soient préparés à cette fin par une partie de sa propre initiative.

Il s'agit en l'espèce de décider, à partir de la preuve documentaire, si l'appelante a réussi à établir clairement que l'un des objectifs de l'enquête était la préparation d'un rapport devant être soumis aux conseillers juridiques aux fins du procès prévu. Une partie doit rencontrer nettement les exigences propres à une demande d'exemption de production. Il est de l'intérêt de la justice de produire le plus grand nombre de documents ayant directement trait au litige et pouvant jeter de la lumière sur les questions qu'il soulève.

Nous sommes tous d'avis que l'appelante ne s'est pas libérée de ce fardeau en l'espèce. Il est certainement raisonnable de conclure qu'au moment de la convocation de la commission d'enquête, on envisageait la possibilité d'un procès, compte tenu de l'échange de correspondance entre les parties peu avant la constitution de la commission. Cependant la preuve n'indique pas clairement que l'un des objectifs de l'établissement de la commission était d'obtenir un rapport devant être soumis aux conseillers juridiques aux fins dudit procès. La commission d'enquête devait suivre les directives de l'amiral Collins et ces directives doivent déterminer sa raison d'être. L'article 42(1) de la *Loi sur*

³ On a cité à la Cour une jurisprudence abondante sur la question de l'exemption de communication: *Woolley c. North London Railway Company* (1869) L.R. 4 C.P. 602; *Cook c. North Metropolitan Tramway Company* (1889) 6 T.L.R. 22; *Birmingham and Midland Motor Omnibus Co. Ltd. c. London and North Western Railway Company* [1913] 3 K.B. 850; *Blackstone c. The Mutual Life Insurance Company of New York* [1944] O.R. 328; *Cook c. Cook and Kelterbourne* [1947] O.R. 287; *Seabrook c. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. 15; *Longthorn c. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. 32; *Susan Hosiery Limited c. M.R.N.* [1969] 2 R.C.É. 27; *Mitchell c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1974) 38 D.L.R. (3^e) 581; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners (N^o 2)* [1974] A.C. 405.

for which it was established. Section 42(1) of the *National Defence Act*, which confers the authority for such an inquiry, makes no reference, explicit or implicit, to preparing or obtaining material for purposes of litigation. It is concerned with matters "... connected with the government, discipline, administration or functions of the Canadian Forces or affecting any officer or man..." The terms of reference for the inquiry contained in Admiral Collins' order to the President of the Board contain no reference to the requirements of legal advisors or to anticipated litigation. They are concerned with determining the cause and extent of the damage and with recommendations as to how such damage may be prevented in the future. They reflect the administrative concern of the Chief of Technical Services rather than the requirements of anticipated litigation. Most significant in our opinion is the clearly expressed intention that representatives of the respondent Hawker be "invited to attend the proceedings of the Board." There is nothing in the record to suggest any limitation on this intended right of attendance. The statement in the terms of reference that "This investigation is classified CONFIDENTIAL" does not, in our opinion, clearly qualify the extent to which the respondent Hawker was to be permitted to attend and follow the proceedings. In our view, this expressed intention that the respondent should have the right to attend is inconsistent with a purpose to use the inquiry for the preparation of a privileged document. As for the affidavit evidence, not only is it not the best evidence of what Admiral Collins intended when he instituted the inquiry, but it does not even constitute clear and unequivocal evidence of what he, as distinct from the members of the Board or its legal advisor, may have had in mind as a purpose of the inquiry. We are therefore of the opinion that these affidavits are without probative value on the issue of fact calling for determination.

For all of these reasons we would dismiss the appeal.

la défense nationale qui permet de convoquer cette enquête, ne fait aucune mention, expresse ou tacite, de la préparation ou de la réunion de documents aux fins d'un procès. Il traite d'affaires a «... relative[s] au gouvernement, à la discipline, à l'administration ou aux fonctions des Forces canadiennes ou concernant tout officier ou homme...» Le mandat contenu dans l'ordre adressé par l'amiral Collins au président de la b commission ne parlait aucunement de conseillers juridiques ni des exigences d'un procès prévu. Il y est question de déterminer l'étendue et la cause des dommages et de recommandations sur la façon d'éviter leur répétition à l'avenir. Il reflète la c préoccupation administrative du chef des services techniques plutôt que les exigences d'un procès prévu. A notre avis, l'intention clairement exprimée selon laquelle des représentants de l'intimée Hawker «devraient être invités à assister aux délibérations de la commission» est des plus révélatrices. Rien au dossier n'indique une limitation de ce droit d'assistance. La déclaration dans le mandat portant que «Cette enquête est CONFIDENTIELLE» n'indique pas clairement, à notre avis, e dans quelle mesure l'intimée Hawker pouvait assister aux délibérations et les suivre. A notre avis, cette intention exprimée voulant que l'intimée devrait avoir le droit d'être présente est incompatible avec l'intention d'utiliser l'enquête pour préparer un document exempt de communication. En ce f qui concerne les affidavits soumis en preuve, non seulement ne sont-ils pas la meilleure preuve des intentions de l'amiral Collins lorsqu'il a institué l'enquête, mais ils ne constituent pas une preuve g claire et non équivoque de ce que lui, par opposition aux membres de la commission ou de ses conseillers juridiques, envisageait comme objectif de l'enquête. Nous sommes donc d'avis que ces affidavits n'ont aucune valeur probante sur la h question de fait qui nous est soumise.

Pour tous ces motifs nous rejetons l'appel.