

T-2891-75

T-2891-75

The Queen in right of Canada (Plaintiff)

v.

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

Trial Division, Walsh J.—Toronto, June 14; Ottawa, June 28, 1976.

Practice—Privilege—Defendant seeking production of report of Board of Inquiry investigating damage allegedly due to defendants' cleaning of plaintiff's ship—Whether privileged—National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 42(1).

Defendant *H Ltd.* contracted with plaintiff to clean the boilers on the HMCS *Restigouche*, and subcontracted the chemical cleaning to defendant *C Limited*. Plaintiff claimed that the massive corrosion discovered after delivery of the ship resulted from defendants allowing corrosive chemicals to remain. A confidential Board of Inquiry was established to investigate, and though it was stated that the division of *H Ltd.* which did the work should attend the proceedings, it was not invited, and did not attend. *H Ltd.* now seeks production of the Board's report so as to avoid being taken by surprise at the trial of the action which was ultimately brought against it and *C Limited* for the cost of investigation and repair and loss of use of the ship.

Held, granting the motion, the report is not privileged. While undoubtedly litigation was in contemplation, it would be hard to say that the inquiry was made at the request of a solicitor or for submission to him or to counsel. Thus, one of the criteria for privilege is unsatisfied. Litigation was definitely a strong possibility at the time the report was made, and no doubt its contents would be useful in connection therewith, but there was not the slightest indication of any intervention by any attorney or representative of the Department of Justice asking that the investigation be made in order to obtain information to assist in the preparation of his brief in connection with proposed litigation. On the contrary, the report was commissioned and prepared on behalf of Naval authorities for the Department of National Defence; while the contents would be useful to plaintiff's counsel in connection with contemplated proceedings, to allow him sole access thereto, and to the statements of the many witnesses allegedly contained therein, would be prejudicial to defendants, who have the right of access to this information in preparing their defence, which information was not obtained at plaintiff's counsel's request for his use in preparing the case.

Susan Hosiery Limited v. M.N.R. [1969] 2 Ex.C.R. 27; *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company, Limited v. London & North Western Railway Company*

La Reine du chef du Canada (Demanderesse)

c.

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

Division de première instance, le juge Walsh—Toronto, le 14 juin; Ottawa, le 28 juin 1976.

Pratique—Privilège—Les défenderesses demandent la production du rapport de la Commission d'enquête qui devait déterminer l'étendue du dommage apparemment causé au navire de la demanderesse par les travaux de nettoyage exécutés par la défenderesse—Ce document est-il de caractère confidentiel?—Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 42(1).

La défenderesse *H Ltd.* a été engagée par contrat par la demanderesse pour faire le nettoyage des chaudières du *Restigouche* et a confié à la défenderesse *C Limited*, par contrat de sous-traitance, le nettoyage par des procédés chimiques. La demanderesse affirme que la corrosion massive découverte après la livraison du navire est attribuable au fait que les défenderesses ont laissé des substances chimiques corrosives à l'intérieur des machines. Une Commission d'enquête confidentielle a été instituée. Contrairement aux directives données à ce sujet, la division de *H Ltd.*, qui a fait les travaux, n'a pas été invitée aux délibérations et n'y était pas présente. *H Ltd.* demande la production du rapport de cette Commission d'enquête afin d'éviter d'être prise au dépourvu au procès finalement intenté contre elle et contre *C Limited* pour le coût de l'examen et de la réparation des dommages et la perte de l'usage du navire.

Arrêt: la requête est accueillie, le rapport ne relève pas du secret professionnel. Il ne fait aucun doute que l'on envisageait un procès mais il serait difficile de dire que l'enquête a eu lieu à la demande d'un procureur ou dans le but d'en transmettre le rapport soit à ce dernier ou à un avocat. Par conséquent, on n'a pas satisfait à l'un des critères requis pour l'exemption de communication. Il ne fait aucun doute qu'au moment où le rapport a été rédigé, on s'attendait à un procès et assurément, son contenu serait utile dans cette éventualité. Cependant, rien ne permet de croire qu'un avocat ou un représentant du ministère de la Justice ait demandé la tenue de cette enquête afin d'obtenir des renseignements utiles à la préparation de son dossier, en vue du procès envisagé. Au contraire, l'enquête a été tenue et le rapport préparé pour le compte de la Marine, à l'intention du ministère de la Défense nationale, et même si le rapport pouvait assurément être utile à l'avocat de la demanderesse pour le procès envisagé, lui accorder le privilège exclusif d'en prendre communication ainsi que des déclarations de nombreux témoins qu'il est censé contenir, ferait tort aux défenderesses qui ont droit d'obtenir ces renseignements en vue de préparer leur défense, et qu'on a refusé de leur transmettre à la demande de l'avocat de la demanderesse, qui en réclame l'exclusivité pour préparer son dossier.

Arrêts appliqués: *Susan Hosiery Limited c. M.R.N.* [1969] 2 R.C.É. 27; *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company, Limited c. London & North Western*

[1913] 3 K.B. 850 (C.A.); *Longthorn v. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. 32; *Woolley v. North London Railway Company* (1869) 38 L.J.C.P. 317 and *Cook v. North Metropolitan Tramway Co.* (1889) 6 T.L.R. 22 (Q.B. Div.), applied. *Mitchell v. Canadian National Railways* (1973) 38 D.L.R. (3d) 581; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2)* [1974] A.C. 405; *Seabrook v. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. (Q.B.D.) 15; *Blackstone v. The Mutual Life Insurance Company of New York* [1944] O.R. 328 and *Cook v. Cook* [1947] O.R. 287, discussed.

MOTION.

COUNSEL:

D. Aylen, Q.C., for plaintiff.
J. D. Holding, Q.C., for defendants.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.
Borden & Elliot, Toronto, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

WALSH J.: This is an application on behalf of defendant Hawker Siddeley Canada Ltd. for an order pursuant to Rule 455(1)(b) (and Rule 459 if applicable) requiring the plaintiff to produce for inspection the Board of Inquiry proceedings and report referred to as Item 402 in Part 2 of the plaintiff's list of documents dated May 7th, 1976. This document for which plaintiff claims privilege is described as "Board of Inquiry Held re HMCS 'RESTIGOUCHE' Machinery Corrosion by Department of National Defence". The issues being litigated between the parties can be briefly summarized by stating that defendant Hawker Siddeley was engaged by contract to do certain work in connection with HMCS *Restigouche*, the contract involving over \$5,000,000. Part of the work consisted of the mechanical cleaning of the main boilers. Subsequently chemical cleaning of the boilers became necessary and defendant Hawker Siddeley entered into a subcontract with defendant Chemi-Solv to do this. After the delivery of the vessel it was found that the main engines, main boiler superheater tubes, forced lubrication pumps and other auxiliary machinery and equipment contained corrosive substances

Railway Company [1913] 3 K.B. 850 (C.A.); *Longthorn v. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. 32; *Woolley v. North London Railway Company* (1869) 38 L.J.C.P. 317 et *Cook v. North Metropolitan Tramway Co.* (1889) 6 T.L.R. 22 (Q.B. Div.). Arrêts analysés: *Mitchell c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1973) 38 D.L.R. (3^e) 581; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners (N°2)* [1974] A.C. 405; *Seabrook c. British Transport Commission* [1959] 2 All E.R. (Q.B.D.) 15; *Blackstone c. The Mutual Life Insurance Company of New York* [1944] O.R. 328 et *Cook c. Cook* [1947] O.R. 287.

REQUÊTE.

AVOCATS:

D. Aylen, c.r., pour la demanderesse.
J. D. Holding, c.r., pour les défenderesses.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.
Borden & Elliot, Toronto, pour les défenderesses.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE WALSH: Il s'agit d'une requête présentée pour le compte de la défenderesse Hawker Siddeley Canada Ltd. visant à obtenir une ordonnance conformément à la Règle 455(1)(b) (et à la Règle 459 si elle s'applique) prescrivant à la demanderesse de produire pour examen les procédures et le rapport de la Commission d'enquête désignés sous le numéro 402 à la partie 2 de la liste de documents de la demanderesse, en date du 7 mai 1976. La demanderesse prétend que ce document est de caractère confidentiel et sollicite l'exemption de sa production. Ce document s'intitule [TRADUCTION] «Commission d'enquête tenue par le ministère de la Défense nationale au sujet de la corrosion des machines du 'Restigouche'». Les questions en litige entre les parties peuvent se résumer brièvement: la défenderesse Hawker Siddeley a été engagée par contrat pour faire certains travaux à bord du *Restigouche*, le montant porté au contrat dépassant la somme de \$5,000,000. Les travaux comprenaient notamment le nettoyage des chaudières principales par des procédés mécaniques. Par la suite, le nettoyage des chaudières par des procédés chimiques s'est révélé nécessaire et la défenderesse Hawker Siddeley a

resulting in massive corrosion which plaintiff claims resulted from defendants allowing corrosive chemical substances to remain in them. In due course proceedings were instituted on August 20th, 1975 for \$721,468.26 for the cost of investigation and repair of the corrosion damage and loss of use of the vessel. Defendant Chemi-Solv Limited pleads that it carried out the cleaning in accordance with the Royal Canadian Navy's specifications and that in any event the work was inspected and accepted by both plaintiff's inspector and co-defendant's representative. Defendant Hawker Siddeley pleads that the acid cleaning of the boilers was done by the co-defendant accepted and designated by plaintiff's representatives as having experience and expertise in this type of work and in any event denies that the work was not properly done. It further pleads that if any corrosion took place this was the fault of plaintiff's representatives and servants for allowing the vessel to remain idle for too long following the completion of sea trials, failing to properly maintain and preserve the machinery, and failing to take proper steps so as to diminish the damage after the corrosion was first discovered.

The ship was delivered to plaintiff on May 12th, 1972, and the damage was first discovered on June 23rd, 1972. On July 4th, 1972, a letter was sent by the Navy Shipbuilding Branch to defendant Hawker Siddeley Canada Ltd. advising them of the corrosion allegedly caused by the chemical cleaning and that it was considered that this fell under the warranty clause of the contract and that they were therefore being held responsible for all costs, and that said defendant's representatives were invited to attend the opening up of the equipment to inspect the damage. On July 11, 1972, defendant Hawker Siddeley replied denying any responsibility for the alleged damage saying that the acid cleaning had been ordered by Department of National Defence officers who obtained prices

confié cette tâche à la défenderesse Chemi-Solv par contrat de sous-traitance. Après livraison du navire, on a découvert que les machines principales, les tubes du surchauffeur de la chaudière principale, les pompes pour le graissage sous pression et d'autres machines et installations auxiliaires contenaient des substances provoquant une corrosion massive que la demanderesse affirme être attribuable au fait que les défenderesses ont laissé des substances chimiques corrosives à l'intérieur de ces machines. En temps et lieu, le 20 août 1975, on a intenté des poursuites au montant de \$721,468.26 pour le coût de l'examen et de la réparation des dommages causés par la corrosion et la perte de l'usage du navire. La défenderesse Chemi-Solv fait valoir qu'elle a fait le nettoyage conformément aux exigences de la marine royale du Canada et qu'en outre les travaux ont été vérifiés et approuvés par l'inspecteur de la demanderesse et l'agent de la codéfenderesse. La défenderesse Hawker Siddeley prétend que le nettoyage des chaudières au moyen d'acides a été effectué par la codéfenderesse, qui avait été approuvée et désignée pour ce travail par des agents de la demanderesse en raison de son expérience et de ses connaissances techniques en la matière. De toute façon, la défenderesse nie que le travail a été mal fait. Elle fait valoir en outre que s'il y a eu corrosion, la faute en est aux agents de la demanderesse et à ses préposés, qui ont laissé le navire à quai trop longtemps après la fin des essais à la mer, en omettant d'entretenir correctement et de protéger les machines et en omettant de prendre les mesures nécessaires pour limiter les dommages après leur découverte.

La demanderesse a reçu livraison du navire le 12 mai 1972 et les dommages ont été constatés le 23 juin. Le 4 juillet 1972, le service de construction des navires a écrit à la défenderesse Hawker Siddeley Canada Ltd. pour l'informer de la corrosion qu'aurait causé le nettoyage par des procédés chimiques; il a ajouté que l'on considérait que la clause de garantie du contrat visait ces dommages et que par conséquent la défenderesse était tenue responsable de tous les frais et que ses agents étaient invités à assister au désassemblage du matériel aux fins d'inspection des dommages. Hawker Siddeley a répondu le 11 juillet 1972, niant toute responsabilité pour les dommages allégués. Elle a déclaré que le nettoyage à l'acide avait été effectué sur les ordres de fonctionnaires du

from the co-defendant telling defendant Hawker Siddeley to employ them, and that furthermore all the procedures used were approved and inspected by Department of National Defence officials.

In due course a Board of Inquiry was set up on the orders of Vice Admiral D. A. Collins, Chief of Technical Services, on August 4th, 1972. The terms of reference called upon it "to investigate the extent of and cause of the corrosion damage reported in the main and auxiliary machinery as well as associated systems of the HMCS 'RESTIGOUCHE'." It was further stated that the Board should investigate the administrative and technical actions that caused the corrosion damage and the extent of the damage and that representatives of the Department of Supply and Services Shipbuilding Branch, Ottawa, and of Halifax Shipyards (which is the division of Hawker Siddeley which did the work) should be invited to attend the proceedings of the Board. The Board was to hear statements from all available witnesses and record any evidence as to any possible alternative technical causes of the damage, the actions both technical and administrative which may have contributed to the most probable cause of them, what persons were associated with these actions and the full extent and cost of repair of them. Findings were to have been made as to the most probable technical cause of the damage, administrative procedures which may have contributed to this and the repairs which are required or may be required. Recommendations were to be made as to technical procedures to avoid a recurrence of the damage on all ships and administrative procedures to prevent a repetition of the incident. It was stated that the investigation was classified "confidential". The proceedings were to be delivered in triplicate to Vice Admiral Collins.

It is the report of this Commission of Inquiry which defendant now seeks to have produced. It is common ground between counsel for the parties that representatives of Halifax Shipyards did not attend the inquiry proceedings despite the directive and the terms of reference that they should be

ministère de la Défense nationale qui, après s'être informés des tarifs de la codéfenderesse, avaient dit à la défenderesse Hawker Siddeley de l'employer; elle a ajouté qu'en outre, des fonctionnaires du ministère de la Défense nationale avaient approuvé et vérifié tous les procédés utilisés.

Le 4 août 1972, le vice-amiral D. A. Collins, chef des services techniques instituait une commission d'enquête. Elle avait pour mandat [TRADUCTION] «de déterminer l'étendue et la cause de la corrosion des machines principales et auxiliaires aussi bien que celle des systèmes accessoires du 'Restigouche'». Il a aussi été arrêté que la Commission ferait enquête sur les mesures administratives et sur les procédés techniques responsables des dommages causés par la corrosion et étudierait l'étendue de ceux-ci; en outre, des représentants du service de construction des navires du ministère des Approvisionnements et Services à Ottawa et des chantiers de construction navale de Halifax (services de la Hawker Siddeley ayant fait le travail) devaient être invités à assister aux délibérations de la Commission. Celle-ci avait pour mandat d'entendre tous les témoins pouvant déposer, de consigner la preuve relative à toute autre cause technique éventuelle des dommages, aux procédés techniques et mesures administratives de nature à avoir contribué à la cause la plus probable de ces dommages, aux personnes qui ont pris ou exécuté ces mesures et procédés ainsi qu'à l'étendue et au prix des réparations. La Commission devait présenter des conclusions sur la cause technique la plus probable des dommages, sur les mesures d'ordre administratif y ayant contribué et sur les réparations nécessaires. La Commission devait faire des recommandations quant aux procédés d'ordre technique à utiliser pour éviter la répétition de tels dommages à l'avenir et quant aux mesures administratives à prendre pour qu'un tel incident ne se reproduise pas. Il était dit que l'enquête était «confidentielle». Le vice-amiral Collins devait recevoir copie des délibérations en triple exemplaire.

La défenderesse demande la production du rapport de cette commission d'enquête. Les avocats des parties ne contestent pas que les représentants des chantiers de construction navale de Halifax n'étaient pas présents aux délibérations de la Commission malgré les directives données à ce sujet.

invited to do so. Whether by oversight they were not invited is not clear, but it appears most unlikely that they would not have attended had the invitation been given, as the representatives would then have been able to hear all the evidence before the Inquiry, which is now contained in the report, said to be over 400 pages in length, and which they now seek to have produced so as to avoid being taken by surprise by this at the trial.

In the affidavit of Colonel Roland F. Barnes, Deputy Judge Advocate General, it is stated that at no stage subsequent to the exchange of letters of July 4th, 1972 and July 11th, 1972, referred to (*supra*) did defendant Hawker Siddeley give any indication that it would pay the cost of repairing the damage and that it was therefore apparent before the Board of Inquiry was convened and while it was being conducted that a dispute had already arisen between plaintiff and defendant Hawker Siddeley and that it would be necessary to take legal proceedings to recover the cost of repairing the ship. He also states that the report consists of signed statements obtained from people many of whom will likely be called as witnesses as well as incorporating the conclusions of the members of the Board and that this document was delivered to the Department of Justice when that Department was instructed to take whatever steps were necessary to recover the substantial cost of repairing the damaged ship.

Another affidavit of J. L. Scott Henderson states that he was legal adviser to the Board of Inquiry which convened in August 1972 to investigate the damage and in this capacity he sat with the Board during its proceedings and that the Board was aware when it convened of the letter dated July 4th, 1972, that a notice of claim had been made by the Crown against Hawker Siddeley and that accordingly during the Board's proceedings it obtained statements from witnesses and evidence which could be used in support of a Crown claim against the parties legally responsible for the damage, and that 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.

On ne sait pas s'il s'agit d'un oubli, mais ils se seraient très probablement rendus à l'invitation si elle leur avait été faite, pour prendre connaissance de la preuve soumise à la Commission, maintenant consignée dans ce rapport, de plus de 400 pages paraît-il, et dont ils sollicitent la production afin d'éviter d'être pris au dépourvu au procès.

Dans son affidavit, le colonel Roland F. Barnes, juge-avocat général adjoint, affirme qu'après les échanges de lettres du 4 et du 11 juillet 1972 (mentionnés plus haut) la défenderesse Hawker Siddeley n'a jamais laissé entendre qu'elle paierait le coût des réparations et que par conséquent 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 Siddeley et qu'il serait nécessaire d'instituer une action en recouvrement du coût de la réparation du navire. Le colonel Barnes dit également que le rapport se compose de déclarations dont plusieurs des signataires seront vraisemblablement cités comme témoins, ainsi que les conclusions des membres de la Commission; il ajoute que ce document a été transmis au ministère de la Justice quand ce dernier a reçu instruction de prendre les mesures nécessaires pour recouvrer le coût des réparations du navire endommagé.

L'affidavit de J. L. Scott Henderson indique que le signataire était conseiller juridique de la commission d'enquête convoquée en août 1972 aux fins d'enquêter sur les dommages en question, qu'à ce titre, il a siégé avec la commission pendant ses délibérations et que celle-ci était au courant de la lettre en date du 4 juillet 1972. L'affidavit dit en outre que la Couronne avait signifié avis de sa réclamation contre Hawker Siddeley et qu'en conséquence elle avait obtenu, pendant les délibérations de la commission, des déclarations des témoins et des éléments de preuve de nature à étayer la réclamation contre les parties responsables en droit des dommages; toujours selon Henderson, la commission s'attendait à ce que les éléments de preuve qui lui étaient fournis soient transmis aux avocats de la Couronne pour être utilisés au cours des poursuites intentées à la suite des dommages subis.

Defendant for its part in an affidavit submitted by Edward Allan Ayers, its solicitor, states that a press release by the Department of National Defence dated September 29th, 1972, describing certain findings of the Board of Inquiry allegedly refers to the said report. The third paragraph of this press release states "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 inquiry was convened by virtue of the provisions of section 42(1) of the *National Defence Act*¹, which reads as follows:

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.

It would appear from the wording of this section that the primary purpose of such an inquiry must have been to determine whether any member of the Armed Forces was to blame for any of the work orders given or inspections and approval of the work done, and to prevent the recurrence of any similar directives or actions, if in fact the damage did result from this. Although the enabling section of the Act therefore has little to do with the establishment of a claim against defendant, the terms of reference certainly directed an inquiry into the extent of the damage, the most probable technical or administrative cause of same, possible alternative technical or administrative causes and the repairs to be required and the probable cost of same all of which are directly pertinent to the litigation.

The mere fact that the investigation was classified as confidential does not by itself make the report of it privileged, especially when the very terms of reference require that an invitation be extended to representatives of Halifax Shipyards, the division of defendant Hawker Siddeley Canada Ltd. which did the repairs, to attend the hearings.

¹ R.S.C. 1970, c. N-4.

Pour sa part, la défenderesse déclare, dans un affidavit signé par son avocat, Edward Allan Ayers, qu'un communiqué du ministère de la Défense nationale en date du 29 septembre 1972, décrivant certaines conclusions de la commission d'enquête, aurait mentionné ledit rapport. Le troisième paragraphe de ce communiqué déclare: [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».

La commission d'enquête a été convoquée conformément aux dispositions de l'article 42(1) de la *Loi sur la défense nationale*¹, qui porte que:

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.

Il semble d'après le libellé de cet article qu'une telle enquête vise principalement à établir si un membre des Forces armées a décidé, inspecté ou approuvé à tort les travaux en question, et à prévenir la répétition de toute directive ou tous actes semblables, à supposer qu'ils soient la cause des dommages. Donc, bien que l'article habilitant de la Loi ne contribue pas vraiment à établir le bien-fondé d'une réclamation contre la défenderesse, il est clair que les pouvoirs qu'il accorde imposaient la tenue d'une enquête sur l'étendue des dommages, sur leurs causes probables ou simplement possibles, d'ordre administratif ou technique, et sur les réparations nécessaires et leur coût, tous ces facteurs étant directement pertinents au litige.

Bien que l'enquête ait été reconnue confidentielle, le rapport n'en est pas pour autant exempt de communication, d'autant plus qu'aux termes du mandat de la commission, des représentants des chantiers de construction navale de Halifax, le service de la défenderesse Hawker Siddeley Canada Ltd. ayant fait les réparations, devaient être invités à assister aux audiences.

¹ S.R.C. 1970, c. N-4.

Counsel for both parties referred to extensive jurisprudence on the question of privilege. Actually both sides found some support from what is one of the most recent Canadian judgments, namely that of *Mitchell v. Canadian National Railways*². In this decision Chief Justice Cowan of the Nova Scotia Supreme Court analyzed the British and Canadian jurisprudence at some length. The issue concerned the production of an accident report furnished by the Railway to the Board of Transport Commissioners whose order provided that such report should be privileged. The learned Chief Justice found that this order is intended to insure that such documents are not made public except by order of the Commission but is not intended to protect them from production for inspection in an action arising out of an accident. While a letter written by the claims agent of the railway to the railway's solicitor summarizing the results of the investigation of the accident to that date, and incorporating written reports and notifications made by various employees of the railway, is privileged as a solicitor-client document under the ordinary rules of civil procedure the Court found that the reports and notifications themselves are not communications of the solicitor-client variety and, not having been prepared for the purpose of litigation pending or anticipated, are not privileged. At page 586 of the judgment he refers to *Williston and Rolls*³, wherein it is stated at page 827:

Communications between a party and non-professional agent are only privileged if they are made both . . . (1) for the purpose of being laid before a solicitor or counsel for the purpose of obtaining his advice or of enabling him to prosecute or defend an action or prepare a brief; and (2) for the purpose of litigation existing or in contemplation at the time. Both these conditions must be fulfilled in order that the privilege may exist.

On the same page he quotes further from *Williston and Rolls* at pages 916 and 917:

All documents and copies thereof prepared for the purpose, but not necessarily the sole or primary purpose, of assisting a party or his legal advisers in any actual or anticipated litigation are privileged from production.

² (1973) 38 D.L.R. (3d) 581.

³ *Law of Civil Procedure* (1970), vol. 2, pp. 821-9.

Les avocats des deux parties ont cité une jurisprudence abondante sur la question de l'exemption de communication. En fait, les deux parties ont trouvé quelque appui pour leurs prétentions dans l'un des arrêts canadiens les plus récents, *Mitchell c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*². Dans cette décision, le juge Cowan, juge en chef de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse analyse assez longuement la jurisprudence anglaise et canadienne. La question avait trait à la production du procès-verbal d'un accident qu'avait fourni la compagnie de chemins de fer à la Commission des transports dont l'ordonnance prévoyait qu'un tel procès-verbal devait être exempt de communication. Le savant juge en chef a statué que cette ordonnance avait pour objet d'assurer que de tels documents ne soient pas rendus publics sauf sur ordre de la Commission mais qu'elle n'était pas destinée à les exempter de production pour examen dans une action découlant d'un accident. Bien que les règles ordinaires de la procédure civile reconnaissent le caractère confidentiel de la lettre adressée par l'agent de réclamation de la compagnie de chemins de fer à l'avocat de cette dernière, dans laquelle étaient résumés les résultats de l'enquête sur l'accident jusqu'à ce jour, et incorporant des rapports écrits et des déclarations faites par divers employés de la compagnie de chemins de fer, la Cour a statué que les déclarations et les rapports eux-mêmes ne relèvent pas du secret professionnel entre clients et procureurs et que, n'ayant pas été rédigés aux fins d'un litige pendant ou prévu, ils ne sont pas exempts de communication. A la page 586 de son jugement, il renvoie à l'ouvrage de *Williston et de Rolls*³, où il est dit à la page 827:

[TRADUCTION] La correspondance entre une partie et un agent non professionnel n'est exempte de communication que . . . (1) si elle est destinée à être transmise à un procureur ou à un avocat afin d'obtenir ses conseils, de lui permettre d'intenter une action, de défendre son client ou de préparer un dossier; et (2) si elle est échangée aux fins d'un procès en cours ou projeté à l'époque. Ces deux conditions sont préalables à l'exemption de communication.

A la même page, le juge en chef Cowan cite de nouveau *Williston et Rolls* aux pages 916 et 917:

[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 avocats dans un procès en cours ou prévu.

² (1973) 38 D.L.R. (3^e) 581.

³ *Law of Civil Procedure* (1970), vol. 2 aux pp. 821 à 829.

Documents existing before litigation was conceived and not brought into existence for the purpose of obtaining legal advice are not free from the duty to produce . . . merely because they are in the possession of a solicitor for the purposes of an action. There must be a real expectation of litigation before there is a privilege from production.

Counsel for defendant contends that while admittedly litigation was in contemplation before the inquiry was made it was not made for the sole or primary purpose of assisting plaintiff and its legal advisers in the anticipated litigation but for the purpose of establishing if any member of the Armed Services was at fault in order to prevent a recurrence of similar problems in connection with future contracts. Counsel for plaintiff on the other hand contends that it was only after the claim had been rejected by Hawker Siddeley that the Board of Inquiry was ordered and that the terms of reference indicated clearly that the information obtained in the course of the inquiry was of a nature which would be pertinent in the litigation which was bound to result and that the documents are therefore privileged and that the quotation from Williston and Rolls supports this.

The learned Chief Justice refers to the judgment of Hamilton L.J. in *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company Limited v. London & North Western Railway Company*⁴ in which at page 859 he discusses the question of records and reports made in the normal course of the operation of a business and states:

To hold such documents privileged merely because it can be shewn of them, not untruthfully, that the principal, who made them part of the regular course of business and of the duties of his subordinates, foresaw and had in mind their utility in case of litigation, feared, threatened, or commenced, would in my opinion be unsound in principle and disastrous in practice.

This differed from the view of Buckley J. in the same case which I will discuss later. The *Mitchell* case also refers to the case of *Longthorn v. British Transport Commission*⁵, in which Diplock J. was dealing with the claim to privilege from production of a report of a private inquiry into the cause of an accident in which the plaintiff, an employee of the British Transport Commission took part. At the time of the inquiry the Commission did not know

Les documents existants avant que le procès ne soit projeté et qui n'ont pas été rédigés afin d'obtenir l'avis d'un avocat ne sont pas exempts de production . . . du simple fait qu'ils sont en la possession d'un avocat aux fins d'un procès. L'expectative réelle d'un procès doit d'abord exister pour qu'il y ait une exemption de communication.

L'avocat de la défenderesse soutient que même si de fait l'on envisageait un procès avant l'enquête, elle n'avait pas pour but unique ou principal d'aider la demanderesse et ses avocats au cours du procès auquel on s'attendait mais dans le but de découvrir si un membre des Forces armées était en faute, afin de prévenir la répétition de problèmes semblables dans des contrats à venir. Par contre, l'avocat de la demanderesse prétend que la commission d'enquête n'a été instituée qu'après que la Hawker Siddeley a rejeté la réclamation et il ajoute, en s'appuyant sur l'extrait cité de l'ouvrage de Williston et Rolls, que son mandat indiquait clairement que la documentation réunie au cours de l'enquête était susceptible de servir pendant le procès qui devait en résulter, ce qui l'exempte de communication.

Le savant juge en chef renvoie à la décision du lord juge Hamilton dans l'affaire *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company Limited c. London & North Western Railway Company*⁴ dans laquelle il examine, à la page 859, la question des dossiers constitués et des rapports faits pendant le cours normal de la marche d'une entreprise et il déclare:

[TRADUCTION] Il serait, à mon avis, injustifié en principe et désastreux en pratique de statuer que de tels documents sont exempts de communication simplement parce que l'on peut affirmer que l'employeur les considère comme faisant partie de la marche habituelle des affaires, et des fonctions de ses employés et a prévu ou envisagé leur utilité dans un procès qu'il redoute, dont on l'a menacé ou qui est intenté.

Ce qui précède s'oppose à l'opinion du juge Buckley dans la même affaire, dont je discuterai plus loin. L'arrêt *Mitchell* renvoie aussi à l'arrêt *Longthorn c. British Transport Commission*⁵, dans lequel le juge Diplock traitait d'une demande d'exemption pour un rapport d'enquête privée sur la cause d'un accident dans lequel était impliqué le demandeur, un employé de la British Transport Commission. Au moment de l'enquête, la Commis-

⁴ [1913] 3 K.B. 850 (C.A.).

⁵ [1959] 2 All E.R. 32.

⁴ [1913] 3 K.B. 850 (C.A.).

⁵ [1959] 2 All E.R. 32.

that the plaintiff intended to bring the action. The affidavit claiming privilege said that the documents came into existence "*inter alia*" for the purpose of obtaining and furnishing to the solicitor evidence and information for his use. Diplock J. found that the claim of privilege was not established by the ground put forward in the affidavit, that is, that the documents, including the report, were made for the purposes, "*inter alia*" of furnishing evidence or information to the solicitor, without stating that that was the main purpose. He also found that the report showed that the inquiry was not convened for the purpose of furnishing evidence or information to the Commission's solicitor and that the report was, therefore, not privileged.

Reference was also made by the learned Chief Justice to the case of *Woolley v. North London Railway Company*⁶ in which an accident had occurred to the train of the defendant, in which the plaintiff was a traveller and it was suggested that this was from a defect in the construction of the engine. The plaintiff asked to inspect certain documents but Brett J. stated at page 324:

I think the rule may be thus stated, viz: any report made by a servant to his principal for the purpose of instructing the latter as to his claim or defence in any legal proceeding anticipated or existing ought not to be produced, but that any such report made in the ordinary course, and which would have been so made whether there was litigation, either anticipated or existing, should be produced. It follows, therefore, that if that be the rule it is immaterial whether the report be made before or after litigation has commenced, or whether it be confidential or not, or whether it be of matters of opinion or of matters of fact. The material point is whether it is made or not in the ordinary course of things, or whether only for the purpose of instructing the principal to resist or make a claim.

In *Cook v. North Metropolitan Tramway Co.*⁷ Field J. said at page 23 dealing with the daily report of a conductor:

The power to call for production of such documents was very important, and it was for the benefit of both parties that they should come into Court knowing all the facts, rather than that one side should be informed and the other in the dark. This was a report—a daily report—made by a conductor in the course of his duty. It was not made for the purpose of the defence to this action, nor with reference to any particular action.

⁶ (1869) 38 L.J.C.P. 317.

⁷ (1889) 6 T.L.R. 22 (Q.B. Div.).

sion ne savait pas que le demandeur avait l'intention d'actionner. Selon l'affidavit réclamant l'exemption de production, les documents avaient été rédigés aux fins notamment d'obtenir de l'avocat et de lui fournir des éléments de preuve et des renseignements. Le juge Diplock a conclu que l'exemption ne se justifiait pas par le motif dont faisait état l'affidavit à savoir que les documents, y compris le rapport, avaient été rédigés dans le but notamment de fournir à l'avocat des éléments de preuve ou des renseignements, sans déclarer que c'était là l'objet principal. Il a aussi statué que le rapport montrait que l'enquête n'avait pas été faite dans le but de fournir des éléments de preuve ou des renseignements au procureur de la Commission et que par conséquent il n'était pas exempt de communication.

Le savant juge en chef a également cité l'affaire *Woolley c. North London Railway Company*⁶; il s'agissait d'un accident survenu au train de la défenderesse, à bord duquel voyageait le demandeur et l'on avait avancé que l'accident était imputable à un défaut de construction de la locomotive. Le demandeur avait demandé à examiner certains documents, mais le juge Brett avait déclaré (page 324):

[TRADUCTION] Je crois que l'on peut énoncer la règle de la façon suivante: tout rapport que fait un employé à son employeur dans le but de le renseigner au sujet de sa réclamation ou de sa défense dans un procès, projeté ou en cours, est exempt de production mais un rapport fait dans le cours normal des affaires, indépendamment de ce procès, projeté ou en cours, doit être produit. Selon cette règle, peu importe que le rapport précède ou non le début du procès, qu'il soit confidentiel ou non, ou qu'il ait trait à des opinions ou à des faits. L'important est de savoir s'il est présenté dans le cours ordinaire des choses, ou uniquement dans le but de recommander à l'employeur de nier sa responsabilité ou de faire une réclamation.

Dans l'arrêt *Cook c. North Metropolitan Tramway Co.*⁷ le juge Field a dit à la page 23 à propos du rapport quotidien d'un chef de train:

[TRADUCTION] Il était très important de pouvoir exiger la production de ces documents, et il était à l'avantage réciproque des parties qu'elles arrivent au procès bien informées toutes les deux et non seulement l'une d'elles. Il s'agissait d'un rapport—d'un rapport quotidien—fait par le chef de train, dans l'exécution normale de ses fonctions. Il n'avait pas été rédigé aux fins de la défense de l'action, ni relativement à aucune autre action.

⁶ (1869) 38 L.J.C.P. 317.

⁷ (1889) 6 T.L.R. 22 (Q.B. Div.).

The British cases referred to in the *Mitchell* judgment and others were reviewed at considerable length in the case of *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*⁸. While the principal judgment in that case was rendered by Lord Cross it is perhaps the decision of Lord Kilbrandon reported at page 435, which agrees with the finding of Lord Cross, which is most pertinent to the present case. He states:

I would like, however, to add a word or two about the somewhat diverging trends of authority, on the question of discovery of documents said to have been prepared for the purposes of litigation, which may be typified by the judgments of Buckley L.J. in *Birmingham and Midland Motor Omnibus Co. Ltd. v. London and North Western Railway Co.* [1913] 3 K.B. 850 and of Havers J. in *Seabrook v. British Transport Commission* [1959] 1 W.L.R. 509, on the one hand, and those of Hamilton L.J. in the *Birmingham* case and of Diplock J. in *Longthorn v. British Transport Commission* [1959] 1 W.L.R. 530 on the other. Like my noble and learned friend, I prefer the approach of the latter to that of the former. In my opinion, any practice of "blanket" classifying of documents especially when they concern, as they normally do, claims arising out of accidents, is to be discouraged.

On the other hand there was a dissenting judgment in the *Crompton* case by Viscount Dilhorne which states at page 421:

The finding that from July 31, 1967, onwards the commissioners reasonably anticipated that there would be an arbitration is, in my opinion, crucial in relation to their claim for legal professional privilege.

The documents which the commissioners claim are covered by legal professional privilege, came into existence in the course of the investigation. They had a dual purpose, to enable the commissioners to form their opinion and for the use of their solicitors whose task it was to secure the material necessary for the arbitration, to advise thereon and to prepare the commissioners' case.

Where an event occurs which is likely to lead to litigation, e.g., an accident on a railway, it has long been established that reports made in anticipation of litigation and for the use of the defendant's solicitors are protected, and that the reports need not be made solely or primarily for the use of the solicitors: *Ogden v. London Electric Railway Co.* (1933) 49 T.L.R. 542 and *Birmingham and Midland Motor Omnibus Co. Ltd. v. London and North Western Railway Co.* [1913] 3 K.B. 850. So the fact that the documents come into existence for a dual purpose does not deprive them of protection if one purpose is their use by solicitors when litigation is reasonably anticipated.

⁸ [1974] A.C. 405.

Les arrêts anglais auxquels renvoie le jugement *Mitchell* ainsi que d'autres ont fait l'objet d'une étude assez approfondie dans l'arrêt *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners (N° 2)*⁸. Bien que le jugement de la Cour ait été rendu par lord Cross, c'est peut-être la décision de lord Kilbrandon, citée à la page 435 et dans laquelle il souscrit aux conclusions de lord Cross, qui est la plus pertinente à l'espèce. Il déclare:

[TRADUCTION] Cependant, je tiens à mentionner brièvement la jurisprudence quelque peu contradictoire sur la question de la communication de documents dont on dit qu'ils ont été rédigés aux fins d'un procès, jurisprudence que peuvent illustrer la décision du lord juge Buckley dans l'affaire *Birmingham and Midland Motor Omnibus Co. Ltd. c. London and North Western Railway Co.* [1913] 3 K.B. 850 et celle du juge Havers dans l'affaire *Seabrook c. British Transport Commission* [1959] 1 W.L.R. 509, d'une part, et d'autre part, les décisions du lord juge Hamilton dans l'affaire *Birmingham* et du juge Diplock dans l'affaire *Longthorn c. British Transport Commission* [1959] 1 W.L.R. 530. Tout comme mon noble et savant ami, je préfère le second point de vue au premier. A mon avis, il faut déconseiller toute pratique de classification «tout usage» des documents particulièrement comme c'est habituellement le cas, lorsqu'ils ont trait à des réclamations résultant d'accidents.

Toutefois, le vicomte Dilhorne était dissident dans l'arrêt *Crompton*. Il déclarait à la page 421:

[TRADUCTION] J'estime que la conclusion selon laquelle à partir du 31 juillet 1967 les commissaires s'attendaient raisonnablement à l'arbitrage est essentielle en ce qui concerne la demande d'exemption de communication.

Les documents que les commissaires affirment être exempts de communication vu leur caractère confidentiel ont été préparés au cours de l'enquête. Ils avaient un double objet: aider les commissaires à se faire une idée et servir à leurs procureurs, chargés de réunir les documents nécessaires à l'arbitrage, de donner des avis à ce sujet et de préparer le dossier des commissaires.

Lorsqu'il se produit un événement de nature à entraîner un procès, comme par exemple un accident sur une voie ferrée, il est établi de longue date que les rapports faits en prévision d'un procès et à l'intention des procureurs du défendeur sont exempts de communication, et ces rapports n'ont pas à être faits uniquement ou principalement à l'intention des procureurs: *Ogden c. London Electric Railway Co.* (1933) 49 T.L.R. 542 et *Birmingham and Midland Motor Omnibus Co. Ltd. c. London and North Western Railway Co.* [1913] 3 K.B. 850. Donc le fait que les documents aient été rédigés à deux fins ne les privent pas de l'exemption de communication si l'une de ces fins était de servir aux procureurs lorsqu'on est en droit de s'attendre à un procès.

⁸ [1974] A.C. 405.

In the *Seabrook v. British Transport Commission* case⁹ dealing with railway reports arising out of an accident it was held that the reports were privileged because they had been *bona fide* obtained for the purpose of taking professional advice from the Commission's solicitor in view of anticipated proceedings, and the fact that these documents also served other purposes did not place them outside the scope of the privilege. While this followed the Buckley judgment in the *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company Limited* case it was entirely contrary to the finding of Diplock J. in the *Longthorn v. British Transport Commission* case as Lord Kilbrandon pointed out in the *Crompton* case. In the *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company Limited v. London & North Western Railway Company* (*supra*) Buckley L.J. had said at page 856:

It is not I think necessary that the affidavit should state that the information was obtained solely or merely or primarily for the solicitor, if it was obtained for the solicitor, in the sense of being procured as materials upon which professional advice should be taken in proceedings pending, or threatened, or anticipated. If it was obtained for the solicitor, as above stated, it is none the less protected because the party who has obtained it intended if he could to settle the matter without resort to a solicitor at all.

Reference was also made by the plaintiff's counsel to the case of *Blackstone v. The Mutual Life Insurance Company of New York*¹⁰ in which Robertson C.J.O. stated at page 333:

I agree with the proposition of the defendant's counsel that it is not essential to the validity of the claim of privilege that the document for which privilege is claimed should have been written, prepared or obtained solely for the purpose of, or in connection with, litigation then pending or anticipated. It is sufficient if that was the substantial, or one of the substantial, purposes then in view.

Reference was also made to the statement of Gale J. as he then was in the case of *Cook v. Cook*¹¹ at page 289 where he said:

If a person employs a detective to investigate the conduct of another person for a purpose quite unconnected with any pending or contemplated litigation, and proceedings are subsequently taken, the contents of the report of that detective would have to be made available, if relevant to the proceedings.

Dans l'arrêt *Seabrook c. British Transport Commission*⁹ traitant des rapports de chemins de fer à la suite d'un accident, la Cour a statué qu'ils étaient exempts de communication parce qu'ils avaient réellement été obtenus dans le but de prendre conseil du procureur de la Commission en raison du procès auquel on s'attendait, et le fait que ces documents ont également servi d'autres fins ne leur a pas fait perdre leur caractère privilégié. Alors que cet arrêt suivait la décision du juge Buckley dans l'affaire *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company Limited* il était tout à fait contraire à la conclusion du juge Diplock dans l'affaire *Longthorn c. British Transport Commission* comme l'a souligné lord Kilbrandon dans l'arrêt *Crompton*. Dans l'arrêt *Birmingham and Midland Motor Omnibus Company Limited c. London & North Western Railway Company* (précité) le lord juge Buckley avait dit à la page 856:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire, à mon avis, que l'affidavit précise que les renseignements ont été recueillis uniquement ou simplement ou principalement pour l'avocat, pourvu qu'ils soient recueillis pour l'avocat, en ce sens qu'on les lui soumet comme pièces sur lesquelles on veut obtenir l'avis d'un professionnel à l'occasion d'une procédure déjà entamée ou d'une procédure dont on est menacé ou à laquelle on s'attend. Tout renseignement recueilli pour l'avocat, dans les circonstances ci-dessus mentionnées, est couvert par le secret professionnel même si la partie qui l'a obtenu avait l'intention, si cela était possible, de régler l'affaire sans aucun recours à l'avocat.

L'avocat de la demanderesse a aussi renvoyé à l'arrêt *Blackstone c. The Mutual Life Insurance Company of New York*¹⁰ dans lequel le juge Robertson, juge en chef de l'Ontario, a déclaré à la page 333:

[TRADUCTION] Tout comme l'avocat du défendeur, j'estime qu'il n'est pas essentiel au bien-fondé de la demande d'exemption de communication que le document faisant l'objet d'une telle demande ait été écrit, préparé ou obtenu uniquement aux fins d'un procès alors pendant ou prévu ou relativement à un tel procès. Il suffit que cela ait été à l'époque l'objet principal ou l'un des plus importants.

On s'est aussi reporté à la déclaration suivante du juge Gale (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Cook c. Cook*¹¹ (page 289):

[TRADUCTION] Si une personne charge un détective d'enquêter sur la conduite d'une autre personne pour une raison totalement étrangère à tout procès, pendant ou envisagé et que des procédures sont ensuite entamées, le contenu du rapport du détective sera sujet à communication s'il est pertinent aux procédures.

⁹ [1959] 2 All E.R. (Q.B.D.) 15.

¹⁰ [1944] O.R. 328.

¹¹ [1947] O.R. 287.

⁹ [1959] 2 All E.R. (Q.B.D.) 15.

¹⁰ [1944] O.R. 328.

¹¹ [1947] O.R. 287.

Earlier on the same page however he states:

... communications between a person and an agent who is not a legal adviser are privileged only in certain circumstances. To be protected, the latter must not only be made at the request or suggestion of a solicitor, or for submission to a solicitor or to counsel, but must also be made or procured for the purpose of litigation existing or in contemplation at the time.

In the present case there is no doubt that the litigation was in contemplation but it would be difficult to say that the inquiry was made at the request or suggestion of a solicitor or for submission to him or to counsel. It thus does not satisfy one of the criteria set out by Chief Justice Gale, or by Williston and Rolls (*supra*).

In this Court Jackett P. as he then was in the case of *Susan Hosiery Limited v. M.N.R.*¹² stated at page 34:

What is important to note about both of these rules is that they do not afford a privilege against the discovery of facts that are or may be relevant to the determination of the facts in issue. What is privileged is the communications or working papers that came into existence by reason of the desire to obtain a legal opinion or legal assistance in the one case and the materials created for the lawyer's brief in the other case. The facts or documents that happen to be reflected in such communications or materials are not privileged from discovery if, otherwise, the party would be bound to give discovery of them.

While it is evident that the jurisprudence is quite evenly balanced and each case must be decided on its own facts I cannot find that in the present case the report of the Commission of Inquiry although confidential is a privileged document. Litigation was undoubtedly a strong possibility at the time it was prepared and no doubt the contents of it would be useful in connection with such litigation, but there does not appear to be the slightest indication that there was any intervention of any attorney or representative of the Department of Justice asking that this investigation be made in order to obtain information to assist in the preparation of his brief in connection with litigation which it was proposed to bring and which was in fact brought although some three years later. On the contrary the report was commissioned and prepared on behalf of the Naval authorities for the Department of National Defence and while the

Cependant plus haut à la même page, il déclarait:

[TRADUCTION] ... la correspondance entre une personne et son mandataire qui n'est pas un conseiller juridique ne relève du secret professionnel que dans certaines circonstances. Pour être exempte de communication, la lettre doit non seulement avoir été écrite à la demande ou sur l'avis d'un procureur, ou pour être remise à un procureur ou à un avocat, mais de plus elle doit être rédigée et obtenue aux fins d'un procès, en cours ou envisagé à l'époque.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'on envisageait un procès mais il serait difficile de dire que l'enquête a eu lieu à la demande ou sur l'avis d'un procureur ou dans le but d'en transmettre le rapport, soit à ce dernier ou à un avocat. Par conséquent, cela ne répond pas à l'un des critères exposés par le juge en chef Gale ou par Williston et Rolls (précité).

Dans cette Cour, le président Jackett, aujourd'hui juge en chef, a déclaré à la page 34 de l'arrêt *d Susan Hosiery Limited c. M.R.N.*¹²:

[TRADUCTION] Ce qu'il importe de noter au sujet de chacune de ces deux propositions, c'est que ni l'une ni l'autre ne confère de privilège allant à l'encontre de la communication des faits qui sont ou peuvent être pertinents pour la décision sur les faits litigieux. Ce qui est privilégié, ce sont, d'une part les communications ou les notes dont l'existence est liée à la demande d'un conseil ou d'une assistance juridiques et, d'autre part les documents préparés pour le dossier de l'avocat. Les faits ou les pièces auxquels font allusion ces communications ou ces documents ne bénéficient pas de l'exemption de communication si la partie, de toutes façons, est tenue de les communiquer.

Il est évident que la jurisprudence est également partagée et chaque cas doit être jugé selon les faits qui lui sont particuliers; cependant, je n'estime pas qu'en l'espèce le rapport de la Commission d'enquête, bien que confidentiel, est exempt de communication. Il ne fait pas de doute qu'au moment où il a été rédigé, on s'attendait à un procès et assurément le contenu du rapport serait utile dans cette éventualité. Cependant, rien ne permet de croire qu'un avocat ou un représentant du ministère de la Justice ait demandé la tenue de cette enquête afin d'obtenir des renseignements utiles à la préparation de son dossier, en vue du procès envisagé, qui a effectivement eu lieu, bien qu'environ 3 ans plus tard. Au contraire, l'enquête a été tenue et le rapport préparé pour le compte de la Marine, à l'intention du ministère de la Défense nationale et même si le rapport pouvait assurément être utile à l'avocat de la demanderesse pour le

¹² [1969] 2 Ex.C.R. 27.

¹² [1969] 2 R.C.É. 27.

contents were no doubt useful to plaintiff's counsel in connection with the contemplated proceedings, to allow plaintiff's counsel to have sole access to it and to the statements of a great many witnesses allegedly contained therein would be prejudicial to defendants who have the right of access to this information in the preparation of their defence, which information was not obtained at the request of plaintiff's counsel, for his use in connection with his preparation of the case.

I therefore find that the report in question is not privileged and should be produced and accordingly grant defendant's motion with costs.

procès envisagé, lui accorder le privilège exclusif d'en prendre communication ainsi que des déclarations de nombreux témoins qu'il est censé contenir ferait tort aux défenderesses qui ont droit d'obtenir ces renseignements en vue de préparer leur défense, et qu'on a refusé de leur transmettre à la demande de l'avocat de la demanderesse, qui en réclame l'exclusivité pour préparer son dossier.

Je statue donc que le rapport en question ne relève pas du secret professionnel et doit être communiqué. J'accueille en conséquence la requête de la défenderesse avec dépens.