

T-2696-80

T-2696-80

Smith, Kline & French Laboratories Limited, Smith, Kline & French Canada Ltd., Graham John Durant, John Colin Emmett and Charon Robin Ganellin (Plaintiffs) (Respondents)

v.

Attorney General of Canada (Defendant) (Applicant)

INDEXED AS: SMITH, KLINE & FRENCH LABORATORIES LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, November 2, 1988 and March 10, 1989.

Practice — Privilege — Undertakings given on discovery as to confidentiality of documents, testimony — Documents subsequently sealed as confidential in action as to validity of s. 41(4) Patent Act — M.N.R., not party to action, now seeking access to documents for audit — Presumption of openness of Court records reflected by R. 201(4) insufficient ground for altering confidentiality order — Review of tax liability, neither change in circumstances, nor compelling reason — Interests of justice requiring variation of confidentiality order in exceptional cases only — Granting of access leading to non-disclosure by parties in proceedings by or against Crown.

Income tax — Practice — M.N.R. seeking, for audit purposes, access to documents ordered sealed as confidential in action concerning validity of Patented Act provision — Changed circumstances or compelling reason required to vary confidentiality order — Review of tax liability not change in circumstances but new circumstance — M.N.R.'s public interest not compelling reason to vary order.

This is an application by the Attorney General, on behalf of the Minister, for an order permitting officers of the Department of National Revenue to have access to certain documents which were ordered by the Trial Division and by the Court of Appeal to be sealed as confidential in an action for a declaration that subsection 41(4) of the *Patent Act* was *ultra vires* and contrary to the *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Minister of National Revenue was not a party to that action.

The reason for the Attorney General's application lies in the audit that the Minister of National Revenue is conducting with respect to the returns of one of the respondents, Smith, Kline & French Canada Ltd., for the years 1981 to 1983. Pursuant to

Smith, Kline & French Laboratories Limited, Smith, Kline & French Canada Ltd., Graham John Durant, John Colin Emmett et Charon Robin Ganellin (demandeurs) (intimés)

c.

Procureur général du Canada (défendeur) (requérant)

RÉPERTORIÉ: SMITH, KLINE & FRENCH LABORATORIES LTD. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—
Ottawa, 2 novembre 1988 et 10 mars 1989.

Pratique — Communications privilégiées — Engagements pris à l'étape des interrogations préalables concernant le caractère confidentiel de certains documents et témoignages — Documents subséquemment scellés pour motif de confidentialité lors de l'instruction de l'action mettant en cause la validité de l'art. 41(4) de la Loi sur les brevets — Le M.R.N., qui n'était pas partie à cette instance, demande maintenant accès aux documents pour fins de vérification — La présomption de transparence des dossiers judiciaires, tel qu'exprimée à la Règle 201(4), n'est pas un motif suffisant pour modifier une ordonnance de non-divulgence — L'examen de l'assujettissement à l'impôt ne constitue pas un changement dans les circonstances ni une raison impérative — Les intérêts de la justice exigent qu'une ordonnance de non-divulgence ne soit modifiée que dans des cas exceptionnels — Permettre l'accès conduirait les parties à refuser la divulgation dans des poursuites instituées par la Couronne ou contre elle.

Impôt sur le revenu — Pratique — Le M.R.N. demande l'accès, pour fins de vérification, à des documents scellés par ordonnance pour cause de confidentialité, dans une action concernant la validité d'une disposition de la Loi sur les brevets — Il faut qu'il y ait un changement dans les circonstances ou une raison impérative pour justifier la modification d'une ordonnance de non-divulgence — L'examen de l'assujettissement à l'impôt ne constitue pas un changement dans les circonstances mais une circonstance nouvelle — L'intérêt public que représente le M.R.N. ne constitue pas une raison impérative de modifier l'ordonnance.

Au nom du ministre, le procureur général demande en l'espèce l'émission d'une ordonnance autorisant les fonctionnaires du ministère du Revenu national à prendre connaissance de certains documents dont la Section de première instance et la Cour d'appel avaient ordonné qu'ils soient scellés pour cause de confidentialité, dans une action visant l'obtention d'un jugement déclarant le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets ultra vires* et contraire à la *Déclaration canadienne des droits* ainsi qu'à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministre du Revenu national n'était pas partie à cette instance.

La présentation de cette requête du procureur général s'explique par la vérification à laquelle procède le ministre du Revenu national à l'égard des déclarations d'impôt de l'un des intimés, Smith, Kline & French Canada Ltd., pour les années

their mandate, the auditors are required to examine any information that might relate to prices paid by that company for a medicine known generically as cimetidine, purchased from non-arm's length non-resident suppliers.

The confidentiality orders which the applicant seeks to have varied were made following pre-trial undertakings between counsel that documents and information produced on discovery would be kept confidential.

Held, the application should be dismissed.

The presumption of openness or public access to Court records, on which the applicant relies, although generally applicable in judicial proceedings, is of no assistance to a party who has consented to an order for sealing documents as confidential, and subsequently seeks access for purposes admittedly not considered at the time of the order. In such a case, the burden of satisfying the Court that access should be provided is on the party who seeks to have the order varied.

The applicant has failed to meet the test set out by Reed J. in *Apotex Inc. v. Attorney-General of Canada et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 310 (F.C.T.D.) for varying the terms of a confidentiality order. According to Reed J. the principle of open judicial proceedings reflected in Federal Court Rule 201(4) is not sufficient for altering a confidentiality order. In the words of her Ladyship, "some changed circumstances, or compelling reason not directly considered when the order was given" must be advanced as a reason for altering a confidentiality order". The reason for varying a confidentiality order should be truly compelling, especially where the purpose for access is unrelated—and is, in that sense, collateral or ulterior—to the action in which the documents are filed and sealed, and where the order granted involves the Attorney General as a party. The review of the respondent's tax liability is not a change in circumstances in relation to the issues in the action for which the information was produced. It is a new circumstance in the sense that review of tax liability had not been considered at the time the confidentiality orders were made. It does not constitute a compelling reason to vary the orders.

If counsel for the Attorney General consents to an order that evidence be maintained in confidence, or if he is subject to such an order even without consent, that order should not be varied merely because there arises some other public interest, collateral to the action in which the order is made. Otherwise, the interests of justice served by the modern discovery process would tend to be frustrated: parties engaged in actions by or against the Crown would seek to avoid disclosure of information which might at some future date, regardless of the outcome of the original action, be sought for use by the Crown for some purpose unrelated to the original action.

1981 à 1983. Aux termes de leur mandat, les vérificateurs sont tenus de prendre connaissance de tout renseignement pouvant se rapporter aux prix qu'a payés cette société pour se procurer un médicament connu sous le nom générique de cimetidine auprès de fournisseurs liés non résidents.

^a Les ordonnances de non-divulgence dont le requérant veut obtenir la modification ont été rendues à la suite des engagements que les avocats ont pris, préalablement à l'instruction, de garder confidentiels certains documents et renseignements fournis à l'étape des interrogatoires préalables.

^b *Jugement*: la requête devrait être rejetée.

Bien qu'elle soit d'application générale dans les procédures des tribunaux, la présomption de transparence ou de caractère public des dossiers judiciaires, sur laquelle s'appuie le requérant, n'est d'aucun secours à une partie qui, après avoir consenti à ce que des documents soient scellés pour motif de confidentialité, cherche maintenant à en recevoir communication à des fins n'ayant pas, de l'aveu général, été prises en compte à l'époque où l'ordonnance a été rendue. En pareil cas, le fardeau de convaincre la Cour d'octroyer un droit d'accès incombe à la partie qui veut faire modifier l'ordonnance.

^c Le requérant n'a pas satisfait au critère qu'a établi le juge Reed dans la décision *Apotex Inc. c. Procureur général du Canada et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 310 (C.F. 1^{re} inst.) en ce qui concerne la modification des termes d'une ordonnance de non-divulgence. Selon le juge Reed, le principe de la transparence des procédures judiciaires, exprimé à la Règle 201(4) de la Cour fédérale, ne constitue pas un motif suffisant pour changer une ordonnance de non-divulgence. Pour reprendre ses mots, il aurait fallu invoquer à cet égard «certains changements dans les circonstances ou une raison impérative qui n'ont pas été examinés directement lorsque l'ordonnance a été prise». Il faut une raison vraiment impérative pour modifier une ordonnance de non-divulgence, surtout dans les cas où le motif de la demande d'accès n'est aucunement relié—et est, dans ce sens, accessoire ou ultérieur—à l'action au cours de laquelle les documents sont produits et scellés, et où le procureur général est partie à une action dans laquelle une ordonnance non-divulgence a été rendue. L'examen de l'assujettissement à l'impôt de l'intimée ne constitue pas un changement dans les circonstances se rapportant aux questions en litige dans l'action aux fins de laquelle les renseignements ont été fournis. Il s'agit d'une situation nouvelle dans la mesure où l'examen de l'assujettissement à l'impôt n'est pas un facteur ayant été retenu lorsque les ordonnances de non-divulgence ont été prises. Cette situation ne constitue pas une raison impérative pour modifier les ordonnances.

^d Si, par l'entremise de son avocat, le procureur général consent à une ordonnance protégeant la confidentialité d'une preuve, ou même s'il y est assujéti sans son consentement, cette ordonnance ne devrait pas être modifiée simplement parce qu'on soulève un autre intérêt public, accessoire à l'action en cours. Sinon, les intérêts de la justice, que vise à assurer la procédure actuelle de la communication préalable, pourraient être compromis: les parties engagées dans des poursuites instituées par la Couronne ou contre elle chercheraient à éviter la divulgation de renseignements dont cette dernière tenterait de se servir, par la suite et quel que soit le résultat de l'instance originale, pour quelque autre fin non reliée à cette première action.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 201, 319.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 69(2), 152(1), (4), (7), 241.
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Apotex Inc. v. Attorney-General of Canada et al. (1986), 10 C.P.R. (3d) 310 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre, [1982] 1 S.C.R. 175; *Samuel Moore & Co. v. Commissioner of Patents*, [1980] 2 F.C. 350; (1979), 45 C.P.R. (2d) 185 (C.A.); *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107 (C.A.); *Amp of Canada, Ltd. v. The Queen* (1987), 87 DTC 5157 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Halliburton Co. et al. v. Northstar Drillstem Ltd. et al. (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (F.C.T.D.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, T-831-82, McNair J., order dated 4/11/83, not reported; *Control Data Canada Ltd. v. Senstar Corp.*, T-1583-84, Giles A.S.P., order dated 6/5/88, not reported; aff'd by Jerome A.C.J., order dated 6/6/88, not reported.

REFERRED TO:

Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada, [1986] 1 F.C. 274; (1985), 24 D.L.R. (4th) 321 (T.D.); aff'd [1987] 2 F.C. 359 (C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused [1987] 1 S.C.R. xiv; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. et al. v. Attorney-General of Canada* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (F.C.T.D.); rev'd A-957-84, Mahoney J., judgment dated 11/1/85, not reported; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Attorney General of Canada*, A-909-85, Heald J., judgment dated 25/8/86, not reported; *Smith, Kline and French Canada Ltd. v. Frank W. Horner, Inc.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 128 (F.C.T.D.); *Distillers Co (Biochemicals) Ltd v Times Newspapers Ltd.*, [1975] 1 All ER 41 (Q.B.D.); *Riddick v. Thames Board Mills Ltd.*, [1977] 1 Q.B. 881 (C.A.); *Crest Homes plc v Marks*, [1987] 2 All ER 1074 (H.L.); *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 69(2), 152(1), (4), (7), 241.
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. chap. 663, Règles 201, 319.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Apotex Inc. c. Procureur général du Canada et al. (1986), 10 C.P.R. (3d) 310 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; *Samuel Moore & Co. c. Commissaire des brevets*, [1980] 2 C.F. 350; (1979), 45 C.P.R. (2d) 185 (C.A.); *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.); *Amp of Canada, Ltd. c. La Reine* (1987), 87 DTC 5157 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Halliburton Co. et al. c. Northstar Drillstem Ltd. et al. (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (C.F. 1^{re} inst.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, T-831-82, juge McNair, ordonnance en date du 4-11-83, non publiée; *Control Data Canada Ltd. c. Senstar Corp.*, T-1583-84, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 6-5-88, non publiée; conf. par le juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 6-6-88, non publiée.

DÉCISIONS CITÉES:

Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada, [1986] 1 C.F. 274; (1985), 24 D.L.R. (4th) 321 (1^{re} inst.); conf. par [1987] 2 C.F. 359 (C.A.); autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [1987] 1 R.C.S. xiv; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. et autres c. Procureur général du Canada* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (C.F. 1^{re} inst.); inf. par le juge Mahoney, A-957-84, jugement en date du 11-1-85, non publié; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Procureur général du Canada*, A-909-85, juge Heald, jugement en date du 25-8-86, non publié; *Smith, Kline & French Canada Ltd. c. Frank W. Horner, Inc.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 128 (C.F. 1^{re} inst.); *Distillers Co (Biochemicals) Ltd v Times Newspapers Ltd.*, [1975] 1 All ER 41 (Q.B.D.); *Riddick v. Thames Board Mills Ltd.*, [1977] 1 Q.B. 881 (C.A.); *Crest Homes plc v Marks*, [1987] 2 All ER 1074 (H.L.); *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.).

COUNSEL:

Gordon F. Henderson, Q.C., Emma A. C. Hill and Guy Du Pont for plaintiffs (respondents).

Robert McMechan for defendant (applicant). ^a

SOLICITORS:

Gowling & Henderson, Ottawa, for plaintiffs (respondents). ^b

Deputy Attorney General of Canada for defendant (applicant).

The following are the reasons for order rendered in English by ^c

MACKAY J.: This was an application by the Attorney General of Canada, on behalf of the Minister of National Revenue for an order permitting officers of the Department of National Revenue to inspect and obtain photocopies of certain exhibits which were ordered by this Court and by the Court of Appeal to be sealed as confidential in the course of trial and appeals in the original action between the same parties.

In the action, initiated by the plaintiffs in 1980, the Attorney General of Canada, as defendant, contested the claim of the plaintiffs to a declaration that subsection 41(4) of the *Patent Act* [R.S.C. 1970, c. P-4] (now subsection 39(4) of that Act, R.S.C., 1985, c. P-4) was invalid. That subsection provides for compulsory licensing by the Commissioner of Patents, upon application, of patents relating to the process for production of medicines, the basis of authority for lawful production of so-called "generic drugs" by others than the patent owner or those licensed by the owner. The individual plaintiffs in the action were the inventors of two inventions which formed the process for production of a medicine known generically as cimetidine. They were employees of and had assigned their rights in the inventions to Smith, Kline & French Laboratories Limited, a United Kingdom company, which owns the Canadian patents for these processes. Smith, Kline & French Canada Ltd. is a Canadian company licensed by the patent owners to sell the medicine in Canada which it does under the name Tagamet as a prescription drug. Both of the companies are parts of

AVOCATS:

Gordon F. Henderson, c.r., Emma A. C. Hill et Guy Du Pont pour les demandeurs (intimés).

Robert McMechan pour le défendeur (requérant).

PROCUREURS:

Gowling & Henderson, Ottawa, pour les demandeurs (intimés).

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur (requérant).

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

LE JUGE MACKAY: Au nom du ministre du Revenu national, le procureur général du Canada demande en l'espèce l'émission d'une ordonnance autorisant les fonctionnaires dudit ministère à examiner et à photocopier certaines pièces dont cette Cour et la Cour d'appel, lors de l'instruction de l'action originale entre les mêmes parties et les appels y relatifs, avaient ordonné qu'elles soient scellées pour cause de confidentialité.

Dans cette action que les demandeurs ont intentée en 1980, le procureur général du Canada, à titre de défendeur, s'est opposé à ce que le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* [S.R.C. 1970, chap. P-4] (aujourd'hui le paragraphe 39(4) de la même Loi, L.R.C. (1985), chap. P-4) soit, par jugement déclaratoire, déclaré invalide. Aux termes de ce paragraphe, le commissaire des brevets est tenu, sur demande, de délivrer une licence en vertu d'un brevet relatif à un procédé de production de médicaments, et d'autoriser ainsi la production légale des médicaments appelés «génériques» par des personnes autres que le titulaire du brevet ou ceux qui l'exploitent en vertu d'une licence du propriétaire. Les particuliers faisant partie des demandeurs à l'action sont les inventeurs de deux inventions consistant dans le procédé utilisé dans la production d'un médicament dont le nom générique est cimetidine. Ils ont cédé leurs droits sur lesdites inventions à leur employeur Smith, Kline & French Laboratories Limited, une compagnie du Royaume-Uni, propriétaire des brevets canadiens à l'égard de ces procédés. Smith, Kline & French Canada Ltd. est une société cana-

a larger corporate enterprise, both being wholly-owned subsidiaries of a United States company which in turn is a subsidiary of another United States company. At the time action was commenced by the plaintiffs, cimetidine was the subject of a number of compulsory licences issued to others in Canada pursuant to then subsection 41(4) of the *Patent Act*.

In the original action the plaintiffs sought a declaration that this provision of the *Patent Act* was invalid, as *ultra vires* the legislative authority of Parliament, as contrary to the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III], and as in violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. At trial Strayer J. dismissed the plaintiffs' action ([1986] 1 F.C. 274; (1985), 24 D.L.R. (4th) 321 (T.D.)). That decision was upheld on appeal by the plaintiffs to the Federal Court of Appeal ([1987] 2 F.C. 359 (C.A.)), and leave to appeal to the Supreme Court of Canada, sought by the plaintiffs, was refused ([1987] 1 S.C.R. xiv, application refused 9.4.87).

It might have been considered that that was the end of the matter. Now, however, the Attorney General of Canada, defendant in the original action as defender of the general federal public interest, makes application pursuant to Rules 201 and 319 of the Federal Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for access to documents sealed as confidential by orders of the Court, on behalf of the Minister of National Revenue, who was not a party and who had no particular interest to be represented in the original action.

The reason for this unusual application is that the Minister of National Revenue is conducting an audit of the returns of one of the original plaintiffs, Smith, Kline & French Canada Ltd., for the taxation years 1981, 1982 and 1983. In the course of that audit, which the Minister has authority and responsibility to undertake (*Income Tax Act*,

diennne qui détient une licence des titulaires du brevet pour vendre le médicament au Canada, ce qu'elle fait sous le nom du médicament d'ordonnance Tagamet. Les deux sociétés font partie d'une plus grande entreprise et sont toutes deux des filiales exclusives d'une compagnie américaine qui, de son côté, est la filiale d'une autre compagnie américaine. Au moment de l'introduction de l'action, la cimétidine faisait l'objet au Canada de plusieurs licences obligatoires délivrées conformément à ce qui était alors le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets*.

Dans l'action intentée à l'origine, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire portant que cette dernière disposition de la *Loi sur les brevets* était invalide parce qu'*ultra vires* de l'autorité législative du Parlement, contraire à la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III] et enfin incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. En première instance, le juge Strayer a rejeté l'action des demandeurs ([1986] 1 C.F. 274; (1985), 24 D.L.R. (4th) 321 (1^{re} inst.)). Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel fédérale ([1987] 2 C.F. 359 (C.A.)), et l'autorisation de pourvoi a été refusée par la Cour suprême du Canada ([1987] 1 R.C.S. xiv, 9.4.87).

On aurait pu croire que l'affaire trouvait là sa conclusion finale. Aujourd'hui, cependant, le procureur général du Canada, défendeur à l'action originale en sa qualité de représentant de l'intérêt public fédéral, demande accès, conformément aux Règles 201 et 319 de la Cour fédérale [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap 663], à des documents scellés sur ordonnance de la Cour pour motif de confidentialité et ce, au nom du ministre du Revenu national qui n'était pas partie à l'instance et n'avait aucun intérêt particulier à y être représenté.

La présentation de cette requête inhabituelle s'explique par le fait que le ministre du Revenu national procède présentement à une vérification des déclarations d'impôt de l'une des demanderesse originales, Smith, Kline & French Canada Ltd., à l'égard des années d'imposition 1981, 1982 et 1983. Pour les fins de cette vérification que le

R.S.C. 1952, c. 148, subsections 69(2), 152(1), 152(4) and 152(7), as amended by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), auditors are concerned to examine any information that might relate to prices paid by that plaintiff for cimetidine purchased from non-arm's length non-resident suppliers. In February 1988 auditors on behalf of the Minister of National Revenue wrote to the Canadian corporate plaintiff requesting consent to release of the exhibits now in issue or of the information contained in them but the company declined to consent.

Thereafter, in August 1988 this application was initiated. It is opposed by the plaintiffs, respondents in this matter, on several grounds. Before turning to argument some further review of the history of this action with reference to the exhibits sealed as confidential is essential.

The Action—Pre-trial

In the course of discovery before trial there were certain undertakings by counsel for the Attorney General in relation to confidentiality of testimony or documents produced on discovery in the case of at least one of the individual plaintiffs and of one or more of the officers representing one or both of the corporate plaintiffs. From the transcript of discoveries the undertakings appear to be broad in their scope.

In discovery of one of the individual plaintiffs counsel for the plaintiffs placed on record that:

... there is an undertaking as to confidentiality between us, and that is that the documents and information that are discussed and come forward during this examination are to be kept confidential. We would want the transcript sealed, that is, not to be used. Information is not to go to anyone who is not working directly on the case and only used for the purposes of the action, the same nature of the undertaking.

Then counsel for the defendant, the Attorney General of Canada, responded:

I can certainly ... give you an undertaking that the information given on this discovery, either orally or in the form of documents, will not be passed on to people outside the Justice Department or Consumer and Corporate Affairs, in particular,

ministre a le pouvoir et la responsabilité d'entreprendre (*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, paragraphes 69(2), 152(1), 152(4) et 152(7), modifiée par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1), les vérificateurs souhaitent prendre connaissance de tout renseignement pouvant se rapporter aux prix qu'a payés ladite demanderesse pour se procurer de la cimétidine auprès de fournisseurs liés non résidants. Dans une lettre qu'ils lui faisait parvenir au nom du ministre au mois de février 1988, les vérificateurs enjoignaient à la société de consentir à la communication des pièces en litige ou des renseignements qui y sont contenus.

C'est à la suite du refus de la société de donner son consentement que la présente requête a été déposée au mois d'août 1988. Les demandeurs, intimés en l'espèce, s'y opposent pour plusieurs motifs. Avant d'examiner les arguments des parties, il est cependant essentiel de revenir à l'historique de l'action à l'égard des pièces ayant fait l'objet des ordonnances de non-divulgence.

L'action—Les interrogatoires préalables

Lors des interrogatoires préalables à l'instruction, l'avocat représentant le procureur général a pris certains engagements concernant le caractère confidentiel de témoignages ou de documents produits dans le dossier d'au moins l'un des particuliers demandeurs et d'un ou plusieurs dirigeants d'une des sociétés demanderesse, ou les deux. D'après la transcription des interrogatoires, ces engagements paraissent avoir une vaste portée.

Au cours de l'interrogatoire de l'un des particuliers demandeurs, l'avocat des demandeurs a fait inscrire ce qui suit au dossier:

[TRADUCTION] ... nous sommes convenus d'un engagement relatif à la confidentialité, à savoir que les documents et les renseignements qui seront fournis et feront l'objet de discussions pendant le présent interrogatoire devront rester confidentiels. Nous voudrions que la transcription en soit scellée, c'est-à-dire qu'elle ne puisse pas être utilisée. Les renseignements ne devront être communiqués à quiconque n'est pas relié directement à l'affaire et ne devront être utilisés que pour les fins de l'action, conformément à l'engagement.

Ce à quoi l'avocat du défendeur, le procureur général du Canada, a répondu:

[TRADUCTION] Je peux certainement ... vous donner l'assurance que les renseignements fournis lors du présent interrogatoire, que ce soit oralement ou sous forme de documents, ne seront pas communiqués à l'extérieur du ministère de la Justice

the Patent Office, and will not be used by the defendant for purposes unrelated to this action.

Following this there was a further exchange between counsel:

(For the plaintiffs): When you are discussing the information with other than the legal profession involved in the action, the restraint that the information is confidential and is not to go beyond them would be passed on to such people so that they would be aware of it.

(For the defendant): Yes I will undertake to do that as well.

In discovery of one of the officers of the English corporate plaintiff counsel for the plaintiffs placed on record the undertaking as to confidence made in the earlier discovery and asked that it apply as well to this further discovery and counsel for the defendant acknowledged that the same undertaking as to confidentiality would apply to the evidence whether oral or written.

There was one other exchange in discovery of one of the individual plaintiffs where, after the witness declined to answer on the basis that the information was confidential, counsel for the parties engaged in the following exchange:

(For the Defendant): I must ask that you [reveal the information] because, of course, there isn't any special privilege attaching to that kind of information.

(For the Plaintiffs): I would think that would be highly confidential information, highly pertinent to competitors to know whether or not facilities are being expanded, cut back or maintained to the status quo. You made your request of record, and we will take it under consideration

(For the Defendant): I appreciate it might well be confidential, and I thought that was why you extracted an undertaking from me before we proceeded.

(For the Plaintiffs): There are certain aspects where information will be contained in documents that you will be seeing.

(For the Defendant): You and I know . . .

(For the Plaintiffs): There is no need to expand the risk by contributing to it beyond what is necessary.

(For the Defendant): This is my opportunity to examine [the individual plaintiff] on the subject, and he does seem to have personal knowledge of the subject. I am asking him now to tell me what he knows about it.

In this application this last exchange is relied upon by the applicant for the conclusion, based on the recollection and belief of one of the original counsel for the defendant in the action, that the reason advanced by the plaintiffs for seeking undertakings about confidentiality of evidence in

et ou du ministère de la Consommation et des Corporations, en particulier le Bureau des brevets, et que le défendeur ne s'en servira pas à d'autres fins que celles de la présente action.

L'échange suivant s'est ensuite déroulé entre les

a procureurs:

[TRADUCTION] (Pour les demandeurs): Lorsque vous discutez des renseignements fournis avec d'autres personnes que vos collègues intéressés dans l'action, ces personnes seraient avisées qu'elles ne peuvent à leur tour transmettre ces renseignements en raison de leur caractère confidentiel.

b

(Pour le défendeur): Oui, j'en prends également l'engagement.

Au cours de l'interrogatoire de l'un des dirigeants de la société britannique faisant partie des demandeurs, l'avocat de ces derniers a fait inscrire au dossier l'engagement à la confidentialité pris lors de l'interrogatoire précédent, en demandant que cet engagement vaille également pour ce nouvel interrogatoire. L'avocat du défendeur a reconnu que le même engagement s'appliquerait à la preuve recueillie, qu'elle soit orale ou écrite.

c

d

Lors d'un autre échange au cours de l'interrogatoire de l'un des particuliers demandeurs, le témoin a refusé de répondre au motif que les renseignements étaient confidentiels. Voici ce qu'ont alors déclaré les procureurs des parties:

[TRADUCTION] (Pour le défendeur): Je dois vous demander [de révéler les renseignements] puisqu'aucun privilège particulier ne s'attache évidemment à ce genre de renseignements.

f

(Pour les demandeurs): Nous estimons qu'il s'agit d'informations hautement confidentielles, hautement pertinentes pour les concurrents désirant savoir s'il y a expansion, compression ou simplement maintien de nos entreprises. Nous étudierons la demande de dossier que vous avez présentée.

g

(Pour le défendeur): Je me rends compte que les renseignements peuvent très bien avoir un caractère confidentiel, et je croyais que c'était pour cette raison que vous avez exigé de moi un engagement avant que nous procédions.

(Pour les demandeurs): Pour certains aspects, les renseignements seront contenus dans des documents que vous verrez.

h

(Pour le défendeur): Vous et moi savons . . .

i

(Pour les demandeurs): Il n'est pas nécessaire d'accroître inutilement le risque.

(Pour le défendeur): J'ai le privilège d'interroger [le particulier demandeur] sur le sujet dont il semble avoir personnellement connaissance. Ce que je lui demande maintenant, c'est de me dire ce qu'il sait à ce propos.

i

Le requérant s'appuie sur ce dernier échange pour en arriver à la conclusion, fondée sur le souvenir et la conviction de l'un des premiers avocats du défendeur au dossier, que c'est parce que les demandeurs s'inquiétaient de la concurrence qu'ils ont cherché à obtenir des engagements

j

discovery, and for subsequent correspondence, referred to below, was concern for confidentiality vis-à-vis competitors in the industry.

Subsequently, in recognition of the undertakings, counsel for the defendant advised in writing that he anticipated a need for assistance of others to whom it might be necessary to show exhibits regarded by the plaintiffs as confidential and he undertook to ensure that "anyone with whom I discuss the matter is aware of the undertaking I have given to the need to keep the information in strict confidence". Counsel later advised in writing that he proposed to convey information, provided in confidence on discovery of an officer of the Canadian corporate plaintiff, to the Minister of Consumer and Corporate Affairs, and by inference I assume sought to extend the umbrella for conveying information acknowledged to have been provided in confidence.

In argument in relation to this application counsel for the plaintiffs submitted that the Court could not relieve counsel of their obligations assumed by pre-trial undertakings, a submission with which I agree but one that, in my view, is not directly germane to the application.

At a later stage in pre-trial proceedings, the defendant sought certain documents from the corporate plaintiffs, referred to in discovery of officers of the companies, apparently including certain financial information. The application for production of the documents in question was refused by Strayer J., (*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. et al. v. Attorney-General of Canada* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (F.C.T.D.)). Thereafter, the Court of Appeal ordered that the documents sought, having already been produced and marked in discovery, be produced "subject to such measures to protect their confidentiality as the parties may agree or, failing agreement, the Trial Division may order". (*per Mahoney J. for the Court*, unreported, F.C. A-957-84, January 11, 1985).

à l'égard de la confidentialité de la preuve recueillie au préalable et de la correspondance ultérieure, mentionnée plus bas.

^a Par la suite, en reconnaissance des engagements pris, l'avocat du défendeur a, dans un avis écrit, déclaré qu'il s'attendait à la collaboration de ceux à qui il serait nécessaire de montrer les pièces considérées par les demandeurs comme confidentielles; il s'y engageait à faire en sorte que [TRA-DUCTION] «toute personne avec qui [il pourrait] discuter de l'affaire soit au courant de l'engagement portant sur la nécessité de garder les renseignements strictement confidentiels». Ultérieurement, l'avocat a donné avis écrit de son intention de transmettre au ministre de la Consommation et des Corporations les renseignements obtenus confidentiellement lors de l'interrogatoire préalable d'un dirigeant de la société canadienne demanderesse. Par déduction, je présume qu'il a ainsi cherché à étendre la protection couvrant la communication des renseignements fournis sous le sceau de la confiance.

^e Dans son argumentation, l'avocat des demandeurs a fait valoir que la Cour ne pouvait relever les avocats des obligations découlant d'engagements contractés avant l'instruction. Je souscris à cet argument mais, à mon avis, il n'est pas directement pertinent à la requête.

^g À une étape postérieure des procédures préalables à l'instruction, le défendeur a demandé aux sociétés demanderesse certains documents, y compris semble-t-il des renseignements à caractère financier, dont il avait été question lors de l'interrogatoire de certains dirigeants de ces sociétés. La requête visant à obtenir la production des documents en cause a été rejetée par le juge Strayer (*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. et autres c. Procureur général du Canada*) (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (C.F. 1^{re} inst.)). La Cour d'appel a ensuite ordonné que ces documents, qui avaient déjà été produits et cotés au préalable, soient produits «sous réserve toujours des mesures de confidentialité sur lesquelles les parties pourront s'entendre ou que la Division de première instance pourra, à défaut d'entente, ordonner» (par le juge Mahoney au nom de la Cour, non publié, C.F. A-957-84, 11 janvier 1985).

The Action—“Confidentiality Orders”

Thereafter, by order of the learned Associate Chief Justice, made February 14, 1985, pursuant to Rule 324 with the consent of counsel, provision was made for the documents to be produced and retained in confidence, including the following terms, after defining “confidential information” in terms of certain documents and “trial counsel” by naming then counsel for the Attorney General “or any other particular solicitor, employed by Deputy Minister of Justice, who has conduct of this action”:

3. Each document of the confidential information shall be marked with a notice stating that the document is subject to this confidentiality order.

4. If used in Court, all confidential information shall be filed in sealed envelopes or other appropriate sealed containers on which shall be endorsed the caption of this litigation, an indication of the nature of the contents of such sealed envelope or other container, the word “Confidential” and a statement substantially in the following form:

“This envelope is not to be opened nor the contents thereof to be displayed or revealed except by order of the Court or consent of the parties”.

5. All confidential information shall be retained in the custody of trial counsel at their personal offices and shall not be used by trial counsel for any purpose other than in connection with this action subject to the provisions of this order and shall not be disclosed by trial counsel except that, and solely for the purpose of this action, any document or information may be disclosed by trial counsel to such persons, including outside experts, as trial counsel deems necessary. The confidential information may be delivered to the offices of such persons, subject to the provisions of this order.

6. Before any authorized confidential disclosure is made to a person as provided in para. 5, such person shall have acknowledged, in writing duly executed and returned to trial counsel, that he has read and understands the terms of this order and agrees to comply with and be bound by this order. At all times such person shall ensure that the confidential information is maintained in a secure place and is only shown to persons who have acknowledged this order in writing.

7. Trial counsel and such person to whom confidential information is disclosed pursuant to paras. 5 and 6 of this order shall not directly or indirectly disclose any confidential information or the subject matter or contents thereof to any other person, firm or corporation without further order of the Court, or the consent in writing of the plaintiffs.

8. Trial counsel and such person to whom confidential information is disclosed pursuant to paras. 5 and 6 of this order shall not use any confidential information or the contents or the subject matter thereof for any purpose other than in connection with this action subject to the provision of this order.

L'action—Les «ordonnances de non-divulgence»

Par la suite, conformément à la Règle 324 et avec le consentement des parties, le juge en chef adjoint a rendu, le 14 février 1985, une ordonnance portant que les documents seraient produits et gardés confidentiels. Après avoir établi que le terme «renseignements confidentiels» s'entend de certains documents et «avocat assigné au procès», de l'avocat qui représentait alors le procureur général «ou tout autre avocat, au service du sous-ministre de la Justice, à qui est confiée la conduite de la présente action», l'ordonnance comporte notamment les dispositions suivantes:

3. Chaque document des renseignements confidentiels porte un avis indiquant qu'il est visé par la présente ordonnance de non-divulgence.

4. Lorsqu'usage en est fait en cour, les renseignements confidentiels sont déposés dans des enveloppes scellées ou autres contenants indiqués sur lesquels sont inscrits l'en-tête du présent litige, la nature des pièces qui y sont contenues, le mot «Confidentiel», ainsi qu'une déclaration portant essentiellement ce qui suit:

«Cette enveloppe ne sera ouverte et son contenu n'en sera montré ou divulgué que sur ordonnance de la Cour ou consentement des parties.»

5. Sous réserve des dispositions de la présente ordonnance, les renseignements confidentiels restent sous la garde des avocats assignés au procès, aux bureaux de ces derniers, lesquels ne peuvent s'en servir que pour les fins de la présente action. Interdiction leur est faite de communiquer ces documents ou renseignements, sauf aux personnes, y compris les experts externes, pour lesquelles ils l'estiment nécessaire et uniquement pour les fins de la présente action. Les renseignements confidentiels peuvent être remis aux bureaux de ces personnes, sous réserve des dispositions de la présente ordonnance.

6. Avant qu'il ne soit procédé à toute communication confidentielle autorisée en vertu du par. 5, la personne visée devra reconnaître, dans un écrit dûment signé et remis aux avocats assignés au procès, qu'elle a lu et compris les termes de la présente ordonnance, qu'elle accepte de s'y conformer et s'y déclare liée. Elle devra également, en tout temps, faire en sorte que les renseignements confidentiels soient gardés dans un endroit sûr et qu'ils ne soient communiqués qu'à ceux qui auront reconnu la présente ordonnance par écrit.

7. Les avocats assignés au procès, ainsi que les personnes à qui les renseignements confidentiels sont communiqués conformément aux par. 5 et 6 de la présente ordonnance, ne peuvent, directement ou indirectement, divulguer ces renseignements, leur teneur ou leur objet, à d'autres personnes, entreprises ou sociétés sans nouvelle ordonnance de la Cour ou le consentement écrit des demandeurs.

8. Les avocats assignés au procès, ainsi que les personnes à qui les renseignements confidentiels sont communiqués conformément aux par. 5 et 6 de la présente ordonnance, ne peuvent s'en servir, ou en utiliser la teneur ou l'objet, que pour les fins de la présente action et sous réserve des dispositions de la présente ordonnance.

9. Upon final termination of this litigation, the defendant and each other person subject to the terms hereof shall be under an obligation to assemble and return to the plaintiffs all confidential information and all copies thereof.

10. Nothing in this order nor anything done in compliance with this order constitutes any waiver by the plaintiffs as to the confidentiality of any information or document subject hereto.

When the matter came on for trial, counsel for the plaintiffs after a brief opening description of the case to be presented referred to the matters in confidence in the following terms, as recorded in the transcript:

... there is a protective order in this case, and the protective order is particularly applicable to the dollars and cents aspect of the case. My learned friend and I both agree that the protective order should apply to the trial as well as to the pre-trial proceedings.

It may be that if and when we come to that matter of sensitivity, we may ask your Lordship to hear that part of the evidence *in camera*. I take it my learned friend is in accord with that proposition.

Counsel for the defendant acknowledged he had no objection to that and the learned Trial Judge agreed that this was in order. On this basis the trial proceeded, some testimony was heard *in camera* and documents subject to the order of February 14, 1985 continued throughout to be treated as sealed in confidence and some other documents, including two here sought, were sealed as confidential in the course of the trial.

Following trial, in proceeding to appeal, the plaintiffs' counsel applied for and was granted, with consent of counsel for the defendant, pursuant to Rule 324, an order maintaining and extending the earlier order of February 14, 1985 in the following terms (from F.C. A-909-85, order granted by Heald J., August 25, 1986):

(1) That the terms of the Order (hereinafter "the Confidentiality Order"), made in this matter by the Honourable Associate Chief Justice on the 14th day of February 1985, shall continue to apply during the course of this appeal to each of the documents mentioned in that Order;

(2) That the portion of the Appeal Case herein that consists of evidence given *in camera* before Mr. Justice Strayer at the trial of this action or of confidential documents admitted in evidence at the said trial, namely, the volumes marked Confidential Volume I, Confidential Volume II, Confidential Volume III, Confidential Volume IV, Confidential Volume V, and Confidential Volume VI of the Appeal Case (hereinafter the "Confidential Appeal Case"), be sealed as confidential and not be opened or inspected by the public except by order of the Court or consent of the parties; and

9. Lors de la conclusion définitive du présent litige, le défendeur et toute autre personne assujettie aux termes des présentes devra rassembler et renvoyer aux demandeurs tous les renseignements confidentiels et les copies de ceux-ci.

10. Rien dans la présente ordonnance, ni aucun acte fait conformément à celle-ci, ne constitue une renonciation par les demandeurs à la confidentialité de tout renseignement ou document qui y est visé.

Lorsque s'est ouverte l'instruction, l'avocat des demandeurs, après une brève description de la preuve qu'il entendait présenter, a évoqué le caractère confidentiel de certains éléments de l'affaire. Voici à cet égard un extrait de la transcription:

[TRADUCTION] ... il y a une ordonnance conservatoire en vigueur dans cette affaire, particulièrement en ce qui concerne l'aspect monétaire. Mon confrère et moi-même sommes d'accord pour que cette ordonnance conservatoire s'applique aussi bien à l'instruction qu'aux procédures préalables.

Il se peut que lorsque nous en viendrons à cet aspect plus délicat de l'affaire, nous demandions à votre seigneurie de bien vouloir décréter le huis clos. Je présume que mon confrère est d'accord avec cette suggestion.

Le procureur du défendeur a reconnu qu'il n'avait pas d'objection et le juge a convenu qu'il y avait lieu de procéder ainsi. Ceci étant, le procès a suivi son cours, certains témoignages étant entendus à huis clos et les documents visés par l'ordonnance du 14 février 1985 continuant à être traités confidentiellement. Certains autres documents, dont deux que le requérant cherche à obtenir en l'espèce, ont été scellés pour motif de confidentialité au cours du procès.

Dans les procédures d'appel qui ont suivi, l'avocat des demandeurs a obtenu, sur requête présentée avec le consentement de l'avocat du défendeur et conformément à la Règle 324, une ordonnance maintenant l'ordonnance antérieure du 14 février 1985 et en étendant la portée (le juge Heald, 25 août 1986, C.F. A-909-85):

(1) Que les termes de l'ordonnance (ci-après «ordonnance de non-divulgence»), rendue en l'espèce par le juge en chef adjoint le 14 février 1985, continuent à s'appliquer pendant la durée du présent appel à chacun des documents mentionnés dans ladite ordonnance;

(2) Que la partie du dossier d'appel consistant dans la transcription des témoignages rendus à huis clos devant le juge Strayer lors de l'instruction de la présente action ou dans les documents confidentiels admis en preuve lors de ladite instruction, savoir les volumes cotés Volume confidentiel I, Volume confidentiel II, Volume confidentiel III, Volume confidentiel IV, Volume confidentiel V et Volume confidentiel VI du dossier d'appel (ci-après le «dossier d'appel confidentiel»), soit scellée pour motif de confidentialité et qu'accès en soit interdit au public, sauf sur ordonnance de la Cour ou consentement des parties;

(3) That the Respondent's Memorandum of Fact and Law, and any other document filed in this matter that refers to any document to which the Confidentiality Order applies or to any matter forming part of the Confidential Appeal Case, be marked confidential and sealed and not be opened or inspected by the public except by order of the Court or consent of the parties.

The exhibits to which the applicant now seeks access are subject to the "Confidentiality Orders" previously granted with consent of counsel for the defendant. All of the documents except two were documents that the plaintiffs were compelled by order of the Court of Appeal to produce subject to the terms of the "Confidentiality Order" of February 14, 1985. The two exceptions were a report of an expert witness for the defendant based on analysis of documents which the plaintiffs were ordered to produce and a transcript of excerpts of discovery evidence of an officer of the English corporate plaintiff in which undertakings had been given by the applicant herein that the information would be kept confidential and would not be used for purposes other than the action then underway. All of the documents in question had been sealed as confidential at trial and were subject to the "Confidentiality Order" issued by the Court of Appeal on August 25, 1986.

The applicant now seeks an order for a representative of the Minister of National Revenue to have access to these documents relying upon several grounds, a motion opposed by the respondents.

The Principle of Openness of Court Records

It is urged that the principle of openness to court records supports the application. Reference is made to Rule 201 of the *Federal Court Rules* and to the common law.

Rule 201 provides for maintenance of Court files and records and provides in part that:

Rule 201. . . .

(4) Any person may, subject to appropriate supervision, and when the facilities of the Court permit without interfering with the ordinary work of the Court,

(a) inspect any court file or the annex thereto; and

(b) upon payment . . . obtain a photocopy of any document on a Court file or the annex thereto.

(3) Que l'exposé des faits et du droit de l'intimée, et tout autre document déposé dans la présente affaire faisant référence à un document visé par l'ordonnance de non-divulgence ou à un élément du dossier d'appel confidentiel, portent la cote «confidentiel» et soient scellés, et qu'accès en soit interdit au public, sauf sur ordonnance de la Cour ou consentement des parties.

Les pièces auxquelles le requérant demande aujourd'hui l'accès sont visées par les «ordonnances de non-divulgence» accordées antérieurement avec le consentement de l'avocat du défendeur. Toutes, sauf deux, sont des documents que la Cour d'appel avait enjoint aux demandeurs de produire aux conditions stipulées dans l'«ordonnance de non-divulgence» en date du 14 février 1985. Quant aux deux exceptions, il s'agit du rapport d'un témoin expert du défendeur, fondé sur l'analyse de documents que les demandeurs ont été sommés de produire, ainsi que la transcription de certains extraits de l'interrogatoire préalable d'un dirigeant de la société britannique demanderesse, au cours duquel le requérant s'était engagé à garder les renseignements confidentiels et à ne pas s'en servir à d'autres fins que celles de l'action alors en cours. Tous ces documents avaient été scellés au procès et faisaient l'objet de l'«ordonnance de non-divulgence» qu'avait rendue la Cour d'appel le 25 août 1986.

Alléguant divers motifs, le requérant sollicite maintenant l'émission d'une nouvelle ordonnance autorisant un représentant du ministre du Revenu national à avoir accès auxdits documents, ce à quoi les intimés s'opposent.

8 Le principe de la transparence des dossiers judiciaires

On invoque, à l'appui de la requête, le principe de la transparence des dossiers judiciaires, tel qu'il ressort de la Règle 201 des *Règles de la Cour fédérale* et de la *common law*.

La Règle 201, qui vise la tenue des dossiers de la Cour, dispose notamment:

Règle 201. . . .

(4) Toute personne peut, sous réserve d'une surveillance appropriée, et lorsque les installations et les services de la Cour permettent de le faire sans gêner les travaux ordinaires de la Cour,

(a) examiner les dossiers de la Cour et leurs annexes; et

(b) sur paiement . . . obtenir une photocopie de tout document contenu dans un dossier de la Cour ou dans l'annexe de ce dossier.

That general rule is an important one, but it cannot be applicable without approval of the Court, which the applicant now seeks, where the Court itself has previously ordered certain exhibits to be maintained in confidence and so sealed.

In addition to the Rules it is urged that there is a common law presumption in support of public access to the courts and court records, and the burden of persuading the Court that access should not be provided is upon one who seeks to deny it: *per* Dickson J., as he then was, for the majority in *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at page 189. In the course of his opinion Dickson J. said at pages 186-187:

In my view curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance.

MacIntyre held that access should be provided for a member of the public to examine search warrants and supporting documents issued pursuant to section 443 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, after the warrants had been executed. The applicant, in stressing the general principle of "openness" of court records also referred to *Samuel Moore & Co. v. Commissioner of Patents*, [1980] 2 F.C. 350; (1979), 45 C.P.R. (2d) 185 (C.A.) where then Chief Justice Jaccett, in an appeal from a decision refusing a grant of a patent, refused a motion for sealing as confidential documents submitted in application for a patent. Further, reference was made to *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107 (C.A.) where reliance on the principle led the Court of Appeal to overrule Heald J. who had dismissed an application, by an accused in criminal proceedings, to rescind a warrant, or to provide access to documents supporting the warrant, where the warrant was issued under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21.

The presumption of "openness" of court records is important and it is generally applicable in judicial proceedings. It would have been considered by counsel and by the Court at the time the orders now sought to be varied were issued with consent. In none of the cases referred to which turn on the

Cette règle générale est, certes, importante mais elle ne saurait s'appliquer sans l'autorisation de la Cour—que demande le requérant en l'espèce—lorsque cette dernière a elle-même ordonné auparavant que certaines pièces soient gardées confidentielles et scellées en conséquence.

Outre les Règles, on soutient qu'il existe, en *common law*, une présomption en faveur de l'accès public aux tribunaux et aux dossiers judiciaires et que la charge de la preuve incombe à celui qui nie cet accès: le juge Dickson (tel était alors son titre), au nom de la majorité dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 189). Voici ce qu'écrivit le juge Dickson à la page 186:

A mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance.

Il est statué, dans cet arrêt, qu'un membre du public a le droit d'examiner les mandats de perquisition et les documents justificatifs, délivrés en application de l'article 443 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, une fois que ces mandats ont été exécutés. En insistant sur le principe général de la «transparence» des dossiers judiciaires, le requérant invoque également l'arrêt *Samuel Moore & Co. c. Commissaire des brevets*, [1980] 2 C.F. 350; (1979), 45 C.P.R. (2d) 185 (C.A.), où le juge en chef Jaccett (tel était alors son titre) qui se prononçait en appel d'une décision rejetant une demande de brevet, a rejeté une requête visant à ce que soient scellés pour motif de confidentialité des documents soumis à l'appui de ladite demande de brevet. Il cite aussi l'arrêt *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.), où la Cour d'appel s'est fondée sur ce principe pour infirmer un jugement du juge Heald rejetant la demande qu'avait présentée un accusé dans une procédure criminelle en vue de faire annuler un mandat, ou d'avoir accès aux documents à l'appui de ce mandat, décerné conformément à la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, chap. 21.

La présomption de «transparence» des dossiers judiciaires revêt une grande importance et elle s'applique généralement dans les procédures des tribunaux. Les avocats et la Cour l'ont sans doute prise en considération à l'époque où les ordonnances, qu'on veut maintenant faire modifier, ont été

general principle of openness were the decisions concerned with a situation where the information sought is confidential by order of the court itself, made with consent of the parties, and where one party subsequently applies for the order to be changed. In this application the social value of importance at issue is the integrity of the judicial process itself. We are not concerned with the interests of a member of the public, though the applicant in his representative capacity for all federal public interests now seeks access on behalf of a particular public interest not at issue in earlier proceedings. The principle supporting access by a member of the public is not directly supportive to one of the parties to an action who, having consented to orders for sealing documents as confidential, seeks access for purposes admittedly not considered at the time of the orders. In this case the burden of persuading the Court that access should be provided is clearly on the applicant who now seeks to have varied the orders to which he earlier consented.

Reasons Inferred for Ordering Documents be Maintained in Confidence

The applicant submits that the reason for the respondents seeking confidentiality, both as to undertakings between counsel and in relation to orders of this Court in advance of trial, at trial and in advance of appeal, was concern that disclosure would harm their interests by revealing matters the respondents considered confidential and sought to protect from disclosure to competitors. That submission is based, apparently, on the recollection and belief of one of counsel for the defendant in the original proceedings, with particular reference to the final exchange between counsel recorded above from discovery proceedings. It is also based upon the reason advanced by the Canadian corporate plaintiff in another case where it sought confidentiality in relation to evidence in moving for proceedings to be *in camera* (*Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Frank W. Horner, Inc.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 128, (F.C.T.D.) at page

rendues sur consentement. Toutefois, aucun des arrêts cités où le principe général de la transparence est invoqué, ne porte sur une situation où les renseignements demandés sont tenus confidentiels par suite d'une ordonnance que le tribunal a lui-même rendue avec le consentement des parties, et où l'une d'elles demande ultérieurement la modification de cette ordonnance. Or, dans la présente requête, la valeur sociale importante en jeu est l'intégrité même du processus judiciaire. Il ne s'agit pas en effet des intérêts d'un membre du public, bien que le requérant, en sa qualité de représentant de l'ensemble des intérêts publics fédéraux, demande accès au nom d'un intérêt public particulier qui n'était pas en litige dans les procédures antérieures. Le principe de l'accès public ne saurait être invoqué tel quel par une partie à l'instance qui, après avoir consenti à ce que des documents soient scellés pour motif de confidentialité, cherche maintenant à en recevoir communication à des fins n'ayant pas, de l'aveu général, été prises en compte à l'époque de l'émission des ordonnances. Dans la présente affaire, la charge de convaincre la Cour d'octroyer un droit d'accès incombe donc clairement au requérant qui veut faire modifier des ordonnances auxquelles il avait auparavant consenti.

Motifs présumés à l'origine des ordonnances de non-divulgateion

D'après le requérant, les intimés ont cherché à obtenir la confidentialité de certains documents, à la fois par des engagements conclus entre avocats et par des ordonnances de cette Cour avant et pendant l'instruction ainsi qu'avant l'audition de l'appel, parce qu'ils craignaient qu'en révélant des éléments dont le caractère confidentiel devait, à leurs yeux, être protégé des concurrents, ils ne heurtent ainsi leurs propres intérêts. Le requérant se fonde, semble-t-il, sur le souvenir et la conviction de l'un des avocats du défendeur dans les procédures originales, et en particulier sur le dernier échange, cité plus haut, entre les avocats lors des procédures préalables. Il s'appuie également sur le motif qu'a invoqué, dans une autre affaire, la société canadienne demanderesse pour demander le huis clos aux fins de protéger la confidentialité de la preuve (*Smith, Kline & French Canada Ltd. c. Frank W. Horner, Inc.* (1982), 70 C.P.R.

132). The latter inference, drawn from another action, is irrelevant here.

The former inference based on recollection and belief is denied by counsel for the plaintiffs. It is not one that I can accept, based on the transcripts of discovery as a whole which have been brought to my attention. In one passage in the transcript from discovery of one of the parties the undertaking is clear that evidence would not be used by the applicant herein "for purposes unrelated to this action", and that undertaking is specifically referred to in discovery of an officer of one of the corporate plaintiffs. Moreover, the subsequent conduct of counsel for the defendant implicitly acknowledged that information provided in discovery, with undertakings, was for the purpose of the action then underway when he wrote to advise that, in extending the umbrella of the undertaking as to confidence, he would alert any who were provided with information deemed confidential that it was to be kept confidential.

It may well be, as averred by one of original counsel for the defendant, that throughout the proceedings he did not "hear discussed as a reason for maintaining the confidentiality of documents and information, the income tax liability of the plaintiff Smith, Kline & French Canada Ltd.". Similarly, a host of other possible reasons for desiring confidentiality were not apparently discussed and it would be inappropriate to draw any inference from what was not discussed.

There is no clear evidence from transcripts of what reasons underlay the concern for and the giving of undertakings as to confidence, and it may be that there was no real meeting of the minds on the reasons. In any event there is no reason on the record in relation to the orders of the Trial Division or of the Court of Appeal and those orders provide in each case a complete ban on access, except for purposes of the proceedings then underway, unless the Court should otherwise order. In my view, in light of the terms of the orders, the reasons for which confidential undertakings and orders were sought and the reasons for which they were granted at various stages in proceedings be-

(2d) 128 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 132. Cette dernière conclusion, tirée d'une autre action, n'est pas pertinente en l'espèce.

a En ce qui a trait à la première conclusion fondée sur le souvenir et la conviction, elle est rejetée par l'avocat des demandeurs. Je ne puis non plus l'accepter, compte tenu de l'ensemble des interrogatoires préalables ayant été portés à mon intention. En effet, dans un passage de l'interrogatoire d'une des parties, il ressort clairement que le requérant s'engage à ne pas utiliser ce témoignage «à d'autres fins que celles de la présente action». Cet engagement est spécifiquement mentionné dans l'interrogatoire préalable d'un dirigeant de l'une des sociétés demanderesse. De plus, l'avocat du défendeur a par la suite reconnu implicitement que les renseignements fournis à l'étape de la communication préalable et visés par les engagements ne devaient servir qu'aux fins de l'action alors pendante, lorsqu'il a donné l'assurance écrite qu'en étendant la portée de l'engagement, il préviendrait quiconque aurait accès à des renseignements réputés confidentiels de l'obligation de préserver cette confidentialité.

Il est fort possible, comme l'affirme l'un des avocats du défendeur à l'origine, que [TRADUCTION] «l'assujettissement à l'impôt sur le revenu de la demanderesse Smith, Kline & French Canada Ltd. [n'ait] pas été invoqué comme motif de préserver la confidentialité des documents et des renseignements». Il en serait de même d'une foule d'autres motifs et il serait hasardeux de tirer à cet égard quelque conclusion que ce soit.

Les transcriptions ne permettent pas de dégager clairement les raisons ayant conduit les parties à demander et à accepter des engagements à l'égard de la confidentialité: il se peut qu'il n'y ait pas eu d'accord véritable à ce sujet. Quoi qu'il en soit, aucun motif n'est donné non plus quant aux ordonnances de la Section de première instance ou de la Cour d'appel portant toutes deux interdiction complète d'accès, sauf pour les fins de l'action pendante et ordonnance contraire de la Cour. À mon avis, compte tenu des termes des ordonnances, les raisons pour lesquelles les engagements et ordonnances ont été demandés, d'une part, et les raisons pour lesquelles ils ont été accordés à différentes

tween the parties are irrelevant to the issue raised by this application.

Other Considerations Not of Direct Relevance

Similarly, I am not persuaded that the following matters raised in argument are relevant to the issue herein.

(1) The applicant's submission that maintenance of confidentiality from competitors is irrelevant to the interests of the Minister of National Revenue in conducting an income tax audit seems itself to be irrelevant in light of my conclusion about reasons and the terms of the orders here in issue. Even if that conclusion is not shared this submission does not assist the applicant in seeking to have the Court now vary the terms of those orders. Confidentiality would be similarly irrelevant to many other interests that public officials or private persons might seek to pursue if given access to the information here sealed as confidential.

(2) The applicant's submissions that officers of Revenue Canada, Taxation are bound by the confidentiality provisions of section 241 of the *Income Tax Act* and further that the Court could impose directions limiting uses of the information sought if the application herein were granted, seem to me relevant only to the conditions upon which variation of the original orders might be ordered, not to the issue of whether the orders should now be changed.

Amp of Canada, Ltd. v. The Queen (1987), 87 DTC 5157 (F.C.T.D.), relied upon by the applicant as an example of court imposed limitations on use of information, was a case where access was sought to financial information and tax returns of third parties, then in possession of the Minister of National Revenue not the Court, upon which the Minister had relied in reassessing tax liability of the applicant. One of the third parties objected to release of the information sought but the Crown did not contest the application. That case is not helpful in defining the grounds for varying court orders as to confidentiality. Moreover, section 241 of the *Income*

étapes des procédures, d'autre part, ne sont pas pertinentes à la question soulevée par la présente requête.

Autres arguments non directement pertinents

De la même façon, je ne suis pas convaincu que les éléments suivants, soulevés lors de l'argumentation, soient pertinents au litige.

(1) La prétention du requérant selon laquelle la protection de la confidentialité vis-à-vis la concurrence est étrangère aux intérêts du ministre du Revenu national dans la tenue d'une vérification fiscale semble elle-même dépourvue de pertinence à la lumière de la conclusion à laquelle j'en suis venu à propos des motifs et des termes des ordonnances présentement en cause. Même si cette conclusion était contestée, l'argument ne pourrait aider le requérant à obtenir la modification desdites ordonnances. Il se peut, en effet, que la protection de la confidentialité soit tout aussi étrangère à de nombreux autres intérêts que des personnes privées ou publiques pourraient chercher à promouvoir en ayant accès aux renseignements donnés sous le sceau de la confiance.

(2) L'argument du requérant portant que les fonctionnaires de Revenu Canada, Impôt, sont liés par les dispositions de l'article 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que la Cour pourrait, le cas échéant, donner des directives limitant l'usage des renseignements recherchés me semble pertinent uniquement dans la mesure où la question en litige concernerait les conditions dont la modification des ordonnances originales pourrait être assortie, et non le principe même de cette modification.

Le requérant a invoqué la décision *Amp of Canada, Ltd. c. La Reine* (1987), 87 DTC 5157 (C.F. 1^{re} inst.), comme exemple de restrictions imposées par un tribunal à l'usage de renseignements. Dans cette affaire, on demandait l'accès à des renseignements d'ordre financier et à des déclarations d'impôt de tierces parties—alors en la possession du ministre du Revenu national et non de la Cour—dont le ministre s'était servi pour cotiser à nouveau la requérante. L'une des tierces parties s'est opposée à la divulgation de l'information mais la Couronne n'a pas contesté la requête. Cette décision ne fournit pas d'indications utiles sur les motifs pouvant justifier la

Tax Act and further possible confidential orders of the Court would provide little comfort to the Canadian corporate respondent here for neither could provide protection from use of the information against itself, for that is the very purpose for which access is now sought, the use of the information in assessments that can only affect that respondent.

(3) The applicant's suggestion in argument that it would be ironic if information provided in an action contesting the validity of litigation were now withheld in an application made to assist the Minister of National Revenue in the discharge of his responsibilities according to law seems to me irrelevant. Moreover, it overlooks the fact that the information sought was tendered as evidence in the original action by the applicant, not by the respondent who resisted production of documents until the Court ordered their production with provision for them to be maintained in confidence.

(4) Similarly, there seems to me no direct relevance to the issues here of the respondent's submissions that at common law there is an implied undertaking that evidence a party is compelled to produce on discovery will be used only for purposes of the action for which it is produced, and that this implied undertaking is enforceable by the Court.

Authorities cited for these propositions discuss the balancing of interests, on the one hand the public interest in open and expeditious judicial proceedings where all relevant information is available to the parties in order to ensure that justice be done between them, and on the other hand, the public and private interest in maintaining privacy in relation to information, oral or written. The former interest supports the process for discovery under which parties may be compelled to provide all information and documents available to them that are relevant to the issues in an action. The latter interest in maintenance of privacy supports the recognition

modification d'ordonnances en matière de confidentialité. En outre, la société canadienne intimée ne trouverait qu'une mince consolation dans les dispositions de l'article 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et d'éventuelles ordonnances de non-divulgaration de la Cour, puisque, dans l'un et l'autre cas, rien n'empêcherait les renseignements d'être utilisés contre elle, le but même de la demande d'accès dont nous sommes aujourd'hui saisis étant d'obtenir des informations en vue de l'établissement de cotisations qui ne peuvent que toucher ladite intimée.

(3) Me semble également non pertinente la prétention du requérant selon laquelle il serait ironique que l'accès à des renseignements, fournis dans une action où la validité de certaines dispositions législatives était contestée, soit maintenant refusé dans une requête visant à aider le ministre du Revenu national à s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vertu de la loi. Au surplus, cet argument ne tient pas compte du fait que c'est le requérant qui a produit ces renseignements en preuve à l'instance originale, et non l'intimée qui s'est opposée à leur production jusqu'à ce qu'elle y soit contrainte par ordonnance de la Cour et sous réserve de non-divulgaration.

(4) De la même manière, je ne crois pas à l'existence d'un rapport direct entre les questions présentement en litige et l'argument de l'intimée portant qu'en vertu d'un engagement implicite, fondé sur la *common law* et ayant force exécutoire, la preuve qu'une partie est forcée de produire à l'enquête préalable ne servira qu'aux fins de l'action pour laquelle elle est produite.

Dans les arrêts invoqués à l'appui de cet argument, on examine la question de l'équilibre des intérêts: d'une part, l'intérêt du public dans des procédures judiciaires transparentes et expeditives où les parties ont accès à tous les renseignements disponibles de façon à ce que justice soit faite entre elles, et d'autre part, l'intérêt à la fois public et privé dans la protection de la vie privée au regard de l'information, orale ou écrite. Dans le premier cas, on favorise le processus de la communication en vertu duquel les parties peuvent être contraintes à fournir tous les renseignements ainsi que tous les documents pertinents au litige dont elles disposent. Dans le

of an implied undertaking by counsel and a party who gain access to information through discovery that it will not be used for any collateral or ulterior purpose and will only be used for purposes of the action for which it is produced. Others, not associated with the action for which information is produced on discovery, who acquire the information may be enjoined from using it for any purpose other than the action: *Distillers Co (Biochemicals) Ltd v Times Newspapers Ltd*, [1975] 1 All ER 41 (Q.B.D.). The implied undertaking will preclude use of documents obtained in discovery in one private action from being used as the basis for another: *Riddick v. Thames Board Mills Ltd.*, [1977] 1 Q.B. 881 (C.A.), though it may not preclude action for contempt for violation of an Anton Pillar order issued in an earlier related action between the parties if information obtained through a similar later order indicates violation of the first order: *Crest Homes plc v Marks*, [1987] 2 All ER 1074 (H.L.). The undertaking may be enforced even where documents obtained through discovery, having been read in open court, are later used for a collateral purpose: *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.).

It is unnecessary to decide whether there is as yet widely recognized in Canadian courts an implied undertaking to the court, or a general obligation of counsel and parties, to use information obtained through discovery only for purposes of the action for which it is produced. It has been referred to in some Canadian decisions, including *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.) and *Control Data Canada Ltd. v. Senstar Corp.* (unreported, F.C. T-1583-84, May 6, 1988 per Giles A.S.P., appeal dismissed by Jerome A.C.J., June 6, 1988). We are here concerned not with recognition of implied undertakings and possible release from those. Rather we are concerned with orders of this Court and the Court of Appeal which sealed documents as confidential, thus reinforcing any express or implied undertakings as to use of the

deuxième cas, on tend à reconnaître l'existence implicite d'un engagement, de la part de l'avocat et de la partie ayant accès à des renseignements grâce à la communication préalable, qu'ils n'utiliseront ces renseignements qu'aux fins de l'action pour laquelle ils sont produits et non à des fins accessoires ou ultérieures. Quant aux tiers non associés à l'instance qui acquerraient les renseignements produits au préalable, interdiction pourrait leur être faite de les utiliser à d'autres fins que l'action: *Distillers Co (Biochemicals) Ltd v Times Newspapers Ltd*, [1975] 1 All ER 41 (Q.B.D.). En vertu de cet engagement implicite, il serait interdit de se servir de documents obtenus au préalable dans un litige privé comme fondement pour un autre litige: *Riddick v. Thames Board Mills Ltd.*, [1977] 1 Q.B. 881 (C.A.), bien qu'il y ait possibilité d'une poursuite en outrage pour violation d'une ordonnance dite «Anton Pillar» rendue dans une action antérieure reliée opposant les parties, si les renseignements obtenus subséquemment grâce à une ordonnance semblable indiquent qu'il y a eu violation de la première ordonnance: *Crest Homes plc v Marks*, [1987] 2 All ER 1074 (H.L.). L'exécution de l'engagement pourrait être ordonnée même lorsque les documents, obtenus au préalable et divulgués en séance publique du tribunal, sont par la suite utilisés pour une fin accessoire: *Home Office v Harman*, [1982] 1 All ER 532 (H.L.).

Il n'y a pas lieu en l'espèce de trancher la question de savoir si les tribunaux canadiens reconnaissent aussi largement l'existence d'un engagement implicite ou d'une obligation générale de la part des avocats et des parties de n'utiliser les renseignements obtenus lors de l'étape de la communication préalable que pour les fins de l'action pour laquelle ils ont été produits. Le sujet a été abordé dans certaines décisions canadiennes, notamment dans les affaires *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.) et *Control Data Canada Ltd. c. Senstar Corp.* (non publiée, C.F. T-1583-84, 6 mai 1988, le protonotaire-chef adjoint Giles, appel rejeté par le juge en chef adjoint Jerome le 6 juin 1988). Toutefois, il ne s'agit pas ici d'engagements implicites dont on peut être délié, mais plutôt d'ordonnances de cette Cour et de la Cour

documents only for purposes of the action then underway between the parties, and whether these orders should now be varied.

Varying "Confidentiality Orders"

This Court has dealt with applications to vary its own "confidentiality orders" on previous occasions. In *Halliburton Co. et al. v. Northstar Drillstem Ltd. et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (F.C.T.D.), Walsh J. refused to amend a confidentiality order so far as it related to information produced on discovery but did approve amending the order to permit disclosure of other confidential information to Alberta solicitors for the purpose of advising with respect to a prospective action in Alberta, but not for use as evidence in any action. In *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, (unreported, F.C. T-831-82, November 4, 1983), McNair J. declined to vary terms of a confidentiality order, issued on consent of the parties, to permit persons other than those designated in the order to have access to confidential information in order to provide advice. In *Control Data Canada Ltd. v. Senstar Corp.*, *supra*, Giles A.S.P., refused to grant an order to permit disclosure of information provided on discovery and other information subject to a confidentiality order where the purpose of the application was to seek advice from counsel in the United States about possible legal action under legislation of that country which action, if successful, might result in triple damages, an outcome deemed penal in nature by the Associate Senior Prothonotary.

In *Apotex Inc. v. Attorney-General of Canada et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 310 (F.C.T.D.), Madame Justice Reed declined to vary terms of a prior confidentiality order sought by one seeking to appeal an order rejecting its application to be added as an intervenor to proceedings. In dealing with the matter she did not accept the general

d'appel enjoignant de sceller des documents pour motif de confidentialité. Nous devons déterminer si ces ordonnances, dont l'effet est de renforcer tout engagement exprès ou tacite visant l'usage de documents pour l'unique fin de l'action opposant les parties, devraient maintenant être modifiées.

Modification des «ordonnances de non-divul-gation»

Cette Cour a déjà eu l'occasion de statuer sur des requêtes visant à modifier ses propres ordonnances de non-divul-gation. Dans la décision *Halliburton Co. et al. c. Northstar Drillstem Ltd. et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 122 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Walsh a refusé d'amender une ordonnance de non-divul-gation dans la mesure où celle-ci s'appliquait aux renseignements fournis au préalable; il a, en revanche, autorisé la divulgation d'autres renseignements confidentiels à des avocats albertains pour leur permettre d'étudier la possibilité d'intenter une action en Alberta, mais non de s'en servir en preuve. Dans l'affaire *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.* (non publiée, C.F. T-831-82, 4 novembre 1983), le juge McNair a refusé de modifier les conditions d'une ordonnance de non-divul-gation, rendue avec le consentement des parties, pour permettre à des personnes n'y étant pas désignées d'avoir accès à des renseignements confidentiels aux fins de donner un avis. Dans l'arrêt *Control Data Canada Ltd. c. Senstar Corp.*, précité, le protonotaire-chef adjoint Giles a refusé de permettre, par ordonnance, la divulgation de renseignements fournis au préalable, de même que d'autres informations visées par une ordonnance de non-divul-gation, dans un cas où le requérant cherchait à obtenir l'avis d'un avocat aux États-Unis sur la possibilité d'intenter une action sous le régime des lois de ce pays. Le protonotaire-chef adjoint a jugé que l'action pourrait donner lieu au triplement des dommages-intérêts, résultat de nature pénale à son avis.

Dans la décision *Apotex Inc. c. Procureur général du Canada et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 310 (C.F. 1^{re} inst.), madame le juge Reed a rejeté la demande de modification des termes d'une ordonnance antérieure de non-divul-gation, présentée par une partie cherchant à interjeter appel du rejet de sa requête en intervention à l'instance. Dans son

principle of open judicial proceedings reflected in Rule 201(4) as sufficient ground for altering the original order sealing the court file as confidential. That factor would have been considered at the time of the original order. In her words [at page 312]:

Something more than an argument based on the general principle of the public nature of court proceedings must be given as a reason for altering the original order—some changed circumstances, or compelling reason not directly considered when the order was given.

Here the applicant submits that this test is met, that the changed circumstance is that the Minister of National Revenue is now trying to determine the plaintiff's correct income tax liability, a matter not considered at the time the orders were given. Further, it is submitted that enabling the Minister to review the information here sought in furtherance of his responsibilities under the *Income Tax Act* is a compelling reason for altering the orders.

In the audit initiated by the Minister the prices paid by the Canadian corporate respondent for cimetidine to non-arm's length non-resident suppliers are apparently under review. The applicant infers from the decision of Strayer J. in the trial of the original action and from information provided by counsel for the applicant when the appeal was heard that the Canadian corporate respondent paid more than the international market price for the drug but I do not find in the reasons of Strayer J. or in the Court's own record in prior proceedings any basis on which that inference can be more than speculation.

The respondents submit that these circumstances do not present a compelling reason for varying the order. They point to the absence of evidence by the applicant that the purposes sought by the Minister are not met by other information available to him now or through powers conferred by the *Income Tax Act* without seeking to vary the orders made to maintain confidentiality. They point as well to the fact that the information

examen de la question, le juge a estimé que le principe général de la transparence des procédures judiciaires, établi à la Règle 201(4), ne constituait pas un motif suffisant pour changer l'ordonnance originale enjoignant de sceller le dossier de la cour pour motif de confidentialité. Ce facteur a dû être pris en compte à l'époque où cette première ordonnance a été rendue. Voici ce qu'affirme à cet égard le juge Reed [à la page 312]:

Il faut quelque chose de plus qu'un argument fondé sur le principe général de la nature publique des procédures de la Cour comme motif pour modifier l'ordonnance originale—certains changements dans les circonstances ou une raison impérative qui n'ont pas été examinés directement lorsque l'ordonnance a été prise.

Le requérant soutient que l'espèce répond à ce critère: il y aurait, en effet, changement dans les circonstances puisque le ministre du Revenu national tente maintenant de déterminer exactement l'assujettissement de la demanderesse à l'impôt sur le revenu, question qui n'a pas été examinée lorsque l'ordonnance a été prise. De plus, la volonté de permettre au ministre d'examiner les renseignements demandés dans l'exécution des fonctions qui lui incombent en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constituerait une raison impérative pour modifier les ordonnances.

La vérification qu'a demandée le ministre porte apparemment sur les prix qu'a payés la société canadienne intimée pour s'approvisionner en cimetidine auprès de fournisseurs liés non résidents. Le requérant déduit du jugement qu'a rendu le juge Strayer dans l'instance originale, ainsi que des renseignements fournis par son avocat lors de l'audition d'appel, que la société canadienne intimée a acheté le médicament à un prix supérieur à celui du marché international. À mon avis toutefois, rien dans les motifs du juge Strayer ou dans le dossier de la Cour concernant les procédures antérieures ne permet de voir dans cette déduction autre chose qu'une simple spéculation.

Selon les intimés, les circonstances présentes ne constituent pas une raison impérative de modifier l'ordonnance. Ils soulignent que le requérant n'a pas fait la preuve de l'impossibilité pour le ministre d'arriver à ses fins grâce aux autres renseignements dont il dispose ou aux pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sans que soient modifiées les ordonnances de non-divulgateion. Ils font également ressortir le fait que les

sought was ordered produced, or was based on such information, by respondents other than the Canadian corporate respondent whose tax liability is of concern to the Minister.

Conclusion

I am not persuaded that the test set out in *Apotex* has been met by the applicant. I accept that review of the tax liability of the Canadian corporate respondent was not considered at least in the court action at the time the “confidentiality orders” were made and in a sense this is a new circumstance. But it is not a change in circumstances in relation to the issues between the parties in the action for which the information was produced. It is a completely new circumstance and I am not persuaded that it is a compelling reason for variation of the orders, though I have no doubt that it would serve the convenience of the Minister of National Revenue to have access to the documents here sought, which is in the Court’s records, sealed as confidential, as a result of the coincidence of the action lawfully begun by the respondents.

On principle, where the court has ordered, with consent of the parties, that documents be sealed in confidence in the interests of seeking justice in the issues between parties to an action, the reason for varying the orders should be truly compelling, especially where the purpose for access is unrelated in any way and is in that sense collateral or ulterior to the action in which the documents are filed and sealed. Only in truly exceptional cases would it be warranted to change a “confidentiality order” in these circumstances. Indeed, even in the absence of an order the Court might well preclude use or access to information arising from discovery for purposes of a collateral action because of an implied undertaking that this information is to be used only for purposes of the action in which it is produced: *Riddick, supra*. If it were otherwise, confidence in the integrity of the judicial process, including the responsibility of the court to protect the interests of the parties in litigation, would be eroded.

renseignements demandés découlent d’ordonnances de production visant des intimés autres que la société canadienne dont le ministre vérifie l’assujettissement à l’impôt.

^a Conclusion

Je ne suis pas convaincu que le requérant ait répondu au critère établi dans la décision *Apotex*.
^b Certes, je conviens que l’examen de l’assujettissement à l’impôt dont fait l’objet la société canadienne intimée n’est pas un facteur ayant été retenu du moins lorsque des «ordonnances de non-divulgaration» ont été prises; en un sens, il s’agit
^c donc d’une circonstance nouvelle. Mais ce n’est pas un changement dans les circonstances reliées aux questions qui opposaient les parties dans l’action aux fins de laquelle les renseignements ont été fournis. Il s’agit en fait d’une situation entièrement
^d nouvelle et je ne suis pas persuadé qu’elle constitue une raison impérative pour modifier les ordonnances. Encore que je ne doute pas que le ministre du Revenu national ait tout intérêt à avoir accès aux documents demandés en l’espèce, lesquels se trouvent, par coïncidence, dans les dossiers de la Cour où ils ont été scellés pour motif de confidentialité dans le cadre de l’action valablement introduite par les intimés.

^f En principe, lorsque le tribunal ordonne, avec le consentement des parties, que des documents soient scellés dans le meilleur intérêt de la justice, il faut une raison vraiment impérative pour modifier ces ordonnances, surtout dans les cas où le motif de la demande d’accès n’est aucunement
^g relié—et est dans ce sens accessoire ou ultérieur—à l’action au cours de laquelle les documents sont produits et scellés. Seuls des cas tout à fait exceptionnels pourraient justifier le changement d’une
^h ordonnance de non-divulgaration dans ces circonstances. En fait, même en l’absence d’une ordonnance, la Cour pourrait fort bien empêcher l’utilisation de renseignements obtenus au préalable, ou
ⁱ en interdire l’accès, pour les fins d’une action accessoire, en se fondant sur l’existence d’un engagement implicite à ne se servir de l’information ainsi obtenue qu’aux seules fins de l’action où elle est produite: *Riddick*, précité. Autrement, la confiance dans l’intégrité du processus judiciaire, notamment dans le devoir des tribunaux de protéger les intérêts des parties en litige, serait ébranlée.

This is particularly the case, it seems to me, where the action in which "confidentiality orders" are granted involve the Attorney General as a party. The Attorney General has responsibilities to represent a vast array of public interests. If counsel for the Attorney General consents to an order that evidence be maintained in confidence, or if he is subject to such an order even without consent, that order should not be varied merely because there arises some other public interest, collateral to the action in which the order is made. Only the most exceptional reason would warrant variation of the order. Otherwise, the interests of justice served by the modern discovery process would tend to be frustrated. Parties engaged in actions by or against the Crown would seek to avoid disclosure of information which might at some future date, regardless of the outcome of the original action, be sought for use by the Crown for some purpose unrelated to the original action. This might be the case particularly if information sealed as confidential in court records were to be made available to the Minister of National Revenue when he is engaged in reassessing tax liability of any party who might have been involved in an action with the Crown.

That responsibility of the Minister, assessing liability for tax, is an ongoing one, in no way dependent upon documents or other evidence provided in actions in this or any court. In this case that responsibility existed in relation to the Canadian corporate respondent before the original action was commenced, throughout the proceedings and it continues today. It is not a new responsibility even though it may be a new circumstance that a decision has apparently been made to conduct a special audit of that respondent's tax liability. This is not, it seems to me, a compelling reason to now vary the "confidentiality orders" made earlier in the action between the parties and with consent of the applicant.

Having reached this conclusion it is not necessary to consider whether this Court has authority to vary an order of the Court of Appeal, an issue

C'est particulièrement le cas, il me semble, lorsque le procureur général est partie à une action dans laquelle des ordonnances de non-divulgaration ont été rendues. Le procureur général est investi de la responsabilité de représenter une vaste gamme d'intérêts publics. Or si, par l'entremise de son avocat, il consent à une ordonnance protégeant la confidentialité d'une preuve, ou même s'il y est assujéti sans son consentement, cette ordonnance ne devrait pas être modifiée simplement parce qu'on soulève un autre intérêt public, accessoire à l'action en cours. Seule une raison exceptionnelle justifierait cette modification, sinon les intérêts de la justice, que vise à assurer la procédure actuelle de communication préalable, pourraient être compromis. En effet, les parties engagées dans des poursuites instituées par la Couronne ou contre elle chercheraient à éviter la divulgation de renseignements dont cette dernière tenterait de se servir, par la suite et quel que soit le résultat de l'instance originale, pour quelque autre fin non reliée à cette première action. Cela pourrait se produire, en particulier, dans les cas où le ministre du Revenu national aurait accès aux renseignements contenus dans des dossiers judiciaires scellés, au moment où il entreprend de réévaluer l'assujettissement à l'impôt d'une partie à une action intéressant la Couronne.

Cette responsabilité du ministre d'évaluer l'assujettissement à l'impôt revêt un caractère continu qui ne dépend aucunement des documents ou autres éléments de preuve produits en cette Cour ou devant tout autre tribunal. En l'espèce, le ministre assumait cette responsabilité à l'égard de la société canadienne intimée avant l'introduction de l'action originale, pendant la durée des procédures, et il l'assume encore aujourd'hui. Il ne s'agit pas d'une nouveauté, même si la décision apparemment prise de mener une vérification spéciale concernant l'assujettissement de cette société à l'impôt peut, en soi, constituer une circonstance nouvelle. À mon avis, il ne s'agit donc pas d'une raison impérative pour modifier aujourd'hui les ordonnances de non-divulgaration rendues antérieurement dans l'action opposant les parties et avec le consentement du requérant.

Vu cette conclusion, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si cette Cour a compétence pour modifier une ordonnance de la Cour d'appel.

which would only arise if it seemed appropriate to vary orders of the Trial Division, which, in my view, it is not in this case.

In the result, the application by the Attorney General of Canada is dismissed with costs to the respondents.

At the time of hearing an application was made by the respondents seeking enforcement of particular provisions in the "confidentiality order" of Jerome A.C.J., made February 14, 1985, and seeking return, under Rules 201(5) and 342, from court records of confidential information filed in the case. That application was adjourned *sine die* with consent of the parties.

La question ne se poserait, en effet, que s'il convenait de modifier des ordonnances émanant de la Section de première instance, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas en l'espèce.

^a En conséquence, la requête du procureur général du Canada est rejetée, avec dépens en faveur des intimés.

^b À l'audition, les intimés avaient présenté une requête visant à faire exécuter certaines dispositions de l'ordonnance de non-divulgence du juge en chef adjoint Jerome, en date du 14 février 1985, ainsi qu'à obtenir la remise, en vertu des Règles 201(5) et 342, de renseignements confidentiels déposés aux dossiers de la Cour. Cette requête a été ajournée à une date indéterminée avec le consentement des parties.