

**Suzette F. Juman also known as Suzette McKenzie** *Appellant*

v.

**Jade Kathleen Ledenko Doucette, by her litigation guardian Greg Bertram, Chief Constable of the Vancouver Police Department, Attorney General of Canada and Attorney General of British Columbia** *Respondents*

**INDEXED AS: JUMAN v. DOUCETTE**

**Neutral citation: 2008 SCC 8.**

File No.: 31590.

2007: November 15; 2008: March 6.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Collateral use of discovery information — Discovery information thought to disclose criminal acts — Underlying civil claim settled after discovery — Authorities seeking to obtain information disclosed during pre-trial discovery — Whether Attorney General has standing to seek to vary implied undertaking to which he is not party — If so, whether application should be rejected in circumstances of this case.*

*Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Scope of “implied undertaking” rule.*

The appellant, a childcare worker, provided day-care services in her home. A 16-month-old child suffered a seizure while in her care. The child was later determined to have suffered a brain injury. A civil action claiming negligence was commenced. The Vancouver Police started a criminal investigation, which is still ongoing. The appellant moved, prior to discovery, to prevent the

**Suzette F. Juman aussi connue sous le nom de Suzette McKenzie** *Appelante*

c.

**Jade Kathleen Ledenko Doucette, représentée par son tuteur Greg Bertram, chef du service de police de Vancouver, procureur général du Canada et procureur général de la Colombie-Britannique** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : JUMAN c. DOUCETTE**

**Référence neutre : 2008 CSC 8.**

N° du greffe : 31590.

2007 : 15 novembre; 2008 : 6 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Utilisation à des fins accessoires des renseignements obtenus à l'enquête préalable — Renseignements obtenus à l'enquête préalable dont on croit qu'ils révèlent des actes criminels — Action civile initiale faisant l'objet d'un règlement après l'enquête préalable — Autorités cherchant à obtenir des renseignements divulgués lors de l'enquête préalable — Le procureur général a-t-il la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie? — Dans l'affirmative, la demande doit-elle être rejetée d'après les circonstances de l'espèce?*

*Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Portée de la règle de l'« engagement implicite ».*

L'appelante, une travailleuse en garderie, fournissait des services de garde de jour chez elle. Une enfant de 16 mois a eu une crise d'apoplexie pendant qu'elle était sous sa garde. Il a été déterminé par la suite que l'enfant avait subi une lésion cérébrale. Une action a été intentée au civil pour négligence. La police de Vancouver fait enquête sur cette affaire depuis plusieurs années.

authorities from accessing her discovery without further court order. She relied on the parties' implied undertaking to the court not to use documents or answers on discovery for any purpose other than securing justice in the civil proceedings in which the answers were compelled, whether or not such documents or answers were in their origin confidential or incriminatory in nature. The Attorney General of British Columbia brought a cross-motion to vary the undertaking to permit the authorities to gain access to the discovery transcripts. At discovery, the appellant claimed the protection of the Canadian and British Columbia *Evidence Acts* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The transcripts are now in the possession of the parties and/or their counsel. After discovery, the underlying claim settled. The appellant's discovery was never entered into evidence at a trial. Its contents were not disclosed in open court.

The chambers judge found that the implied undertaking extended to evidence of crimes and concluded that it was not open to the police to seize the transcript under a search warrant. The Court of Appeal set aside the decision of the chambers judge. In its view, the implied undertaking rule "does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct". Accordingly, the parties were at liberty to disclose the appellant's discovery evidence to the police. The authorities could also obtain it by any lawful investigative means, including a search warrant or a subpoena *duces tecum*.

*Held:* The appeal should be allowed.

A party is not in general free to disclose discovery evidence of what they view as criminal conduct to the police or other strangers to the litigation without a court order. The root of the implied undertaking is the statutory compulsion on a party such as the appellant to participate fully in pre-trial oral and documentary discovery. If the opposing party seeks information that is relevant and is not protected by privilege, it must be disclosed even if it tends to self-incrimination. While the public interest in getting at the truth in a civil action outweighs the examinee's privacy interest, the latter is entitled to a measure of protection, and the law thus requires that the invasion of privacy should generally be limited to the level of disclosure necessary to do justice in the civil litigation in which the disclosure is made.

L'appelante a présenté, avant l'enquête préalable, une requête visant à empêcher les autorités d'avoir accès, sans autre ordonnance judiciaire, aux renseignements divulgués lors de l'enquête préalable. Elle a invoqué l'engagement implicite des parties envers le tribunal de ne pas utiliser les documents ou les réponses fournis lors de l'enquête préalable pour toute autre fin que la recherche de la justice dans l'instance civile au cours de laquelle ils ont été obtenus par contrainte, qu'ils aient été ou non à l'origine confidentiels ou incriminants. Le procureur général de la Colombie-Britannique a présenté une requête incidente en vue de faire modifier l'engagement de manière à permettre aux autorités d'avoir accès aux transcriptions de l'interrogatoire préalable. À l'enquête préalable, l'appelante a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les transcriptions sont maintenant en la possession des parties ou de leurs avocats. Après l'enquête préalable, la demande initiale a fait l'objet d'un règlement. L'interrogatoire préalable de l'appelante n'a jamais été déposé en preuve devant les tribunaux et les renseignements obtenus au cours de cet interrogatoire n'ont pas été divulgués en audience.

Selon le juge en chambre, l'engagement implicite vise aussi la preuve de crimes et il n'appartient pas à la police de saisir la transcription en vertu d'un mandat de perquisition. La Cour d'appel a annulé la décision du juge en chambre. À son avis, la règle de l'engagement implicite « ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'un comportement criminel ». Par conséquent, les parties étaient libres de divulguer à la police les éléments de preuve obtenus à l'enquête préalable. Les autorités pouvaient aussi y avoir accès par les méthodes d'enquête licites telles que les mandats de perquisition et les subpoena *duces tecum*.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Une partie n'est généralement pas libre, sans ordonnance judiciaire, de révéler à la police ou à un tiers la preuve obtenue à l'enquête préalable de ce qu'elle considère comme un « comportement criminel ». L'engagement implicite repose sur l'obligation légale de participer pleinement à l'interrogatoire préalable et à la communication préalable de documents. Tout renseignement pertinent non privilégié doit être divulgué à la partie adverse qui cherche à l'obtenir même s'il tend à l'incriminer. Dans une action civile, l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité l'emporte sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, lequel mérite néanmoins une certaine protection. La loi exige donc que l'atteinte à la vie privée se limite généralement à la mesure nécessaire pour rendre justice dans l'instance

The rules of discovery were not intended to constitute litigants as private attorneys general. [3] [20] [25] [43]

Here, because of the facts, much of the appellant's argument focussed on her right to protection against self-incrimination, but the implied undertaking rule is broader than that. It includes the wrongdoing of persons other than the examinee and covers innocuous information that is neither confidential nor discloses any wrongdoing at all. [5]

Contrary to the submission of the Attorney General, the implied undertaking rule does not conflict with the "open court" principle. Pre-trial discovery does not take place in open court. Nor does the question of judicial accountability arise in pre-trial discoveries. The situations are simply not analogous. [21-22]

The court has the discretionary power to grant exemptions from or variations to the undertaking, but unless an examinee is satisfied that such exemptions or variations will only be granted in exceptional circumstances, the undertaking will not achieve its intended purpose. Accordingly, unless a statutory exemption overrides the implied undertaking, the onus will be on the person applying for the exemption or variation to demonstrate on a balance of probabilities the existence of a public interest of greater weight than the values the implied undertaking is designed to protect, namely privacy, protection against self-incrimination, and the efficient conduct of civil litigation. The factors that may be taken into account include public safety concerns or contradictory testimony by the examinee about the same matters in different proceedings. In situations of immediate and serious danger, the applicant may be justified in going directly to the police without a court order. However, the availability of an exemption relating to discovery disclosing criminal offences not amounting to serious and immediate danger should be left with the courts. The public interest in the prosecution of crime will not necessarily trump a citizen's privacy interest in statutorily compelled information. [14] [32-33] [38-41] [44] [48]

It is important that applications for variation proceed expeditiously. Persons entitled to notice of these applications will be for the chambers judge to decide on the facts, but normally, only parties to the litigation

civile au cours de laquelle les renseignements ont été divulgués. Les règles régissant l'enquête préalable ne visaient pas à transformer les parties au litige en procureurs généraux privés. [3] [20] [25] [43]

En raison des faits de l'espèce, l'argumentation de l'appelante porte en grande partie sur son droit à la protection contre l'auto-incrimination, mais la règle de l'engagement implicite a une portée plus large. Elle inclut les actes répréhensibles des personnes autres que la personne interrogée et couvre les renseignements anodins qui ne sont ni confidentiels ni révélateurs d'un agissement fautif. [5]

Contrairement à l'argument du procureur général, la règle de l'engagement implicite ne va pas à l'encontre du principe de la « publicité des débats en justice ». L'enquête préalable n'a pas lieu en audience publique. De même, aucune question concernant la responsabilité judiciaire ne se pose à l'enquête préalable. Les situations ne sont simplement pas analogues. [21-22]

Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions à l'égard de l'engagement ou de le modifier, mais celui-ci n'atteindra le but visé que si la personne interrogée au préalable est convaincue que le tribunal exercera ce pouvoir uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, à moins qu'une exemption légale ne prime l'engagement implicite, il incombera au demandeur de l'exemption ou de la modification de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée, la protection contre l'auto-incrimination et le déroulement efficace du litige civil. Au nombre des facteurs qui peuvent être pris en considération figurent la sécurité publique et le témoignage contradictoire de la personne interrogée sur les mêmes questions dans des instances différentes. En cas de danger grave et immédiat, le demandeur serait fondé à s'adresser directement à la police sans ordonnance judiciaire. Il vaut mieux toutefois laisser aux tribunaux le soin de décider s'il y a lieu d'accorder des exemptions relatives à la divulgation de renseignements obtenus à l'interrogatoire préalable et révélant des infractions criminelles qui ne représentent pas un danger grave et immédiat. Dans le cadre de la divulgation de renseignements exigés par la loi, la lutte contre le crime n'éclipse pas nécessairement le droit d'un citoyen à sa vie privée. [14] [32-33] [38-41] [44] [48]

Il importe de donner rapidement suite aux demandes de modification de l'engagement implicite. Il appartient au juge en chambre de décider, d'après les faits de l'espèce, qui a le droit d'être avisé de ces demandes, mais

will be entitled to notice of such an application, not the police nor the media. [31] [52]

The action here has been settled, but the policies reflected in the implied undertaking remain undiminished. If the parents of the victim or other party wished to disclose the appellant's transcript to the police, they could have made an application to the court for permission to make disclosure, but none of them did so, and none of them is party to the current proceeding. [5] [22]

In this case, the Attorney General of British Columbia has standing to seek to vary an implied undertaking to which he is not a party, but the application should be rejected on the facts. His objective was to obtain evidence that would help assist the police investigation, and possibly to incriminate the appellant. It would be quite wrong for the police to be able to take advantage of statutorily compelled testimony in civil litigation to undermine the appellant's right to silence and the protection against self-incrimination afforded her by the criminal law. [53] [58]

On the other hand, the Court of Appeal correctly held that the implied undertaking is no bar to persons not party to it, and the appellant's discovery transcript and documents are not privileged or exempt from seizure. The authorities have available to them the usual remedies of subpoena *duces tecum* or a search warrant under the *Criminal Code*. However, if at this stage they do not have the grounds to obtain a search warrant, it is not open to them to build their case on the appellant's compelled testimony. [5] [55-56]

The search warrant, where available, only gives the police access to the discovery material. It does not authorize its use in any proceedings that may be initiated. If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant's *Charter* rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal. [56-57]

#### Cases Cited

**Not followed:** *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280; **distinguished:** *Attorney General of Nova*

normalement, seules les parties au litige ont le droit d'en être avisées, et non la police, ni les médias. [31] [52]

L'action a fait l'objet d'un règlement, mais les principes sous-tendant l'engagement implicite demeurent inchangés. Si les parents de la victime ou une autre partie voulaient divulguer à la police la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante, ils auraient pu présenter une demande d'autorisation au tribunal, mais ils ne l'ont pas fait et ils ne sont pas non plus parties à l'instance. [5] [22]

En l'espèce, le procureur général de la Colombie-Britannique a la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie, mais sa demande doit être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. Son objectif était d'obtenir des éléments de preuve qui pourraient aider l'enquête policière et peut-être d'incriminer l'appelante. Il serait vraiment injustifié que la police puisse profiter d'un témoignage exigé par la loi en matière civile pour compromettre le droit de l'appelante de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination qui lui sont reconnus en droit criminel. [53] [58]

Par ailleurs, la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'engagement implicite ne s'applique pas aux tiers et que la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante et les documents obtenus pendant l'interrogatoire ne sont pas privilégiés ni insaisissables. Les autorités disposent des recours habituels que sont les subpoenas *duces tecum* et les mandats de perquisition délivrés en vertu du *Code criminel*. Toutefois, à ce stade, si elles n'ont pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, elles ne peuvent fonder leurs arguments sur le témoignage forcé de l'appelante. [5] [55-56]

Un mandat de perquisition de la police, s'il est disponible, ne fait que donner accès aux documents. Il n'en autorise pas l'utilisation dans toute instance susceptible d'être introduite. Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpoena *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions en question qu'il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l'appelante garantis par la *Charte* et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce. [56-57]

#### Jurisprudence

**Arrêt non suivi:** *Home Office c. Harman*, [1983] 1 A.C. 280; **distinction d'avec les arrêts:** *Procureur*

- Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; **referred to:** *Hunt v. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110; *Ross v. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51; *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469, aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (Div. Ct.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C.A.), leave to appeal ref'd, [1974] S.C.R. xii; *Tricontinental Investments Co. v. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Shaw Estate v. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866; *Rayman Investments and Management Inc. v. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson v. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; *755568 Ontario Ltd. v. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649; *Rocca Enterprises Ltd. v. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224; *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137; *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (1986); *Goodman v. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613; *Crest Homes plc v. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Harris v. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. v. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49; *Livent Inc. v. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126; *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76; *R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357; *Rank Film Distributors Ltd. v. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Attorney-General for Gibraltar v. May*, [1999] 1 W.L.R. 998; *Bank of Crete S.A. v. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919; *Sybron Corp. v. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299; *Bailey v. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476; *Commonwealth v. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282; *Perrin v. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL); *Tyler v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 68; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417.
- général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; **arrêts mentionnés :** *Hunt c. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110; *Ross c. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51; *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469, conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C. div.), conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1974] R.C.S. xii; *Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Shaw Estate c. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866; *Rayman Investments and Management Inc. c. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson c. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. c. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; *Blake c. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; *755568 Ontario Ltd. c. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649; *Rocca Enterprises Ltd. c. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 224; *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137; *Cipollone c. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (1986); *Goodman c. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613; *Crest Homes plc c. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Lac Minerals Ltd. c. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Harris c. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. c. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252; *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49; *Livent Inc. c. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126; *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76; *R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357; *Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Attorney-General for Gibraltar c. May*, [1999] 1 W.L.R. 998; *Bank of Crete S.A. c. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919; *Sybron Corp. c. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299; *Bailey c. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476; *Commonwealth c. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282; *Perrin c. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL); *Tyler c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 68; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(c), 13.  
*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, s. 14.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 196, 487.  
*Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, s. 4.  
*Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C.A. r. 26(c).  
*Queen's Bench Rules*, M.R. 553/88, r. 30.1.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.1.  
*Rules of Civil Procedure* (Prince Edward Island), r. 30.1.  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, rr. 2(5), 27, 44, 56(1), (4), 60(41), (42), 64(1).

### Authors Cited

Laskin, John B. "The Implied Undertaking". A paper presented to the Canadian Bar Association — Ontario at a Continuing Legal Education Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991.  
 Papile, Cristiano. "The Implied Undertaking Revisited" (2006), 32 *Adv. Q.* 190.  
 Stevenson, William A., and Jean E. Côté. *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 2. Edmonton: Juriliber, 2003.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Kirkpatrick J.J.A.) (2006), 269 D.L.R. (4th) 654, [2006] 9 W.W.R. 687, 227 B.C.A.C. 140, 374 W.A.C. 140, 55 B.C.L.R. (4th) 66, 31 C.P.C. (6th) 149, [2006] B.C.J. No. 1176 (QL), 2006 BCCA 262, setting aside a decision of Shaw J., [2005] 11 W.W.R. 539, 45 B.C.L.R. (4th) 108, 15 C.P.C. (6th) 211, 129 C.R.R. (2d) 109, [2005] B.C.J. No. 589 (QL), 2005 BCSC 400. Appeal allowed.

*Brian T. Ross and Karen L. Weslowski*, for the appellant.

No one appeared for the respondent Jade Kathleen Ledenko Doucette, by her litigation guardian Greg Bertram.

*Karen F. W. Liang*, for the respondent the Chief Constable of the Vancouver Police Department.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11c), 13.  
*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 14.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 196, 487.  
*Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 124, art. 4.  
*Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C.A. règle 26c).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.  
*Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 30.1.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.1.  
*Rules of Civil Procedure* (Île-du-Prince-Édouard), règle 30.1.  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, règles 2(5), 27, 44, 56(1), (4), 60(41), (42), 64(1).

### Doctrine citée

Laskin, John B. « The Implied Undertaking ». A paper presented to the Canadian Bar Association — Ontario at a Continuing Legal Education Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991.  
 Papile, Cristiano. « The Implied Undertaking Revisited » (2006), 32 *Adv. Q.* 190.  
 Stevenson, William A., and Jean E. Côté. *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 2. Edmonton : Juriliber, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Kirkpatrick) (2006), 269 D.L.R. (4th) 654, [2006] 9 W.W.R. 687, 227 B.C.A.C. 140, 374 W.A.C. 140, 55 B.C.L.R. (4th) 66, 31 C.P.C. (6th) 149, [2006] B.C.J. No. 1176 (QL), 2006 BCCA 262, qui a infirmé une décision du juge Shaw, [2005] 11 W.W.R. 539, 45 B.C.L.R. (4th) 108, 15 C.P.C. (6th) 211, 129 C.R.R. (2d) 109, [2005] B.C.J. No. 589 (QL), 2005 BCSC 400. Pourvoi accueilli.

*Brian T. Ross et Karen L. Weslowski*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée Jade Kathleen Ledenko Doucette, représentée par son tuteur Greg Bertram.

*Karen F. W. Liang*, pour l'intimé le chef du service de police de Vancouver.

*Michael H. Morris*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*J. Edward Gouge, Q.C.*, and *Natalie Hepburn Barnes*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — The principal issue raised on this appeal is the scope of the “implied undertaking rule” under which evidence compelled during pre-trial discovery from a party to civil litigation can be used by the parties only for the purpose of the litigation in which it was obtained. The issue arises in the context of alleged child abuse, a matter of great importance and concern in our society. The Attorney General of British Columbia rejects the existence of an implied undertaking rule in British Columbia (factum, at para. 4). Alternatively, if there is such a rule, he says it does not extend to *bona fide* disclosures of criminal activity. In his view the parties may, without court order, share with the police any discovery documents or oral testimony that tend to show criminal misconduct.

[2] In the further alternative, the Attorney General argues that the existence of an implied undertaking would not in any way inhibit the ability of the authorities, who are not parties to it, to obtain a subpoena *duces tecum* or to seize documents or a discovery transcript pursuant to a search warrant issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] The British Columbia Court of Appeal held that the implied undertaking rule “does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct” ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262, at para. 56). This ruling is stated too broadly, in my opinion. The rationale of the implied undertaking rule rests on the statutory compulsion that requires

*Michael H. Morris*, pour l’intimé le procureur général du Canada.

*J. Edward Gouge, c.r.*, et *Natalie Hepburn Barnes*, pour l’intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le principal point en litige en l’espèce concerne la portée de la « règle de l’engagement implicite » selon laquelle les éléments de preuve obtenus par contrainte d’une partie à une instance civile lors de l’enquête préalable ne peuvent être utilisés par les parties à d’autres fins que celles de l’instance au cours de laquelle ils ont été recueillis. La question se pose dans le contexte d’une allégation de violence contre un enfant, sujet d’une grande importance qui constitue une préoccupation majeure dans notre société. Le procureur général de la Colombie-Britannique rejette l’existence d’une règle de l’engagement implicite en Colombie-Britannique (mémoire, par. 4). Il déclare subsidiairement que, si une telle règle existe, elle ne s’applique pas à la divulgation de bonne foi d’activité criminelle. À son avis, les parties peuvent, sans ordonnance judiciaire, communiquer à la police tout document ou témoignage obtenu dans le cadre de l’enquête préalable qui tend à montrer un comportement criminel.

[2] Le procureur général ajoute subsidiairement que l’existence d’un engagement implicite n’empêcherait nullement les autorités, qui ne sont pas parties à l’engagement, d’obtenir un subpoena *duces tecum* ou de saisir des documents ou une transcription de l’interrogatoire préalable en vertu d’un mandat de perquisition décerné en application de l’art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[3] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que la règle de l’engagement implicite [TRADUCTION] « ne s’applique pas à la divulgation de bonne foi d’un comportement criminel » ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262, par. 56). Cette décision a une portée trop large à mon avis. Le raisonnement qui sous-tend la règle de l’engagement

a party to make documentary and oral discovery regardless of privacy concerns and whether or not it tends to self-incriminate. The more serious the criminality, the greater would be the reluctance of a party to make disclosure fully and candidly, and the greater is the need for broad protection to facilitate his or her cooperation in civil litigation. It is true, as the chambers judge acknowledged, that there is an “immediate and serious danger” exception to the usual requirement for a court order prior to disclosure ((2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400, at paras. 28-29), but the exception is much narrower than is suggested by the *dictum* of the Court of Appeal, and it does not cover the facts of this case. In my view a party is not in general free to go without a court order to the police or any non-party with what it may view as “criminal conduct”, which is a label that covers many shades of suspicion or rumour or belief about many different offences from the mundane to the most serious. The qualification added by the Court of Appeal, namely that the whistle blower must act *bona fides*, does not alleviate the difficulty. Many a tip to the police is tinged with self-interest. At what point does the hope of private advantage rob the communication of its *bona fides*? The lines need to be clear because, as the Court of Appeal itself noted, “non-bona fide disclosure of alleged criminal conduct would attract serious civil sanctions for contempt” (para. 56 (emphasis added)).

[4] Thus the rule is that both documentary and oral information obtained on discovery, including information thought by one of the parties to disclose some sort of criminal conduct, *is* subject to the implied undertaking. It is not to be used *by the other parties* except for the purpose of that litigation, unless and until the scope of the undertaking is varied by a court order or other judicial order or a situation of immediate and serious danger emerges.

implicite repose sur l’obligation légale qu’a une partie de communiquer préalablement les documents et de participer à l’interrogatoire préalable malgré les préoccupations au sujet de la protection de sa vie privée et que cela tende ou non à l’incriminer. Plus le crime est grave, plus une partie serait réticente à s’acquitter de son obligation de divulgation de façon complète et franche et plus il est nécessaire d’assurer une vaste protection pour faciliter sa collaboration dans un litige civil. Certes, comme l’a reconnu le juge en chambre, il est possible d’invoquer le « danger grave et immédiat » pour faire exception à la règle voulant qu’il faille habituellement obtenir une ordonnance judiciaire pour divulguer des renseignements ((2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400, par. 28-29). Cependant, l’exception est beaucoup plus restreinte que ne le donne à penser l’opinion incidente de la Cour d’appel et elle ne s’applique pas aux faits de l’espèce. À mon avis, une partie n’est généralement pas libre, sans ordonnance judiciaire, de révéler à la police ou à un tiers ce qu’elle peut considérer comme un « comportement criminel », étiquette qui englobe quantité d’infractions différentes, de la plus banale à la plus grave, dans toutes les nuances du soupçon, de la rumeur ou de la croyance. La Cour d’appel a précisé que le dénonciateur doit agir de bonne foi, mais la difficulté demeure entière. Bon nombre de renseignements communiqués à la police le sont partiellement par intérêt personnel. À quel moment l’espoir de favoriser ses intérêts personnels fait-il perdre la bonne foi? Les limites doivent être claires car, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel, [TRADUCTION] « la divulgation de mauvaise foi d’un comportement criminel reproché entraînerait de sévères sanctions civiles pour outrage » (par. 56 (je souligne)).

[4] Ainsi, la règle est que les documents obtenus et les déclarations faites à l’enquête préalable, y compris les renseignements considérés par l’une des parties comme révélant un certain comportement criminel, *sont visés* par l’engagement implicite. *Les autres parties* ne peuvent les utiliser, sauf pour les besoins du litige, à moins qu’une ordonnance du tribunal ou autre ordonnance judiciaire ne vienne modifier la portée de l’engagement ou que ne survienne une situation de danger grave et immédiat.

[5] Here, because of the facts, much of the appellant's argument focussed on her right to protection against self-incrimination, but the implied undertaking rule is broader than that. It includes the wrongdoing of persons other than the examinee and covers innocuous information that is neither confidential nor discloses any wrongdoing at all. Here, if the parents of the victim or other party wished to disclose the appellant's transcript to the police, he or she or they could have made an application to the B.C. Supreme Court for permission to make disclosure, but none of them did so, and none of them is party to the current proceeding. The applicants are the Vancouver Police Department and the Attorney General of British Columbia supported by the Attorney General of Canada. None of these authorities is party to the undertaking. They have available to them the usual remedies of subpoena *duces tecum* or a search warrant under the *Criminal Code*. If at this stage they do not have the grounds to obtain a search warrant, it is not open to them to build their case on the compelled testimony of the appellant. Further, even if the authorities were thereby to obtain access to this compelled material, it would still be up to the court at the proceedings (if any) where it is sought to be introduced to determine its admissibility.

[6] I agree with the chambers judge that the balance of interests relevant to whether disclosure should be made by a party of alleged criminality is better evaluated by a court than by one of the litigants who will generally be self-interested. Discoveries (both oral and documentary) are likely to run more smoothly if none of the disputants are in a position to go without a court order to the police, or regulators or other authorities with their suspicions of wrongdoing, or to use the material obtained for any other purpose collateral or ulterior to the action in which the discovery is obtained. Of course the implied undertaking does not bind the Attorney General and the police (who are not parties to it) from seeking a search warrant in the ordinary way to obtain the discovery transcripts if they have the grounds to do so. Apparently, no such

[5] En raison des faits de l'espèce, l'argumentation de l'appelante porte en grande partie sur son droit à la protection contre l'auto-incrimination, mais la règle de l'engagement implicite a une portée plus large. Elle inclut les actes répréhensibles des personnes autres que la personne interrogée et couvre les renseignements anodins qui ne sont ni confidentiels ni révélateurs d'un agissement fautif. En l'occurrence, si les parents de la victime ou une autre partie voulaient divulguer la transcription de l'appelante à la police, ils auraient pu présenter une demande d'autorisation à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais ils ne l'ont pas fait et ils ne sont pas non plus parties à la présente instance. Les demandeurs sont le service de police de Vancouver et le procureur général de la Colombie-Britannique, appuyé par le procureur général du Canada. Aucune de ces autorités n'est partie à l'engagement. Elles disposent des recours habituels que sont le subpoena *duces tecum* ou le mandat de perquisition délivrés en vertu du *Code criminel*. À ce stade, si elles n'ont pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, elles ne peuvent fonder leurs arguments sur le témoignage forcé de l'appelante. De plus, même si elles réussissaient ainsi à avoir accès aux renseignements obtenus par la contrainte, il appartiendrait tout de même au tribunal (le cas échéant) où l'on chercherait à les introduire en preuve de statuer sur leur admissibilité.

[6] Je conviens avec le juge en chambre que le tribunal est mieux placé qu'une partie, laquelle sera généralement intéressée, pour apprécier la pertinence de divulguer un comportement criminel reproché. L'interrogatoire préalable et la communication préalable de documents se déroulent vraisemblablement mieux si aucune des parties ne peut, sans ordonnance judiciaire, signaler ses soupçons à la police, aux organismes de réglementation ou autres autorités, ou utiliser les renseignements pour toute autre fin accessoire ou ultérieure à l'action dans le cadre de laquelle ils ont été obtenus. Bien sûr, l'engagement implicite n'empêche pas le procureur général et la police (qui ne sont pas parties à l'engagement) de demander un mandat de perquisition selon la procédure ordinaire pour obtenir les transcriptions de l'interrogatoire préalable s'ils ont les

application has been made. At this stage the matter has proceeded only to the point of determining whether or not the implied undertaking permits the “*bona fide* disclosure of criminal conduct” without court order (B.C.C.A., at para. 56). In my view it does not do so in the circumstances disclosed here. I would allow the appeal.

#### I. Facts

[7] The appellant, a childcare worker, provided day-care services in her home. A 16-month-old child, Jade Doucette, suffered a seizure while in the appellant’s care. The child was later determined to have suffered a brain injury. She and her parents sued the owners and operators of the day-care centre for damages, alleging that Jade’s injury resulted from its negligence and that of the appellant.

[8] The appellant’s defence alleges, in part, that Jade suffered a number of serious mishaps, including a bicycle accident while riding as a passenger with her father, none of which involved the appellant, and none of which were disclosed to the appellant when the child was delivered into her care (Statement of Defence, at para. 3).

[9] The Vancouver Police have for several years been conducting an investigation, which is still ongoing. In May 2004, the Vancouver Police arrested the appellant. She was questioned in the absence of her counsel (A.R., at p. 179). She was later released. In August 2004, the appellant and her husband received notices that their private communications had been intercepted by the police pursuant to s. 196 of the *Criminal Code*. To date, no criminal charges have been laid. In furtherance of that investigation, the authorities seek access to the appellant’s discovery transcript.

[10] In November 2004, the appellant brought an interlocutory motion to prohibit the parties to the civil proceeding from providing the transcripts of discovery (which had not yet been held) to the police. She also sought to prevent the release of information from the transcripts to the police or the

motifs de le faire. Apparemment aucune demande n’a été faite dans ce sens. À cette étape, il s’agit seulement de déterminer si l’engagement implicite autorise la [TRADUCTION] « divulgation de bonne foi d’un comportement criminel sans ordonnance judiciaire » (C.A.C.-B., par. 56). À mon avis, il ne l’autorise pas dans les circonstances de l’affaire. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

#### I. Les faits

[7] L’appelante, une travailleuse en garderie, fournissait des services de garde de jour chez elle. Une enfant de 16 mois, Jade Doucette, a eu une crise d’apoplexie pendant qu’elle était sous sa garde. Il a été déterminé par la suite que l’enfant avait subi une lésion cérébrale. Ses parents et elle ont intenté une action en dommages-intérêts contre les propriétaires-exploitants de la garderie, alléguant que la lésion était imputable à une négligence de leur part et de la part de l’appelante.

[8] L’appelante plaide en défense notamment que Jade a subi un certain nombre d’accidents graves, dont un accident de bicyclette alors qu’elle était passagère sur le vélo de son père. Elle n’était impliquée dans aucun de ces accidents et les parents ne lui en ont pas fait part lorsqu’ils ont confié l’enfant à ses soins (défense, par. 3).

[9] La police de Vancouver fait enquête sur cette affaire depuis plusieurs années. En mai 2004, elle a arrêté l’appelante. Celle-ci a été interrogée sans la présence de son avocat (d.a., p. 179), puis libérée. En août 2004, l’appelante et son mari ont été avisés, conformément à l’art. 196 du *Code criminel*, que leurs communications privées avaient été interceptées par la police. À ce jour, aucune accusation criminelle n’a été portée. Dans le cadre de cette enquête, les autorités veulent avoir accès à la transcription de l’interrogatoire préalable de l’appelante.

[10] En novembre 2004, l’appelante a présenté une requête interlocutoire visant à interdire aux parties à la poursuite civile de fournir à la police les transcriptions de l’interrogatoire préalable (qui n’avait pas encore eu lieu). Elle a aussi cherché à empêcher la communication des renseignements

Attorney General of British Columbia and a third motion to prohibit the Attorney General of British Columbia, the police and the RCMP from obtaining and using copies of the transcripts and solicitor's notes without further court order. She relied upon the implied undertaking rule.

[11] The Attorney General of British Columbia opposed the appellant's motions and brought his own cross-motion for an order (if necessary) varying the legal undertaking to permit release of the transcripts to the police. He also brought a second motion for an order permitting the police to apply for the transcripts by way of search warrant, subpoena or other investigative means in the usual way.

[12] The appellant was examined for discovery for four days between June 2005 and September 2006. She claimed the protection of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, the *British Columbia Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, and (though an explicit claim was not necessary) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and says that she answered all the appropriate questions put to her. The transcripts are now in the possession of the parties and/or their counsel.

[13] In 2006, the underlying claim was settled. The appellant's discovery was never entered into evidence at a trial nor its contents disclosed in open court.

## II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia (Shaw J.)* (2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400

[14] The chambers judge observed that an examination for discovery is statutorily compelled testimony by rule 27 of the *B.C. Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90. As a general rule, there exists in

provenant des transcriptions à la police ou au procureur général de la Colombie-Britannique, et une troisième requête visant à interdire au procureur général de la Colombie-Britannique, à la police et à la GRC d'obtenir et d'utiliser les copies des transcriptions et les notes de l'avocat sans autre ordonnance judiciaire. Elle a invoqué la règle de l'engagement implicite.

[11] Le procureur général de la Colombie-Britannique s'est opposé aux requêtes de l'appellante et a présenté sa propre requête incidente en vue de faire modifier (au besoin) l'engagement légal de manière à permettre la communication des transcriptions à la police. Il a aussi présenté une deuxième requête pour que soit rendue une ordonnance autorisant la police à demander les transcriptions par voie de mandat de perquisition, de subpoena ou autre méthode d'enquête habituelle.

[12] L'interrogatoire préalable de l'appelante a duré quatre jours, entre juin 2005 et septembre 2006. Elle a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 124, et (même si une demande explicite n'était pas nécessaire) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et déclare qu'elle a répondu à toutes les questions pertinentes qui lui ont été posées. Les transcriptions sont maintenant en la possession des parties ou de leurs avocats.

[13] En 2006, la demande initiale a fait l'objet d'un règlement. L'interrogatoire préalable de l'appelante n'a jamais été déposé en preuve devant les tribunaux et les renseignements obtenus au cours de cet interrogatoire n'ont pas été divulgués en audience.

## II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Shaw)* (2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400

[14] Le juge en chambre a fait remarquer qu'un interrogatoire préalable est un témoignage forcé en vertu de la règle 27 des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90. En

British Columbia an implied undertaking in civil actions that the parties and their lawyers will use discovery evidence strictly for the purposes of the court case. Discovery exists because getting at the truth in the pursuit of justice is an important social goal, but so (he held) is limiting the invasion of the examinee's privacy. Evidence taken on oral discovery comes within the scope of the undertaking. He noted that the court has the discretionary power to grant exemptions from or variations to the undertaking, and that in the exercise of that discretion courts must balance the need for disclosure against the right to privacy.

[15] The chambers judge rejected the contention that the implied undertaking does not apply to evidence of crimes. Considerations of practicality supported keeping evidence of crimes within the scope of the undertaking because such evidence could vary from mere suspicion to blatant admissions and from minor to the most serious offences. It was better to leave the discretionary power of relief to the courts.

[16] As to the various arguments asserted by the appellant under ss. 7, 11(c) and 13 of the *Charter*, the chambers judge concluded that “[t]he state is forbidden to use its investigatory powers to violate the confidentiality requirement of solicitor-client privilege; so too, in my view, should the state be forbidden to violate the confidentiality protected by discovery privilege” (para. 62). In his view, it was not open to the police to seize the transcript under a search warrant.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Newbury, Low and Kirkpatrick J.J.A.)* (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262

[17] The Court of Appeal allowed the appeal. In its view, the parties were at liberty to disclose

règle générale, il existe dans les actions civiles en Colombie-Britannique un engagement implicite selon lequel les parties et leurs avocats n'utilisent les éléments de preuve obtenus lors de l'enquête préalable que pour les besoins de l'affaire. Selon le juge en chambre, l'enquête préalable répond à un objectif important dans notre société, soit la recherche de la vérité dans la poursuite de la justice, mais limiter l'empiètement sur la vie privée de la personne interrogée est également important. Les dépositions recueillies lors de l'interrogatoire préalable tombent sous le coup de l'engagement. Le juge en chambre a souligné que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions à l'égard de l'engagement ou de le modifier et que, dans l'exercice de ce pouvoir, ils doivent trouver un équilibre entre la nécessité de la divulgation et le droit à la vie privée.

[15] Le juge en chambre a rejeté l'argument que l'engagement implicite ne vise pas la preuve de crimes. Des considérations d'ordre pratique justifiaient l'application de l'engagement à la preuve de crimes, car une telle preuve pouvait aller du simple soupçon à l'aveu flagrant et d'une infraction mineure à l'infraction la plus grave. Il valait mieux laisser aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de modifier l'engagement.

[16] Quant aux divers arguments que l'appelante fondait sur les art. 7 et 13 et l'al. 11c) de la *Charte*, le juge en chambre a conclu qu'[TRADUCTION] « [i]l est interdit à l'État d'utiliser ses pouvoirs d'enquête pour violer la confidentialité inhérente au privilège du secret professionnel de l'avocat; de même, devrait-il être interdit à l'État de violer la confidentialité des renseignements privilégiés obtenus lors de l'interrogatoire préalable » (par. 62). Selon le juge en chambre, il n'appartient pas à la police de saisir la transcription en vertu d'un mandat de perquisition.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Kirkpatrick)* (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262

[17] La Cour d'appel a accueilli l'appel. À son avis, les parties étaient libres de divulguer à la

the appellant's discovery evidence to the police to assist in the criminal investigation. Further, the authorities could obtain the discovery evidence by lawful investigative means such as subpoenas and search warrants.

[18] Kirkpatrick J.A., speaking for a unanimous court, noted the English law on the implied undertaking of confidentiality had been applied in British Columbia only in recent years. See *Hunt v. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110. In that case, however, the British Columbia Court of Appeal had held that “[t]he obligation the law imposes is one of confidentiality from improper publication. It does not supersede all other legal, social or moral duties” (para. 65; quoted at para. 32). Thus, in Kirkpatrick J.A.’s opinion, “the undertaking in the action cannot form a shield from the detection and prosecution of crimes in which the public has an overriding interest” (para. 48).

[19] Kirkpatrick J.A. then turned to the *Charter* issues in the case. She noted that no charges had been laid against the appellant and therefore that ss. 11(c) (which applies to persons “charged with an offence”) and 13 (which provides use immunity) were not engaged. The appellant was not in any imminent danger of deprivation of her right to liberty or security, and therefore any s. 7 claim was premature. Kirkpatrick J.A. declared that an implied undertaking, being just a rule of civil procedure, should not be given “constitutional status”. Discovery material is not immune to search or seizure. The appeal was therefore allowed.

### III. Analysis

[20] The root of the implied undertaking is the statutory compulsion to participate fully in pre-trial oral and documentary discovery. If the opposing party seeks information that is relevant and is not

police les éléments de preuve obtenus lors de l’interrogatoire préalable de l’appelante pour aider au déroulement de l’enquête criminelle. De plus, les autorités pouvaient y avoir accès par les méthodes d’enquête licites telles que les subpoena et les mandats de perquisition.

[18] La juge Kirkpatrick, au nom de la cour à l’unanimité, a fait observer que ce n’est qu’au cours des dernières années que le droit anglais en matière d’engagement implicite de confidentialité a été appliqué en Colombie-Britannique. Voir *Hunt c. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110. Dans cette affaire, cependant, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait conclu que [TRADUCTION] « [l]’obligation prévue par la loi est une obligation de confidentialité interdisant la publication non autorisée. Elle ne prime pas toutes les autres obligations légales, sociales ou morales » (par. 65; cité au par. 32). Ainsi, selon la juge Kirkpatrick, [TRADUCTION] « l’engagement dans la présente action ne peut protéger contre la détection du crime et la poursuite des criminels, domaines où l’intérêt du public est prédominant » (par. 48).

[19] La juge Kirkpatrick a ensuite abordé les questions relatives à la *Charte*. Elle a constaté qu’aucune accusation n’avait été portée contre l’appelante et que, par conséquent, l’al. 11(c) (qui vise tout « inculpé ») et l’art. 13 (qui prévoit l’immunité contre l’utilisation de la preuve) ne trouvaient pas application. L’appelante ne risquait pas de façon imminente d’être privée de son droit à la liberté ou à la sécurité; par conséquent, toute demande fondée sur l’art. 7 était prématurée. La juge Kirkpatrick a déclaré qu’un engagement implicite, en tant que simple règle de procédure civile, ne devait pas se voir accorder un « statut constitutionnel ». Les éléments de preuve obtenus à l’enquête préalable ne sont pas à l’abri d’une fouille, d’une perquisition et d’une saisie. L’appel a donc été accueilli.

### III. Analyse

[20] L’engagement implicite repose sur l’obligation légale de participer pleinement à l’interrogatoire préalable et à la communication préalable de documents. Tout renseignement pertinent non

protected by privilege, it must be disclosed even if it tends to self-incrimination. See *British Columbia Rules of Court*, rr. 27(2), 44, 60(41), 60(42) and 64(1); *Ross v. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381, at paras. 180-81. In Quebec, see *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51, at para. 42. In Ontario, see *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.J.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (Div. Ct.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (p. 539) (C.A.), leave to appeal ref'd, [1974] S.C.R. xii. The rule in common law jurisdictions was affirmed post-*Charter* in *Tricontinental Investments Co. v. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614 (H.C.J.), and has been applied to public inquiries, *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97.

[21] The Attorney General of British Columbia submits that *Lac d'Amiante*, which was based on the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, “was wrongly decided” (factum, at para. 16). An implied undertaking not to disclose pre-trial documentary and oral discovery for purposes other than the litigation in which it was obtained is, he argues, contrary to the “open court” principle stated in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326 (factum, at para. 6). The Vancouver Police support this position (factum, at para. 48). The argument is based on a misconception. Pre-trial discovery does not take place in open court. The vast majority of civil cases never go to trial. Documents are inspected or exchanged by counsel at a place of their own choosing. In general, oral discovery is not conducted in front of a judge. The only point at which the “open court” principle is engaged is when, if at all, the case goes to trial and the discovered party's documents or answers from the discovery transcripts are introduced as part of the case at trial.

priviliégié doit être divulgué à la partie adverse qui cherche à l'obtenir même s'il tend à l'incriminer. Voir *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, règles 27(2), 44, 60(41), 60(42) et 64(1); *Ross c. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381, par. 180-181. Au Québec, voir *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 42. En Ontario, voir *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.J.), conf. (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C. div.), conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (p. 539) (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1974] S.C.R. xii. La règle dans les provinces de common law a été confirmée après l'adoption de la *Charte* dans *Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614 (H.C.J.), et a été appliquée aux enquêtes publiques, *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97.

[21] Le procureur général de la Colombie-Britannique affirme que l'arrêt *Lac d'Amiante*, basé sur le *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, [TRADUCTION] « est mal fondé » (mémoire, par. 16). Il soutient que l'engagement implicite de ne pas divulguer à des fins étrangères au litige les documents produits et les déclarations faites lors de l'enquête préalable est contraire au principe de la « publicité des débats en justice » énoncé dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 (mémoire, par. 6). La police de Vancouver appuie ce point de vue (mémoire, par. 48). L'argument est mal fondé. L'enquête préalable n'a pas lieu en audience publique et l'immense majorité des affaires civiles n'atteignent pas l'étape du procès. Les avocats examinent ou échangent les documents à l'endroit de leur choix. De façon générale, l'interrogatoire préalable n'a pas lieu devant un juge. Le seul moment où le principe de la « publicité des débats en justice » entre en jeu est celui de l'instruction où les documents de la partie interrogée au préalable ou les réponses tirées des transcriptions de l'interrogatoire préalable sont introduits en preuve au procès.

[22] In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, relied on by the Vancouver Police as well as by the Attorney General of British Columbia, the contents of the affidavit in support of the search warrant application were made public, but not until after the search warrant had been executed, and “the purposes of the policy of secrecy are largely, if not entirely, accomplished” (p. 188). At that point the need for public access and public scrutiny prevail. Here the action has been settled but the policies reflected in the implied undertaking (privacy and the efficient conduct of civil litigation generally) remain undiminished. Nor is *Edmonton Journal* helpful to the respondents. In that case the Court struck down a “sweeping” Alberta prohibition against publication of matrimonial proceedings, including publication of the “comments of counsel and the presiding judge”. In the face of such prohibition, the court asked, “[h]ow then is the community to know if judges conduct themselves properly” (p. 1341). No such questions of state accountability arise in pre-trial discoveries. The situations are simply not analogous.

#### A. *The Rationale for the Implied Undertaking*

[23] Quite apart from the cases of exceptional prejudice, as in disputes about trade secrets or intellectual property, which have traditionally given rise to express confidentiality orders, there are good reasons to support the existence of an implied (or, in reality, a court-imposed) undertaking.

[24] In the first place, pre-trial discovery is an invasion of a private right to be left alone with your thoughts and papers, however embarrassing, defamatory or scandalous. At least one side in every lawsuit is a reluctant participant. Yet a proper pre-trial discovery is essential to prevent surprise or “litigation by ambush”, to encourage settlement once the facts are known, and to narrow issues even where settlement proves unachievable. Thus, rule 27(22) of the B.C. *Rules of Court* compels a litigant to answer all relevant questions posed on

[22] Dans l'affaire *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, citée par la police de Vancouver et le procureur général de la Colombie-Britannique, le contenu de l'affidavit présenté à l'appui de la demande de mandat de perquisition avait été rendu public, mais seulement après l'exécution du mandat et lorsque « les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints » (p. 188). À ce moment-là, la nécessité de l'accès du public et de l'examen public prévaut. En l'espèce, l'action a fait l'objet d'un règlement, mais les principes sous-tendant l'engagement implicite (généralement la protection de la vie privée et le déroulement efficace des poursuites civiles) demeurent inchangés. L'arrêt *Edmonton Journal* n'aide pas non plus la cause des intimés. Dans cet arrêt, la Cour a invalidé, à cause de son « étendue », l'interdiction en Alberta de publier des renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales, y compris « les remarques des avocats et du juge ». Devant une telle interdiction, la Cour s'est demandée « [c]omment la société peut [. . .] alors savoir si les juges se conduisent correctement » (p. 1341). Aucune question concernant la responsabilité de l'État ne se pose à l'enquête préalable. Les situations ne sont simplement pas analogues.

#### A. *Fondement de l'engagement implicite*

[23] Hormis les cas de préjudice exceptionnel, comme dans les litiges en matière de secrets commerciaux ou de propriété intellectuelle, où les ordonnances expresses de confidentialité sont courantes, il y a de bonnes raisons de reconnaître l'existence d'un engagement implicite (ou, en réalité, d'un engagement d'origine judiciaire).

[24] Premièrement, l'enquête préalable est une atteinte au droit de garder pour soi ses pensées et ses documents, aussi embarrassants, diffamatoires ou scandaleux soient-ils. Dans chaque poursuite, au moins une partie est réticente. Or, l'étape de l'enquête préalable est essentielle pour éviter les surprises ou les « litiges par guet-apens », pour encourager les règlements une fois les faits connus et pour circonscrire les questions en litige même lorsqu'un règlement s'avère impossible. Ainsi, la règle 27(22) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique

an examination for discovery. Failure to do so can result in punishment by way of imprisonment or fine pursuant to rules 56(1), 56(4) and 2(5). In some provinces, the rules of practice provide that individuals who are not even parties can be ordered to submit to examination for discovery on issues relevant to a dispute in which they may have no direct interest. It is not uncommon for plaintiff's counsel aggressively to "sue everyone in sight" not with any realistic hope of recovery but to "get discovery". Thus, for the out-of-pocket cost of issuing a statement of claim or other process, the gate is swung open to investigate the private information and perhaps highly confidential documents of the examinee in pursuit of allegations that might in the end be found to be without any merit at all.

[25] The public interest in getting at the truth in a civil action outweighs the examinee's privacy interest, but the latter is nevertheless entitled to a measure of protection. The answers and documents are compelled by statute solely for the purpose of the civil action and the law thus requires that the invasion of privacy should generally be limited to the level of disclosure necessary to satisfy that purpose and that purpose alone. Although the present case involves the issue of self-incrimination of the appellant, that element is not a necessary requirement for protection. Indeed, the disclosed information need not even satisfy the legal requirements of confidentiality set out in *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254. The general idea, metaphorically speaking, is that whatever is disclosed in the discovery room stays in the discovery room unless eventually revealed in the courtroom or disclosed by judicial order.

[26] There is a second rationale supporting the existence of an implied undertaking. A litigant who has some assurance that the documents and answers will not be used for a purpose collateral or ulterior to the proceedings in which they are demanded will be encouraged to provide a more

oblige une partie à un litige à répondre à toutes les questions pertinentes posées lors de l'interrogatoire préalable. Le refus est sanctionné par l'emprisonnement ou une amende en application des règles 56(1), 56(4) et 2(5). Dans certaines provinces, selon les règles de pratique, les personnes qui ne sont même pas parties au litige peuvent se voir ordonner de se soumettre à l'interrogatoire préalable au sujet de questions qui sont pertinentes pour le litige, mais dans lesquelles elles n'ont aucun intérêt direct. Il n'est pas rare que l'avocat du demandeur poursuive vigoureusement « tout ce qui bouge », non pas dans l'espoir réaliste d'une indemnisation, mais pour avoir droit à l'interrogatoire préalable. Ainsi, contre le paiement des menus frais exigés pour le dépôt d'une déclaration ou autre procédure, la partie demanderesse a accès à un flot de renseignements privés et peut-être de documents hautement confidentiels de la personne interrogée, sur la base d'allégations, qui en fin de compte peuvent se révéler complètement dénuées de fondement.

[25] Dans une action civile, l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité l'emporte sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, lequel mérite néanmoins une certaine protection. La loi n'oblige à fournir des réponses et à produire des documents que pour l'action civile, et elle exige donc que l'atteinte à la vie privée se limite généralement à la mesure nécessaire à ces fins. Même si la présente affaire soulève la question de l'auto-incrimination de l'appelante, il ne s'agit pas d'une condition préalable à la protection. En fait, il n'est même pas nécessaire que les renseignements divulgués satisfassent aux exigences légales de confidentialité énoncées dans *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254. L'idée générale est que, métaphoriquement, tout ce qui est divulgué dans la pièce où se déroule l'interrogatoire préalable reste dans cette pièce, sauf si cela est finalement révélé en salle d'audience ou révélé par suite d'une ordonnance judiciaire.

[26] Une deuxième raison justifie l'existence d'un engagement implicite. La partie qui a une certaine assurance que les documents et les réponses qu'elle fournit ne seront pas utilisés à des fins connexes ou ultérieures à l'instance où ils sont exigés sera incitée à donner des renseignements plus exhaustifs

complete and candid discovery. This is of particular interest in an era where documentary production is of a magnitude (“litigation by avalanche”) as often to preclude careful pre-screening by the individuals or corporations making production. See *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), per Esson J.A. dissenting, at pp. 10-11.

[27] For good reason, therefore, the law imposes on the parties to civil litigation an undertaking to the court not to use the documents or answers for any purpose other than securing justice in the civil proceedings in which the answers were compelled (whether or not such documents or answers were in their origin confidential or incriminatory in nature). See *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.); *Lac d’Amiante*; *Hunt v. T & N plc*; *Shaw Estate v. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866, at para. 21; *Rayman Investments and Management Inc. v. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson v. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (Sask. C.A.); *Blake v. Hudson’s Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (Man. Q.B.); *755568 Ontario Ltd. v. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649 (Gen. Div.); *Rocca Enterprises Ltd. v. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224 (Q.B.); *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137 (F.C.A.). A number of other decisions are helpfully referenced in W. A. Stevenson and J. E. Côté, *Civil Procedure Encyclopedia* (2003), vol. 2, at pp. 42-36 *et seq.*, and C. Papile, “The Implied Undertaking Revisited” (2006), 32 *Adv. Q.* 190, at pp. 194-96.

[28] The need to protect the privacy of the pre-trial discovery is recognized even in common law jurisdictions where there is no implied undertaking. See J. B. Laskin, “The Implied Undertaking” (a paper presented to the CBA-Ontario, CLE Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991), at pp. 36-40. Rule

et honnêtes. Cela est particulièrement intéressant à une époque où la production de documents est d’une envergure telle (« litige par avalanche ») qu’elle empêche, bien souvent, les particuliers ou les entreprises devant produire les documents de procéder à une présélection approfondie. Voir *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), le juge Esson, dissident, p. 10-11.

[27] À juste titre donc, la loi impose aux parties à un litige civil un engagement envers la cour de ne pas utiliser les documents ou les réponses pour toute autre fin que la recherche de la justice dans l’instance civile au cours de laquelle ils ont été obtenus (que ces documents ou réponses aient été ou non à l’origine confidentiels ou incriminants). Voir *Home Office c. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.); *Lac d’Amiante*; *Hunt c. T & N plc*; *Shaw Estate c. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866, par. 21; *Rayman Investments and Management Inc. c. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson c. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. c. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (C.A. Sask.); *Blake c. Hudson’s Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (B.R. Man.); *755568 Ontario Ltd. c. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649 (Div. gén.); *Rocca Enterprises Ltd. c. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 224 (B.R.); *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137 (C.A.F.). On trouve des références utiles à un certain nombre d’autres décisions dans l’ouvrage de W. A. Stevenson et J. E. Côté, *Civil Procedure Encyclopedia* (2003), vol. 2, p. 42-36 et suiv., ainsi que dans l’article de C. Papile, « The Implied Undertaking Revisited » (2006), 32 *Adv. Q.* 190, p. 194-196.

[28] La nécessité de protéger le caractère privé de l’interrogatoire préalable est reconnue même dans les provinces de common law, où l’engagement implicite n’existe pas. Voir J. B. Laskin, « The Implied Undertaking » (document présenté à l’ABC-Ontario, conférence de FJP intitulée *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future*

26(c) of the United States *Federal Rules of Civil Procedure* (28 U.S.C.A.) provides that a court may, upon a showing of “good cause”, grant a protective order to maintain the confidentiality of information disclosed during discovery. The practical effect is that the courts routinely make confidentiality orders limited to pre-trial disclosure to protect a party or person being discovered “from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense”. See, e.g., *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (3d Cir. 1986).

#### B. Remedies for Breach of the Implied Undertaking

[29] Breach of the undertaking may be remedied by a variety of means including a stay or dismissal of the proceeding, or striking a defence, or, in the absence of a less drastic remedy, contempt proceedings for breach of the undertaking owed to the court. See *Lac d’Amiante*, at para. 64, and *Goodman v. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613 (Ont. C.A.), at p. 624.

#### C. Exceptional Circumstances May Trump the Implied Undertaking

[30] The undertaking is imposed in recognition of the examinee’s privacy interest, and the public interest in the efficient conduct of civil litigation, but those values are not, of course, absolute. They may, in turn, be trumped by a more compelling public interest. Thus, where the party being discovered does not consent, a party bound by the undertaking may apply to the court for leave to use the information or documents otherwise than in the action, as described in *Lac d’Amiante*, at para. 77:

Before using information, however, the party in question will have to apply for leave, specifying the purposes of using the information and the reasons why it is justified, and both sides will have to be heard on the application.

*Trends*, 19 octobre 1991), p. 36-40. La règle 26c) des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis (28 U.S.C.A.) prévoit qu’un tribunal peut, pour [TRADUCTION] « motif valable », accorder une ordonnance de protection pour préserver la confidentialité des renseignements divulgués pendant l’interrogatoire préalable. Concrètement, cela signifie que les tribunaux rendent couramment des ordonnances de confidentialité limitées à la divulgation préalable au procès pour éviter que la partie ou la personne interrogée au préalable soit [TRADUCTION] « importunée, gênée, accablée ou qu’on lui impose un fardeau trop lourd ou des frais excessifs ». Voir, p. ex., *Cipollone c. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (3d Cir. 1986).

#### B. Recours en cas de manquement à l’engagement implicite

[29] Le manquement à l’engagement peut faire l’objet de diverses mesures réparatrices, dont le sursis ou le rejet de l’instance, la radiation de la défense ou, en l’absence d’une réparation moins draconienne, une procédure pour manquement à l’engagement envers le tribunal. Voir *Lac d’Amiante*, par. 64, et *Goodman c. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613 (C.A. Ont.), p. 624.

#### C. Circonstances exceptionnelles primant l’engagement implicite

[30] L’engagement est imposé pour protéger le droit de la personne interrogée à sa vie privée ainsi que l’intérêt qu’a le public dans le déroulement efficace des litiges civils. Toutefois, ces valeurs ne sont pas absolues. Elles peuvent, à leur tour, céder le pas devant un intérêt public plus impérieux. Ainsi, en cas de non-consentement de la partie interrogée, la partie liée par l’engagement peut demander au tribunal l’autorisation d’utiliser les renseignements ou les documents pour une autre fin que celle de l’action, comme il est indiqué dans *Lac d’Amiante*, par. 77 :

Avant d’employer l’information, la partie concernée devra cependant présenter une demande à cette fin. Cette dernière précisera les buts de l’utilisation et les motifs qui la justifient et sera ensuite débattue contradictoirement.

In such an application the judge would have access to the documents or transcripts at issue.

D. *Applications Should Be Dealt with Expeditiously*

[31] The injury to Jade Doucette occurred on November 19, 2001. The police investigation was launched shortly thereafter. Almost four years ago the appellant was (briefly) arrested. Three and a half years ago the present court applications were launched. Over two years ago the appellant was examined for discovery. It is apparent that in many of these cases delay will defeat the purpose of the application. It is important that they proceed expeditiously.

E. *Criteria on the Application for a Modification or Variance of the Implied Undertaking*

[32] An application to modify or relieve against an implied undertaking requires an applicant to demonstrate to the court on a balance of probabilities the existence of a public interest of greater weight than the values the implied undertaking is designed to protect, namely privacy and the efficient conduct of civil litigation. In a case like the present, of course, there weighs heavily in the balance the right of a suspect to remain silent in the face of a police investigation, and the right not to be compelled to incriminate herself. The chambers judge took the view (I think correctly) that in this case that factor was decisive. In other cases the mix of competing values may be different. What is important in each case is to recognize that unless an examinee is satisfied that the undertaking will only be modified or varied by the court in exceptional circumstances, the undertaking will not achieve its intended purpose.

[33] Reference was made to *Crest Homes plc v. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074, where Lord Oliver said, on behalf of the House of Lords, that the authorities “illustrate no general principle beyond this, that the court will not release or modify the implied undertaking given on discovery save in special circumstances and where the release or modification will not occasion injustice to the

Dans le cadre d’une telle demande, le juge a accès aux documents et transcriptions en question.

D. *Les demandes doivent être traitées rapidement*

[31] La blessure de Jade Doucette est survenue le 19 novembre 2001. La police a ouvert une enquête peu de temps après. Il y a près de quatre ans, l’appelante a été arrêtée et détenue brièvement. Les actuelles demandes en justice ont été présentées il y a trois ans et demi. L’appelante a été interrogée au préalable il y a plus de deux ans. Il est clair que dans bon nombre de ces cas le retard vient contre-carrer l’objet de la demande. Il importe de donner rapidement suite à ces demandes.

E. *Critères à appliquer pour les demandes de modification de l’engagement implicite*

[32] La personne qui demande une modification ou une levée de l’engagement implicite doit démontrer au tribunal, selon la prépondérance des probabilités, l’existence d’un intérêt public plus important que les valeurs visées par l’engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée et le déroulement efficace du litige civil. Dans une affaire comme celle-ci, il est évident que le droit du suspect de garder le silence face aux questions des policiers et son droit de ne pas s’incriminer pèsent lourd dans la balance. Le juge en chambre estime (à bon droit, à mon avis) qu’en l’espèce ce facteur était déterminant. Dans d’autres cas, la combinaison de valeurs opposées peut être différente. Ce qui importe dans chaque cas, c’est de reconnaître que l’engagement n’atteindra pas le but visé, sauf si la personne interrogée est convaincue que le tribunal ne le modifiera que dans des circonstances exceptionnelles.

[33] On a renvoyé à l’affaire *Crest Homes plc c. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074, où lord Oliver, au nom de la Chambre des lords, a expliqué que la jurisprudence [TRADUCTION] « se borne à établir le principe général selon lequel les tribunaux n’accepteront de relever une partie de l’engagement implicite donné lors de l’enquête préalable ou de modifier cet engagement que dans des circonstances

person giving discovery” (p. 1083). I would prefer to rest the discretion on a careful weighing of the public interest asserted by the applicant (here the prosecution of a serious crime) against the public interest in protecting the right against self-incrimination as well as upholding a litigant’s privacy and promoting an efficient civil justice process. What is important is the identification of the competing values, and the weighing of one in the light of the others, rather than setting up an absolute barrier to occasioning any “injustice to the person giving discovery”. Prejudice, possibly amounting to injustice, to a particular litigant may exceptionally be held justified by a higher public interest, as in the case of the accused whose solicitor-client confidences were handed over to the police in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, a case referred to in the courts below, and discussed hereafter. Of course any perceived prejudice to the examinee is a factor that will always weigh heavily in the balance. It may be argued that disclosure to the police of the evil secrets of the psychopath at issue in *Smith v. Jones* may have been prejudicial to him but was not an “injustice” in the overall scheme of things, but such a gloss would have given cold comfort to an accused who made his disclosures in the expectation of confidentiality. If public safety trumps solicitor-client privilege despite a measure of injustice to the (unsympathetic) accused in *Smith v. Jones*, it can hardly be disputed in this jurisdiction that the implied undertaking rule would yield to such a higher public interest as well.

[34] Three Canadian provinces have enacted rules governing when relief should be given against such implied or “deemed” undertakings (see *Queen’s Bench Rules*, M.R. 553/88, r. 30.1 (Manitoba); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.1 (Ontario); *Rules of Civil Procedure*, r. 30.1 (Prince Edward Island)). I believe the test formulated therein (in identical terms) is apt as a reflection of the common law more generally, namely:

particulières et si l’exemption ou la modification ne causera aucune injustice à la partie interrogée » (p. 1083). Je préférerais que ce pouvoir discrétionnaire repose sur une pondération soigneuse de l’intérêt public invoqué par le demandeur (en l’espèce, la poursuite de l’auteur d’un crime grave) par rapport à l’intérêt qu’a le public à protéger le droit de ne pas s’incriminer, à protéger la vie privée d’une partie et à promouvoir l’efficacité de la procédure civile. L’important est de définir les valeurs opposées et d’en soulever une par rapport aux autres, au lieu d’ériger l’« injustice [à l’égard de] la partie interrogée » en barrière absolue. Le préjudice — qui peut constituer une injustice — causé à une partie peut, dans des cas exceptionnels, être considéré comme justifié par un intérêt public supérieur, comme dans l’arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, précédent invoqué devant les instances inférieures et analysé ci-après, où les confidences de l’accusé protégées par le privilège du secret professionnel de l’avocat avaient été transmises à la police. Bien entendu, tout préjudice perçu à l’égard de la personne interrogée joue toujours un grand rôle dans cette pondération. On peut arguer que la divulgation à la police des horribles secrets du psychopathe dont il est question dans *Smith c. Jones* a pu être préjudiciable à celui-ci, mais qu’il ne s’agissait pas d’une « injustice » dans le contexte général des choses; toutefois, un tel argument n’est pas très rassurant pour l’accusé qui a fait ses révélations en s’attendant à ce que la confidentialité soit respectée. Si la sécurité publique prime le privilège du secret professionnel de l’avocat malgré une certaine injustice à l’égard de l’accusé (antipathique) dans *Smith c. Jones*, on peut difficilement nier qu’au Canada la règle de l’engagement implicite cède aussi le pas à un tel intérêt public supérieur.

[34] Trois provinces canadiennes ont adopté des règles qui régissent les cas où il convient de relever une partie de l’engagement implicite ou « présumé » (voir les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 30.1 (Manitoba), les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.1 (Ontario), et les *Rules of Civil Procedure*, règle 30.1 (Île-du-Prince-Édouard)). Je crois que le critère qui y est formulé (en termes identiques) reflète bien la règle plus générale de common law :

If satisfied that the interest of justice outweighs any prejudice that would result to a party who disclosed evidence, the court may order that [the implied or “deemed” undertaking] does not apply to the evidence or to information obtained from it, and may impose such terms and give such directions as are just.

[35] The case law provides some guidance to the exercise of the court’s discretion. For example, where discovery material in one action is sought to be used in another action with the same or similar parties and the same or similar issues, the prejudice to the examinee is virtually non-existent and leave will generally be granted. See *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.J.), at pp. 265-66; *Crest Homes*, at p. 1083; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.); *Harris v. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. v. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252 (B.C.S.C.).

[36] On the other hand, courts have generally not favoured attempts to use the discovered material for an extraneous purpose, or for an action wholly unrelated to the purposes of the proceeding in which discovery was obtained in the absence of some compelling public interest. See, e.g., *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (F.C.T.D.), at p. 51. In *Livent Inc. v. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126 (S.C.J.), the court held that a non-party to the implied undertaking could in unusual circumstances apply to have the undertaking varied, but that relief in such cases would virtually never be given (p. 130).

[37] Some applications have been refused on the basis that they demonstrate precisely the sort of mischief the implied undertaking rule was designed to avoid. In *755568 Ontario*, for example, the plaintiff sought leave to send the defendant’s discovery transcripts to the police. The court concluded that the plaintiff’s strategy was to enlist the aid of the police to discover further evidence in support of

S’il est convaincu que l’intérêt de la justice l’emporte sur tout préjudice que pourrait encourir une partie qui a divulgué des éléments de preuve, le tribunal peut ordonner que [l’engagement implicite ou « présumé »] ne s’applique pas aux éléments de preuve ou aux renseignements tirés de ceux-ci, et imposer les conditions et donner les directives qu’il estime justes.

[35] La jurisprudence nous éclaire sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Par exemple, lorsque l’on cherche à utiliser, dans une seconde action, les renseignements dévoilés au cours de l’interrogatoire préalable tenu dans le cadre de la première action avec les mêmes parties ou des parties semblables et les mêmes questions en litige ou des questions semblables, le préjudice causé à la personne interrogée est quasi inexistant et l’autorisation sera généralement accordée : *Lac Minerals Ltd. c. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.J.), p. 265-266; *Crest Homes*, p. 1083; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.); *Harris c. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. c. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252 (B.C.S.C.).

[36] En revanche, les tribunaux n’ont généralement pas favorisé les tentatives d’utiliser à d’autres fins ou pour une action tout à fait étrangère à l’instance la preuve recueillie au cours de l’interrogatoire préalable, en l’absence d’intérêt public impératif. Voir, p. ex., *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), p. 51. Dans *Livent Inc. c. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126 (C.S.J.), la cour a conclu qu’une personne non partie à l’engagement implicite pourrait, dans des circonstances particulières, en demander la modification, mais que cette demande en pareils cas ne serait presque jamais accordée (p. 130).

[37] Certaines demandes ont été rejetées au motif qu’elles représentaient exactement le genre de méfait que la règle de l’engagement implicite visait à éviter. Dans *755568 Ontario*, par exemple, le demandeur sollicitait l’autorisation d’envoyer les transcriptions de l’interrogatoire préalable du défendeur à la police. La cour a conclu que la stratégie du demandeur consistait à obtenir l’aide de la

the plaintiff's claim and/or to pressure the defendant to settle (p. 655).

(i) The Balancing of Interests

[38] As stated, the onus in each case will be on the applicant to demonstrate a superior public interest in disclosure, and the court will be mindful that an undertaking should only be set aside in exceptional circumstances. In what follows I do not mean to suggest that the categories of superior public interest are fixed. My purpose is illustrative rather than exhaustive. However, to repeat, an undertaking designed in part to encourage open and generous discovery by assuring parties being discovered of confidentiality will not achieve its objective if the confidentiality is seen by reluctant litigants to be too readily set aside.

(ii) Statutory Exceptions

[39] The implied undertaking rule at common law, and in those jurisdictions which have enacted rules, more or less codifying the common law, is subject to legislative override. In the present case for example, the Attorney General of British Columbia and the Vancouver Police rely on s. 14 of the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, which provides that:

- (1) A person who has reason to believe that a child needs protection under section 13 must promptly report the matter to a director or a person designated by a director.
- (2) Subsection (1) applies even if the information on which the belief is based
  - (a) is privileged, except as a result of a solicitor-client relationship, or
  - (b) is confidential and its disclosure is prohibited under another Act.

It is apparent from the extensive police investigation to date and the appearance of the Attorneys General and the Vancouver Police in these proceedings that a report was made to the authorities. We do

police pour découvrir d'autres éléments de preuve susceptibles d'appuyer ses prétentions ou de forcer le défendeur à conclure un règlement (p. 655).

(i) La pondération des intérêts

[38] Comme nous l'avons dit, dans chaque cas, il incombera au demandeur de démontrer qu'un intérêt public supérieur justifie la divulgation et la cour sera consciente qu'un engagement ne peut être levé que dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'analyse qui suit, je ne veux pas dire par là que les catégories d'intérêt public supérieur sont figées. Mon but est de brosser un tableau illustratif et non exhaustif. Toutefois, je le répète, un engagement visant notamment à encourager une communication préalable franche et généreuse en garantissant la confidentialité aux parties interrogées ne pourra atteindre son objectif si les parties réticentes voient qu'on écarte trop facilement cette confidentialité.

(ii) Exceptions légales

[39] En common law et dans les territoires qui ont adopté des règles codifiant plus ou moins la common law, la règle de l'engagement implicite est assujettie à la dérogation législative. En l'espèce, par exemple, le procureur général de la Colombie-Britannique et la police de Vancouver ont invoqué l'art. 14 de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui prévoit :

[TRADUCTION]

- (1) La personne qui a des motifs de croire qu'un enfant a besoin de protection en vertu de l'article 13 doit renvoyer l'affaire sans tarder à un directeur ou une personne désignée par un directeur.
- (2) Le paragraphe (1) s'applique même si les renseignements sur lesquels se fonde la croyance :
  - a) sont privilégiés, sauf ceux obtenus dans le cadre d'une relation avocat-client;
  - b) sont confidentiels et que leur divulgation est interdite par une autre loi.

Il ressort pour l'heure de la longue enquête policière et des déclarations des procureurs généraux et de la police de Vancouver en l'espèce qu'un rapport a été fait aux autorités. Nous ne connaissons pas les

not know the details. Undoubtedly, a report could have been made without reference to anything said or produced at discovery. At this point the matter has proceeded beyond a mere “report” and involves the collection of evidence. This will require, in the ordinary way laid down by Parliament in s. 487 of the *Criminal Code*, the application for a search warrant or a subpoena *duces tecum* at trial, if there is a trial.

(iii) Public Safety Concerns

[40] One important public interest flagged by the chambers judge was the “public safety” issue raised by way of analogy to *Smith v. Jones*, a case dealing with solicitor-client privilege. While solicitor-client privilege constitutes an interest higher than the privacy interest at issue here, the chambers judge used the case to illustrate the relevant balancing of interests. There, a psychiatrist was retained by defence counsel to prepare an assessment of the accused for purposes of the defence generally, including potential submissions on sentencing in the event of a conviction. During his interview with the psychiatrist, the accused described in considerable detail his plan to kidnap, rape and kill prostitutes. The psychiatrist concluded the accused was a dangerous individual who would, more likely than not, commit future offences unless he received immediate psychiatric treatment. The psychiatrist wished to take his concerns to the police and applied to the court for leave to do so notwithstanding that the psychiatrist’s only access to the accused was under the umbrella of solicitor-client privilege. In such a case the accused/client would undoubtedly consider himself to be the victim of an injustice, but our Court held that the privilege yielded to “clear and imminent threat of serious bodily harm to an identifiable group . . . if this threat is made in such a manner that a sense of urgency is created” (para. 84). Further, in circumstances of “immediate and serious danger”, the police may be contacted without leave of the court (paras. 96-97). If a comparable situation arose in the context of an implied undertaking, the proper procedure would be for the concerned party to make application to a chambers judge but if, as discussed in *Smith v. Jones* there existed a situation of “immediate and

détails. Il ne fait aucun doute qu’un rapport aurait pu être préparé sans égard à ce qui a été dit ou produit lors de l’enquête préalable. À ce stade, l’affaire repose sur plus qu’un simple « rapport » et suppose la collecte d’éléments de preuve. Il faudra présenter, selon la procédure habituelle établie par le législateur à l’art. 487 du *Code criminel*, une demande de mandat de perquisition, ou de subpoena *duces tecum* au procès, si un procès a lieu.

(iii) Sécurité publique

[40] Le juge en chambre a signalé un intérêt public important, soit la question de la « sécurité publique » soulevée par analogie avec l’affaire *Smith c. Jones*, portant sur le privilège du secret professionnel de l’avocat. Même si ce privilège constitue un intérêt supérieur au droit à la vie privée dont il est question en l’espèce, le juge en chambre a utilisé l’affaire pour illustrer la pondération appropriée des intérêts. Dans cette affaire, l’avocat de la défense avait retenu les services d’un psychiatre pour évaluer l’accusé afin de préparer la défense, y compris éventuellement les observations relatives à la peine dans l’hypothèse d’une déclaration de culpabilité. Durant son entrevue avec le psychiatre, l’accusé a décrit avec un luxe de détails le plan qu’il avait élaboré pour enlever, violer et tuer des prostituées. Le psychiatre a conclu que l’accusé était un individu dangereux qui commettrait probablement d’autres crimes s’il ne recevait pas un traitement psychiatrique immédiat. Il voulait faire part de ses inquiétudes à la police et il a demandé une autorisation en ce sens à la cour même si sa rencontre avec l’accusé s’était déroulée uniquement sous le sceau du privilège du secret professionnel de l’avocat. Dans un tel cas, l’accusé/le client se considérait sans nul doute comme la victime d’une injustice, mais la Cour a déclaré que le privilège cédait le pas devant une « menace claire et imminente de blessures graves dirigée contre un groupe identifiable [. . .] faite de manière à inspirer un sentiment d’urgence » (par. 84). De plus, en cas de « danger grave et immédiat », il est possible de communiquer avec la police sans autorisation du tribunal (par. 96-97). Si une situation comparable survenait dans le contexte d’un engagement implicite, la procédure à suivre consisterait pour la

serious danger”, the applicant would be justified in going directly to the police, in my opinion, without a court order.

(iv) Impeaching Inconsistent Testimony

[41] Another situation where the deponent’s privacy interest will yield to a higher public interest is where the deponent has given contradictory testimony about the same matters in successive or different proceedings. If the contradiction is discovered, the implied undertaking rule would afford no shield to its use for purposes of impeachment. In provinces where the implied undertaking rule has been codified, there is a specific provision that the undertaking “does not prohibit the use of evidence obtained in one proceeding, or information obtained from such evidence, to impeach the testimony of a witness in another proceeding”: see Manitoba r. 30.1(6), Ontario r. 30.1.01(6), Prince Edward Island r. 30.1.01(6). While statutory, this provision, in my view, also reflects the general common law in Canada. An undertaking implied by the court (or imposed by the legislature) to make civil litigation more effective should not permit a witness to play games with the administration of justice: *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76. Any other outcome would allow a person accused of an offence “[w]ith impunity [to] tailor his evidence to suit his needs in each particular proceeding” (*R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (Ont. S.C.J.), at paras. 49-51).

(v) The Suggested “Crimes” Exception

[42] As stated, Kirkpatrick J.A. concluded that “the undertaking in the action cannot form a shield from the detection and prosecution of crimes in

partie concernée à présenter une demande au juge en chambre. Toutefois, comme il est mentionné dans *Smith c. Jones*, en cas de « danger grave et immédiat », le demandeur serait fondé, à mon avis, à s’adresser directement à la police, sans ordonnance judiciaire.

(iv) Mise en cause de la crédibilité d’un témoignage contradictoire

[41] Une autre situation où le droit du déposant à sa vie privée cédera le pas devant un intérêt public supérieur est celle où le déposant a fourni un témoignage contradictoire sur les mêmes questions dans des instances successives ou différentes. Si l’on découvre la contradiction, la règle de l’engagement implicite ne pourrait en empêcher l’utilisation pour attaquer la crédibilité du déposant. Dans les provinces où l’on a codifié cette règle, il existe une disposition précise qui prévoit que l’engagement « n’a pas pour effet d’interdire l’utilisation d’éléments obtenus au cours d’une instance ou de renseignements tirés de ces éléments afin que soit attaquée la crédibilité d’une personne qui témoigne dans une autre instance » : voir la règle 30.1(6) des Règles du Manitoba et la règle 30.1.01(6) des Règles de l’Ontario et des Règles de l’Île-du-Prince-Édouard. À mon avis, cette disposition législative reflète aussi les principes généraux de common law au Canada. Un engagement implicitement reconnu par le tribunal (ou imposé par le légistateur) dans le but de rendre un litige civil plus efficace ne doit pas permettre à un témoin de jouer au plus fin avec l’administration de la justice : *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76. Autrement, une personne accusée d’avoir commis une infraction pourrait [TRADUCTION] « [e]n toute impunité façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance » (*R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (C.S.J. Ont.), par. 49-51).

(v) L’exception « en cas de crimes » proposée

[42] Comme nous l’avons vu, le juge Kirkpatrick a conclu que [TRADUCTION] « l’engagement dans la présente action ne peut protéger contre la détection

which the public has an overriding interest” (para. 48). In her view,

a party obtaining production of documents or transcriptions of oral examination of discovery is under a general obligation, in most cases, to keep such document confidential. A party seeking to use the discovery evidence other than in the proceedings in which it is produced must obtain the permission of the disclosing party or leave of the court. However, the obligation of confidentiality does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct. On the other hand, non-*bona fide* disclosure of alleged criminal conduct would attract serious civil sanctions for contempt. [para. 56]

[43] The chambers judge put his finger on one of the serious difficulties with such an exception. He wrote:

... considerations of practicality support keeping evidence of crimes within the scope of the undertaking. In this regard, it should be understood that evidence relating to a crime may vary from mere suspicion to blatant admissions, from peripheral clues to direct evidence, from minor offences to the most heinous. There are also many shades and variations in between these extremes. [para. 27]

This difficulty is compounded by the fact that parties to civil litigation are often quick to see the supposed criminality in what their opponents are up to, or at least to appreciate the tactical advantage that threats to go to the police might achieve, and to pose questions to the examinee to lay the basis for such an approach: see *755568 Ontario*, at p. 656. The rules of discovery were not intended to constitute litigants as private attorneys general.

[44] The chambers judge took the view that “leaving the discretionary power of exemption or variation with the courts is preferable to giving litigants the power to report to the police, without a court order, anything that might relate to a criminal offence” (para. 27). I agree. On such an application the court will be able to weigh against the examinee’s privacy interest the seriousness of the offence alleged, the “evidence” or admissions said

du crime et la poursuite des criminels, domaines où l’intérêt du public est prédominant » (par. 48). À son avis,

[TRADUCTION] la partie qui obtient la production de documents ou de transcriptions de l’interrogatoire préalable a l’obligation générale, dans la plupart des cas, d’en préserver la confidentialité. La partie qui cherche à utiliser la preuve recueillie lors de l’interrogatoire préalable dans une instance autre que celle durant laquelle elle a été présentée doit en obtenir l’autorisation de la partie qui a divulgué les renseignements ou du tribunal. Toutefois, l’obligation de confidentialité ne s’applique pas à la divulgation de bonne foi d’un comportement criminel et la divulgation de mauvaise foi d’un comportement criminel présumé entraînerait des sanctions sévères pour outrage. [par. 56]

[43] Le juge en chambre a relevé une des difficultés majeures liées à cette exception :

[TRADUCTION] ... des considérations d’ordre pratique justifient l’application de l’engagement à la preuve de crimes. À ce sujet, il faut bien comprendre que la preuve afférente à un crime peut aller du simple soupçon à l’aveu flagrant, de l’indice secondaire à la preuve directe ou de l’infraction mineure à la plus odieuse. Il y a également plusieurs nuances et variantes entre ces extrêmes. [par. 27]

Cette difficulté est accrue du fait que les parties à un litige civil sont souvent promptes à voir la criminalité présumée dans ce que fait la partie adverse, ou du moins à comprendre que la menace de faire appel à la police peut leur donner un avantage tactique, et à poser à la personne interrogée les questions qui serviront de fondement à l’exception : voir *755568 Ontario*, p. 656. Les règles régissant l’enquête préalable ne visaient pas à transformer les parties au litige en procureurs généraux privés.

[44] Le juge en chambre a estimé [TRADUCTION] « qu’il vaut mieux laisser aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de relever une partie de l’engagement ou de modifier cet engagement plutôt que de donner aux parties le pouvoir de communiquer à la police, sans ordonnance judiciaire, tout renseignement susceptible de se rapporter à un crime » (par. 27). Je suis d’accord. Saisi d’une telle demande, le tribunal sera en mesure, au regard du droit de

to be revealed in the discovery process, the use to which the applicant or police may put this material, whether there is evidence of malice or spite on the part of the applicant, and such other factors as appear to the court to be relevant to the exercise of its discretion. This will include recognition of the potential adverse effects if the protection of the implied undertaking is seen to be diluted or diminished.

[45] Kirkpatrick J.A. noted that in some circumstances

neither party has an interest in or is willing to seek court ordered relief from the disclosure of information under the undertaking or otherwise. Nor does it [the chambers judge's approach] contemplate non-exigent circumstances of disclosed criminal conduct. It is easy to imagine a situation in which criminal conduct is disclosed in the discovery process, but no one apprehends that immediate harm is likely to result. [para. 55]

This is true, but it presupposes that the police are entitled to be handed a transcript of statutorily compelled answers which they themselves have no authority to compel, thereby using the civil discovery process to obtain indirectly what the police have no right to obtain directly. Such a rule, if accepted, would undermine the freedom of a suspect to cooperate or refuse to cooperate with the police, which is an important element of our criminal law.

[46] In reaching her decision, Kirkpatrick J.A. relied on *dicta* of the House of Lords in *Rank Film Distributors Ltd. v. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380. Lord Fraser said:

If a defendant's answers to interrogatories tend to show that he has been guilty of a serious offence I cannot think that there would be anything improper in his opponent reporting the matter to the criminal authorities with a view to prosecution, certainly if he had first obtained leave from the court which ordered the interrogatories, and probably without such leave. [p. 447]

la personne interrogée à sa vie privée, d'apprécier la gravité de l'infraction présumée, la « preuve » que constituent les aveux supposément faits lors de l'enquête préalable, l'utilisation que peut en faire le demandeur ou la police, la preuve de malveillance ou de vengeance de la part du demandeur, et d'autres facteurs que le tribunal estimera pertinents dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cette analyse englobe l'identification des effets préjudiciables potentiels dans le cas où la protection de l'engagement implicite est perçue comme étant atténuée ou diminuée.

[45] La juge Kirkpatrick a fait remarquer que dans certaines circonstances

[TRADUCTION] aucune des parties n'a intérêt ou n'est disposée à demander une exemption judiciaire eu égard à la divulgation de renseignements protégés par l'engagement ou autrement. Elle [l'approche du juge en chambre] ne prévoit pas non plus l'absence d'urgence à divulguer le comportement criminel. Il est facile d'imaginer une situation où un comportement criminel est divulgué lors de l'enquête préalable sans que personne ne craigne le préjudice immédiat qui risque d'en résulter. [par. 55]

C'est vrai, mais cela présuppose que la police peut se voir remettre une transcription des réponses requises par la loi qu'elle-même n'a pas le droit d'exiger, utilisant ainsi la procédure civile de communication préalable pour obtenir indirectement ce qu'elle ne peut obtenir directement. Une telle règle, si elle était acceptée, porterait atteinte à la liberté du suspect de collaborer ou de refuser de collaborer avec la police, ce qui est un élément important de notre droit criminel.

[46] Pour rendre sa décision, la juge Kirkpatrick s'est fondée sur les opinions incidentes de la Chambre des lords dans *Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380. Lord Fraser a déclaré :

[TRADUCTION] Si les réponses d'un défendeur pendant les interrogatoires tendent à démontrer qu'il s'est rendu coupable d'un crime grave, je ne pense pas qu'il serait irrégulier que la partie adverse signale l'affaire aux autorités aux fins de poursuite, surtout si elle avait d'abord obtenu l'autorisation du tribunal qui a ordonné les interrogatoires, et probablement même sans une telle autorisation. [p. 447]

These observations, however, must be read in light of the fact that in England, unlike British Columbia, there existed at the time (since amended) “a privilege against compulsory self-incrimination by discovery or by answering interrogatories” (p. 446). There was thus absent from the English procedure the very foundation of the appellant’s case, namely that she had *no* right to refuse to answer questions on discovery that might incriminate her, because she was obliged by statute to give the truth, the whole truth and nothing but the truth.

[47] It is true that solicitor-client privilege includes a “crimes” exception, but here again there is no proper analogy to an implied undertaking. In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Dickson J. observed:

... if a client seeks guidance from a lawyer in order to facilitate the commission of a crime or a fraud, the communication will not be privileged and it is immaterial whether the lawyer is an unwitting dupe or knowing participant. [p. 835]

See also *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565. Abuse of solicitor-client privilege to facilitate criminality is contrary to its purpose. Adoption of the implied undertaking to facilitate full disclosure on discovery *even by crooks* is of the very essence of its purpose. In England, the weight of authority now seems to favour requiring leave of the court where the protected material relates to alleged criminality. See *Attorney-General for Gibraltar v. May*, [1999] 1 W.L.R. 998 (C.A.), at pp. 1007-8; *Bank of Crete S.A. v. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919 (Ch. D.), at p. 922; *Sybron Corp. v. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299, at p. 326. The same practice prevails in Australia: *Bailey v. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476 (S.C.); *Commonwealth v. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282.

[48] In reaching her conclusion, Kirkpatrick J.A. rejected the view expressed in 755568 *Ontario*

Il faut toutefois lire ces observations en tenant compte du fait qu’en Angleterre, contrairement à la Colombie-Britannique, il existait alors un privilège (modifié depuis) [TRADUCTION] « contre l’auto-incrimination forcée par voie d’interrogatoire préalable ou de réponses aux interrogatoires » (p. 446). Le fondement même de la cause de l’appelante n’existait donc pas dans la procédure anglaise, à savoir qu’elle n’avait *aucun* droit de refuser, lors de l’interrogatoire préalable, de répondre aux questions susceptibles de l’incriminer, car elle était tenue de par la loi de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité.

[47] Il est vrai que le privilège du secret professionnel de l’avocat englobe l’exception « en cas de crimes », mais, là encore, il n’y a pas d’analogie possible avec l’engagement implicite. Dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, le juge Dickson a fait remarquer :

... si un client consulte un avocat pour pouvoir pépérer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n’est pas privilégiée et il importe peu que l’avocat soit une dupe ou un participant. [p. 835]

Voir aussi *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565. L’abus du privilège du secret professionnel de l’avocat dans le but de faciliter la commission d’un acte criminel va à l’encontre de son objet. L’adoption de l’engagement implicite dans le but de faciliter la divulgation complète lors de l’interrogatoire préalable *même de la part d’escrocs* constitue l’essence même de son objet. En Angleterre, la jurisprudence semble maintenant exiger l’obtention d’une autorisation du tribunal lorsque les documents protégés se rapportent à un acte criminel présumé. Voir *Attorney-General for Gibraltar c. May*, [1999] 1 W.L.R. 998 (C.A.), p. 1007-1008; *Bank of Crete S.A. c. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919 (Ch. D.), p. 922; *Sybron Corp. c. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299, p. 326. Il en va de même en Australie : *Bailey c. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476 (S.C.); *Commonwealth c. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282.

[48] Pour arriver à sa conclusion, la juge Kirkpatrick a rejeté l’opinion exprimée dans

and *Perrin v. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL) (S.C.J.), that the public interest in investigating possible crimes is *not* in all cases sufficient to relieve against the undertaking. It is inherent in any balancing exercise that one interest will not always and in every circumstance prevail over other interests. It will depend on the facts. In *Tyler v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 68 (C.A.), in a somewhat analogous situation of statutory compulsion, the appellant was charged with narcotics offences. Revenue Canada, on reading about the charges in a newspaper, began to investigate the possibility that the appellant had not reported all of his income in earlier years. The Minister invoked his statutory powers to compel information from the appellant, who sought to prevent the Minister from communicating any information thereby obtained to the RCMP. Stone J.A., speaking for a unanimous Federal Court of Appeal, agreed that the Minister should be permitted to continue using his compulsory audit for *Income Tax Act* purposes but prohibited the Minister from sharing the information compulsorily obtained from the appellant with the RCMP. Stone J.A. was of the view that the prosecution of crime did not necessarily trump a citizen's privacy interest in the disclosure of statutorily compelled information and I agree with him.

[49] The B.C. Court of Appeal qualified its "crimes" exception by the requirement that the communication to the police be made in good faith. Aside from the difficulties in applying such a requirement, as previously mentioned, I do not see how a "good faith" requirement is consistent with the court's rationale for granting relief against the undertaking. If, as the hypothesis requires, it is determined in a particular case that the public interest in investigating a crime and bringing the perpetrators to justice is paramount to the examinee's privacy interest, the good faith of the communication should no more be an issue here than in the case of any other informant. Informants are valued for what they can tell not for their worthy motives.

755568 *Ontario et Perrin c. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL) (C.S.J.), selon laquelle l'intérêt du public à ce que des crimes possibles fassent l'objet d'une enquête *ne* suffit *pas* toujours pour justifier l'exception à l'engagement. Il est inhérent à l'exercice de pondération qu'un intérêt ne prime pas toujours les autres. Tout dépend des faits. Dans *Tyler c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 68 (C.A.), dans une situation assez semblable d'obligation légale, l'appelant était accusé d'infractions en matière de stupéfiants. Revenu Canada, après avoir pris connaissance des accusations dans un journal, a ouvert une enquête pour déterminer si l'appelant n'avait pas déclaré l'intégralité de son revenu les années précédentes. Le ministre s'est appuyé sur les pouvoirs que lui confère la loi pour obliger l'appelant à lui fournir des renseignements, et celui-ci a cherché à empêcher le ministre de communiquer à la GRC tout renseignement ainsi obtenu. Le juge Stone, au nom de la Cour d'appel fédérale à l'unanimité, a convenu qu'il fallait permettre au ministre de poursuivre sa vérification obligatoire pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais il lui a interdit de communiquer à la GRC les renseignements obtenus contre le gré de l'appelant. Il estime que, dans le cadre de la divulgation de renseignements exigés par la loi, la lutte contre le crime n'éclipse pas nécessairement le droit d'un citoyen à sa vie privée. Je partage son avis.

[49] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a restreint la portée de l'exception « en cas de crimes » en exigeant que la communication à la police soit faite de bonne foi. À part les difficultés que suscite l'application d'une telle exigence, comme nous l'avons mentionné, je ne vois pas comment exiger la « bonne foi » est compatible avec le raisonnement qui doit fonder une exemption judiciaire. Si, comme le veut l'hypothèse, il est établi dans une affaire donnée que l'intérêt du public à ce qu'un crime fasse l'objet d'une enquête et à ce que les auteurs soient traduits en justice prévaut sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, on ne devrait pas tenir compte de la bonne foi de la communication, pas plus que dans le cas de tout autre dénonciateur. Les dénonciateurs sont appréciés pour ce qu'ils savent et non pour la pureté de leurs motifs.

[50] Finally, Kirkpatrick J.A. feared that

if an application to court is required before a party may disclose the alleged conduct, the perpetrator of the crime may be notified of the disclosure and afforded the opportunity to destroy or hide evidence or otherwise conceal his or her involvement in the alleged crime. [para. 55]

This concern is largely remedied by permitting the party wishing to be relieved of the obligation of confidentiality to apply to the court *ex parte*. It would be up to the chambers judge to determine whether the circumstances justify proceeding *ex parte*, or whether the deponent and other parties to the proceeding should be notified of the application.

F. *Continuing Nature of the Implied Undertaking*

[51] As mentioned earlier, the lawsuit against the appellant and others was settled in 2006. As a result the appellant was not required to give evidence at a civil trial; nor were her examination for discovery transcripts ever read into evidence. The transcripts remain in the hands of the parties and their lawyer. Nevertheless, the implied undertaking continues. The fact that the settlement has rendered the discovery moot does not mean the appellant's privacy interest is also moot. The undertaking continues to bind. When an adverse party incorporates the answers or documents obtained on discovery as part of the court record at trial the undertaking is spent, but not otherwise, except by consent or court order. See *Lac d'Amiante*, at paras. 70 and 76; *Shaw Estate v. Oldroyd*, at paras. 20-22. It follows that decisions to the contrary, such as the decision of the House of Lords in *Home Office v. Harman* (where a narrow majority held that the implied undertaking not to disclose documents obtained on discovery continued even after the documents in question had been read aloud in open court), should not be followed in this country. The effect of the *Harman* decision has been reversed by a rule change in its country of origin.

[50] Enfin, la juge Kirkpatrick craignait que

[TRADUCTION] s'il est nécessaire de présenter une demande au tribunal pour qu'une partie puisse divulguer le comportement présumé, l'auteur du crime pourra être ainsi avisé de la divulgation et avoir l'occasion de détruire ou de cacher des éléments de preuve ou de dissimuler autrement sa participation au crime reproché. [par. 55]

Cette crainte est largement atténuée si l'on permet à la partie désirant être libérée de l'obligation de confidentialité de s'adresser au tribunal *ex parte*. Il appartiendrait alors au juge en chambre de déterminer si les circonstances justifient une instance *ex parte*, ou si le déposant et les autres parties à l'instance devraient être avisés de la demande.

F. *La continuité de l'engagement implicite*

[51] Comme nous l'avons vu, la poursuite contre l'appelante et les autres parties au litige a fait l'objet d'un règlement en 2006. L'appelante n'était donc plus tenue de témoigner à un procès civil et les transcriptions de son interrogatoire préalable n'ont jamais été présentées en preuve. Les transcriptions restent en la possession des parties et de leur avocat. Néanmoins, l'engagement implicite demeure. Le fait que le règlement a rendu l'interrogatoire préalable théorique ne signifie pas que le droit de l'appelante à sa vie privée est également privé d'objet. L'engagement est toujours obligatoire. Lorsqu'une partie adverse verse les réponses ou documents obtenus pendant l'interrogatoire préalable en preuve au procès, l'engagement ne s'applique plus, mais seulement dans ce cas, si ce n'est avec le consentement de la personne interrogée ou par suite d'une ordonnance judiciaire. Voir *Lac d'Amiante*, par. 70 et 76; *Shaw Estate c. Oldroyd*, par. 20-22. Par conséquent, les tribunaux canadiens ne devraient pas appliquer les décisions contraires, telles que la décision de la Chambre des lords *Home Office c. Harman*, où une faible majorité a conclu que l'engagement implicite de ne pas divulguer des documents obtenus pendant l'enquête préalable demeure même après la lecture à haute voix de ces documents à l'audience. L'effet de la décision dans *Harman* a été neutralisé par une modification de la règle dans son pays d'origine.

G. *Who Is Entitled to Notice of an Application to Modify or Vary the Implied Undertaking?*

[52] While the issue of notice will be for the chambers judge to decide on the facts of any particular case, I do not think that in general the police are entitled to notice of such an application. Nor are the media. The only parties with a direct interest, other than the applicant, are the deponent and the other parties to the litigation.

H. *Application to Modify or Vary an Implied Undertaking by Strangers to It*

[53] I would not preclude an application to vary an undertaking by a non-party on the basis of standing, although I agree with *Livent Inc. v. Drabinsky* that success on such an application would be unusual. What has already been said provides some illustrations of potential third party applicants. In this case the Attorney General of British Columbia, supported by the Vancouver Police, demonstrated a sufficient interest in the appellant's transcripts to be given standing to apply. Their objective was to obtain evidence that would help explain the events under investigation, and possibly to incriminate the appellant. I think it would be quite wrong for the police to be able to take advantage of statutorily compelled testimony in civil litigation to undermine the appellant's right to silence and the protection against self-incrimination afforded her by the criminal law. Accordingly, in my view, the present application was rightly dismissed by the chambers judge. On the other hand, a non-party engaged in *other* litigation with an examinee, who learns of potentially contradicting testimony by the examinee in a discovery to which that other person is not a party, would have standing to seek to obtain a modification of the implied undertaking and for the reasons given above may well succeed. Of course if the undertaking is respected by the parties to it, then non-parties will be unlikely to possess enough information to make an application for a variance in the first place that is other than a fishing expedition. But the possibility of third party applications exists, and where duly made the competing interests will have to be weighed, keeping in mind that an undertaking too readily set aside sends the

G. *Qui a le droit d'être avisé de la demande de modification de l'engagement implicite?*

[52] Même s'il appartient au juge en chambre de trancher la question de l'avis compte tenu des faits de l'espèce, je ne pense pas que la police ait généralement le droit d'être avisée d'une telle demande, pas plus que les médias. Les seules parties ayant un intérêt direct, autre que le demandeur, sont le déposant et les autres parties au litige.

H. *Demande de modification d'un engagement implicite présentée par un tiers*

[53] Je n'écarterais pas, pour absence de qualité pour agir, la demande de modification d'un engagement que présenterait un tiers, mais je conviens avec *Livent Inc. c. Drabinsky* que généralement une telle demande ne serait pas accordée. Ce qui a déjà été dit donne quelques exemples des éventuels demandeurs non parties à l'instance. En l'espèce, le procureur général de la Colombie-Britannique, appuyé par la police de Vancouver, a démontré un intérêt suffisant à l'égard des transcriptions des déclarations de l'appelante pour avoir qualité pour présenter une demande. Leur objectif était d'obtenir des éléments de preuve permettant d'expliquer les événements visés par l'enquête et peut-être d'incriminer l'appelante. Il serait vraiment injustifié, à mon sens, que la police puisse profiter d'un témoignage exigé par la loi en matière civile pour compromettre le droit de l'appelante de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination qui lui sont reconnus en droit criminel. Par conséquent, c'est à juste titre, à mon avis, que le juge en chambre a rejeté l'actuelle demande. Par ailleurs, un tiers qui est partie à un *autre* litige avec la personne interrogée et qui apprend le témoignage potentiellement contradictoire qu'elle a donné lors d'un interrogatoire préalable auquel il n'est pas partie aurait qualité pour demander une modification de l'engagement implicite et pourrait bien obtenir gain de cause pour les raisons déjà indiquées. Évidemment, si les parties à l'engagement en respectent les conditions, les tiers ne posséderont vraisemblablement pas suffisamment d'information de toute façon, à part celle obtenue par recherche aléatoire, pour demander

message that such undertakings are unsafe to be relied upon, and will therefore not achieve their broader purpose.

### I. *Use Immunity*

[54] Reference was earlier made to the fact that at her discovery the appellant claimed the benefit of s. 5 of the *Canada Evidence Act* which eliminates the right formerly enjoyed by a witness to refuse to answer “any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person” (s. 5(1)). Answers given under objection, however, “shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury” (s. 5(2)). Similar protection is provided under s. 4 of the *British Columbia Evidence Act*. Section 13 of the *Charter* applies without need of objection. Derivative use immunity is a question for the criminal court at any trial that may be held: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at paras. 191-92 and 204. The appellant’s statutory or *Charter* rights are not in peril in the present appeal and her claims to *Charter* relief at this stage were properly dismissed.

### J. *Implied Undertaking Is No Bar to Persons Not a Party to It*

[55] None of the parties to the original civil litigation applied to vary the undertaking. Neither the Attorneys General nor the police are parties to the implied undertaking and they are not bound by its terms. If the police, as strangers to the undertaking, have grounds, they can apply for a search warrant under s. 487 of the *Criminal Code* in the ordinary way.

une modification. Mais il reste possible que des tiers fassent une demande. Si elle est présentée en bonne et due forme, il faudra soupeser les intérêts opposés, en tenant compte du fait qu’un engagement écarté trop facilement donne l’impression qu’il est risqué de s’y fonder et ne permettra pas de réaliser son vaste objectif.

### I. *Immunité contre l’utilisation de la preuve*

[54] Nous avons mentionné précédemment le fait que l’appelante, lors de son interrogatoire préalable, a invoqué la protection de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui écarte le droit dont jouissait auparavant un témoin de refuser de répondre « à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l’incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit » (par. 5(1)). Toutefois, la réponse que donne un témoin malgré son objection « ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure » (par. 5(2)). Une protection semblable est prévue à l’art. 4 de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique. L’article 13 de la *Charte* s’applique sans qu’il soit nécessaire de soulever une objection. L’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée est une question pouvant être soulevée dans tout procès devant un tribunal criminel : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 191, 192 et 204. Les droits de l’appelante prévus par la loi ou garantis par la *Charte* ne sont pas menacés dans le présent pourvoi et à ce stade, ses demandes fondées sur la *Charte* ont été rejetées à bon droit.

### J. *L’engagement implicite ne s’applique pas aux tiers*

[55] Aucune des parties à l’instance civile initiale n’a demandé une modification de l’engagement. Les procureurs généraux et la police ne sont pas parties à l’engagement implicite et ils ne sont pas soumis à ses conditions. Si la police, à titre de tiers, a des motifs, elle peut demander, par voie habituelle, un mandat de perquisition en vertu de l’art. 487 du *Code criminel*.

[56] The appellant's discovery transcript and documents, while protected by an implied undertaking of the parties to the court, are not themselves privileged, and are not exempt from seizure: *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), at para. 35. A search warrant, where available, only gives the police access to the material. It does not authorize its use of the material in any proceedings that may be initiated.

[57] If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant's *Charter* rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal.

#### K. *Disposition of the Present Appeal*

[58] As stated, none of the parties bound by the implied undertaking made application to the court to be relieved from its obligations. The application is made solely by the Attorney General of British Columbia to permit

any person in lawful possession of the transcript to provide a copy to the police or to the Attorney-General to assist in the investigation and/or prosecution of any criminal offence which may have occurred. [B.C.S.C., at para. 6]

While I would not deny the Attorney General standing to seek to vary an implied undertaking to which he is not a party, I agree with the chambers judge that his application should be rejected on the facts of this case. The purpose of the application was to sidestep the appellant's silence in the face of police investigation of her conduct. The authorities should not be able to obtain indirectly a transcript which they are unable to obtain directly through a search warrant in the ordinary way because they lack the grounds to justify it.

[56] La transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante et les documents obtenus pendant l'interrogatoire sont protégés par un engagement implicite des parties envers la cour, mais ils ne sont pas eux-mêmes privilégiés ni insaisissables : *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), par. 35. Un mandat de perquisition de la police, s'il est disponible, ne fait que donner accès aux documents. Il n'en autorise pas l'utilisation dans toute instance susceptible d'être introduite.

[57] Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpoena *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions qu'il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l'appelante garantis par la *Charte* et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce.

#### K. *Décision*

[58] Comme nous l'avons vu, aucune des parties soumise à l'engagement implicite n'a demandé à la cour d'être libérée de ses obligations. La demande est présentée uniquement par le procureur général de la Colombie-Britannique et vise à permettre à

[TRADUCTION] toute personne en possession légitime de la transcription d'en transmettre une copie à la police ou au procureur général pour aider au déroulement de l'enquête et/ou à la poursuite de toute infraction criminelle susceptible d'avoir été commise. [C.S.C.-B., par. 6]

Je ne contesterais pas au procureur général la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie, mais je conviens avec le juge en chambre que sa demande doit être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. Le but de la demande est de contourner le droit de l'appelante de garder le silence lors de l'enquête policière sur sa conduite. Les autorités ne devraient pas pouvoir se procurer indirectement une transcription qu'elles ne peuvent obtenir directement au moyen d'un mandat de perquisition habituel faute de motifs suffisants.

IV. Disposition

[59] I would allow the appeal with costs to the appellant both here and in the courts below.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Chief Constable of the Vancouver Police Department: City of Vancouver, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

IV. Décision

[59] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelante devant la Cour et les instances inférieures.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé le chef du service de police de Vancouver : Ville de Vancouver, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*