
COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION
DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA
CONSTRUCTION

MADAME PAULINE MAROIS

Liste des autorités

AUTORITÉS	ONGLETS
<i>Morneault c Canada (Procureur général)</i> , [2001] 1 RCF 30 (CAF);	1
Charles-Maxime Panaccio, « La détermination des faits et de la responsabilité par les commissions d'enquête » dans <i>Colloque sur les organismes d'enquête</i> , Cowansville, Yvon Blais, 2009, 91;	2
<i>Mahon v Air New Zealand Ltd</i> , [1984] 1 AC 808 (CP);	3
Ed Ratushny, <i>The Conduct of Public Inquiries: Law, Policy and Practice</i> , Toronto, Irwin Law, 2009;	4
<i>Canada (Procureur général) c Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)</i> , [1997] 3 RCS 440;	5
<i>Beaulieu c Charbonneau</i> , 2013 QCCS 4629, conf 2013 QCCA 2056;	6
Simon Ruel, <i>The Law of Public Inquiries in Canada</i> , Toronto, Carswell, 2010;	7
<i>Magasins à rayons Peoples c Wise</i> , [2004] 3 RCS 46;	8

Montréal, le 9 juillet 2015

(s) Woods s.e.n.c.r.l.

Woods s.e.n.c.r.l.

Procureurs de Madame Pauline Marois

Onglet 1

2000 CarswellNat 3282

Cour fédérale du Canada — Cour d'appel

Morneault c. Canada (Procureur général)

2000 CarswellNat 3282, 2000 CarswellNat 980, [2000] F.C.J. No. 705, [2001] 1 F.C. 30, 184
F.T.R. 15 (note), 189 D.L.R. (4th) 96, 256 N.R. 85, 32 Admin. L.R. (3d) 292, 97 A.C.W.S. (3d) 588

Le procureur général du Canada, (appellant) c. Le Lieutenant-Colonel Paul R. Morneault, (intimé)

juges Stone, Strayer et Robertson, J.C.A.

Sujet: Civil Practice and Procedure; Public

Classifications d'Abridgment connexes

Pour toutes les classifications du Canadian Abridgment pertinentes, reportez-vous au plus haut niveau de cause dans l'historique.

Résumé

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Le juge des requêtes a statué que les déclarations générales quant à la crédibilité des témoins et à la condamnation du personnel dont la conduite est reprochée ne s'appliquent pas à l'intimé; que les conclusions relatives à la faute imputée à l'intimé sont invalides — L'obtention d'un jugement déclaratoire est possible, peu importe que le rapport d'une commission d'enquête soit considéré comme n'ayant « aucune conséquence légale » — C'est parce que la réputation de l'intimé est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale — Les Règles de la Cour fédérale (1998) prévoient l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation puisse être en conséquence demandée ou non — Même si un jugement déclaratoire ne portait pas atteinte à un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé — Les jugements déclaratoires portant que les déclarations générales ne s'appliquent pas à l'intimé sont confirmés — Le juge des requêtes a appliqué la norme de la décision manifestement déraisonnable, requérant que la décision soit étayée par des éléments de preuve — Il est préférable d'examiner les conclusions tirées par une commission d'enquête en se demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve — Le dossier renferme des éléments de preuve à l'appui des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayées.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le juge des requêtes a conclu que la Cour avait compétence pour examiner les conclusions tirées par une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie parce qu'il s'agit de « décisions » au sens de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale — Le juge des requêtes a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie était semblable à celle qui s'applique dans une cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des « décisions » — Les similitudes qui existent sur le plan de la procédure ne constituent pas un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'art. 18.1(4)d) — Cependant, le contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1 n'est pas limité à « une décision ou une ordonnance » — L'art. 18.1(1) permet à « quiconque est directement touché » de solliciter le contrôle judiciaire — Une question autre qu'une décision peut également être examinée — La réputation de l'intimé est directement touchée par les conclusions — La Cour doit être en mesure de déterminer si les conclusions sont justifiables compte tenu de la preuve — La Commission est visée par la définition d'« office fédéral » prévue à l'art. 2(1) — Son mandat lui a été dévolu par un décret et ses pouvoirs d'enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la Loi sur les enquêtes — Si les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l'art. 18.1 une mesure peut être prise en vertu de l'art. 18.1(3), à condition qu'un motif justifiant

la prise de cette mesure soit établi en vertu de l'art. 18.1(4) — Une conclusion non étayée tirée par la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l'art. 18.1(4)b) (non-respect d'un principe de justice naturelle ou de l'équité procédurale) — La jurisprudence n'a pas limité l'application de ces principes aux audiences qui aboutissent à une décision ou à une ordonnance — La justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions ne sont pas étayées par la preuve.

Enquêtes — L'art. 13 de la Loi sur les enquêtes prévoit que la personne incriminée doit être informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle doit avoir la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat — L'intimé a reçu signification d'un préavis en vertu de l'art. 13 — Cela est amplifié par le fait qu'une lettre informait l'intimé qu'on se pencherait dans le Rapport final sur les allégations selon lesquelles il aurait fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission du Régiment aéroporté du Canada en Somalie — D'autres précisions ont été fournies par la suite — Le juge des requêtes a conclu qu'un préavis en vertu de l'art. 13 aurait dû être donné au sujet des déclarations générales dans le Rapport relatives à la crédibilité des témoins, mais que ces déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé; que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a citées pour conclure à l'existence d'une faute — La déclaration relative à la crédibilité des témoins ne vise manifestement pas l'intimé — Cependant, les conclusions défavorables quant à la crédibilité n'exigeaient pas la signification d'un préavis en vertu de l'art. 13 — En général, la procédure d'enquête n'exige pas la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable — Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que le témoin ait témoigné et que son témoignage puisse être apprécié à la lumière des autres éléments de preuve — La déclaration de condamnation générale semble à première vue s'appliquer à tous les officiers dont la conduite est examinée, y compris à l'intimé — Il existe un rapport direct entre la déclaration et les conclusions relatives à la faute imputée — L'intimé a reçu un préavis suffisant des conclusions relatives à la faute qui lui a été imputée — La portée du mandat de la Commission permet ces conclusions — L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire — Il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne et il a eu la possibilité de présenter des observations orales et écrites — Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'art. 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la preuve présentée contre lui.

Forces armées — Appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a conclu que l'intimé n'était pas visé par les déclarations générales dans le rapport de la commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie concernant la crédibilité des témoins et condamnant le personnel dont la conduite est reprochée; les conclusions relatives à la faute imputée à l'intimé sont invalides — La Commission a donné un préavis suffisant, en vertu de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes, des questions qu'elle a citées pour conclure à l'existence d'une faute — Les conclusions relatives à l'existence d'une faute sont susceptibles d'être examinées en vertu de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale — Les conclusions de fait au sujet de la conduite de l'intimé sont étayées par des éléments de preuve.

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. L'enquête a été menée conformément aux dispositions de la *Loi sur les enquêtes*. En 1992, au moment où l'on a choisi le Régiment aéroporté du Canada aux fins du déploiement en Somalie, le régiment était sous le commandement de l'intimé. L'intimé a reçu signification d'un préavis en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* pour l'informer qu'il avait le droit de se faire entendre relativement à des accusations ou à des allégations concernant la phase antérieure au déploiement qui pourraient donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de le discréditer. L'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* prévoit que la personne incriminée doit être informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle doit avoir la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat. L'intimé a été interrogé par l'avocat de la Commission pendant toute la journée. Il a témoigné devant la Commission du 22 au 25 janvier 1996. En janvier 1997, on a informé l'intimé par une lettre que les commissaires allaient examiner dans leur Rapport final les allégations selon lesquelles il aurait fait preuve d'un manque de

leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie en négligeant d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment et en négligeant son devoir de commandant, tel qu'il est défini dans les Ordonnances et règlements royaux et dans les coutumes militaires. En réponse à une demande de détails additionnels, la commission a fourni d'autres précisions. L'intimé a déposé de longues observations écrites et a présenté verbalement des observations devant la Commission au sujet des fautes imputées. Dans sa requête, l'intimé mettait l'accent sur des déclarations générales que la Commission avait faites pour déplorer la crédibilité des témoins et pour condamner les officiers dont la conduite est reprochée, ainsi que sur des conclusions précises sur la faute qui lui a été imputée. Même si le juge des requêtes était d'accord pour dire qu'un préavis aurait dû être donné au sujet des déclarations générales en vertu de l'article 13, elle a conclu que les déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé. Le juge des requêtes a statué qu'elle avait compétence pour examiner les conclusions précises sur la faute imputée à l'intimé parce qu'il s'agit de « décisions » au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cet alinéa prévoit que la Section de première instance peut ordonner une mesure de redressement aux termes du paragraphe 18(3) si elle est convaincue que l'office fédéral a rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée. Elle a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie en enquêtant sur la faute imputée était semblable à celle qui s'applique dans une cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Elle a conclu qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné relativement à la faute imputée, que les conclusions n'étaient pas étayées par le dossier de l'enquête et que la décision rendue était manifestement déraisonnable.

Il s'agit de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en statuant 1) que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a finalement citées pour conclure à l'existence d'une faute; 2) que ces conclusions constituaient des « décisions » susceptibles de révision au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*; 3) que les conclusions de fait tirées par la Commission au sujet de la conduite de l'intimé n'étaient pas étayées par la preuve et qu'elles étaient donc manifestement déraisonnables.

Arrêt: l'appel est accueilli en partie, mais les jugements déclaratoires portant que les déclarations générales ne s'appliquent pas à l'intimé sont confirmés.

1) Le ton de la remarque générale relative à la crédibilité des témoins indique clairement qu'elle ne vise pas *tous* les officiers supérieurs de façon à inclure nécessairement l'intimé. Même si la déclaration s'appliquait à l'intimé, sa présence ne privait pas l'intimé de l'équité procédurale puisqu'il ne semble pas y avoir de rapport entre cette déclaration et les conclusions relatives à la faute. Les conclusions défavorables quant à la crédibilité n'exigeaient pas la signification d'un préavis en vertu de l'article 13. En général, la procédure d'enquête ne semble pas exiger la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable. Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que la personne en question a témoigné et peut-être pas avant que son témoignage puisse être soupesé et apprécié à la lumière des autres éléments de preuve. L'exigence selon laquelle il faut signifier un préavis pourrait bien imposer à une commission d'enquête une norme d'équité procédurale beaucoup trop rigoureuse.

La déclaration de condamnation générale semble à première vue s'appliquer à *tous* les officiers dont la conduite est examinée, y compris à l'intimé. Il existe en outre un rapport direct entre la déclaration et les conclusions relatives à la faute imputée, en ce sens que la déclaration vise expressément « certaines personnes » nommées par la suite. Le juge des requêtes a conclu que la déclaration ne s'appliquait pas à l'intimé. L'ordonnance déclaratoire a été confirmée à cet égard, de façon à éliminer toute possibilité de doute au sujet du fait que cette déclaration sévère, qui à première vue vise l'intimé, n'était pas destinée à s'appliquer à lui. L'obtention d'un jugement déclaratoire est possible, peu importe que le rapport d'une commission d'enquête soit considéré comme n'ayant « aucune conséquence légale ». C'est parce que la réputation de l'intimé est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale. Les *Règles de la Cour fédérale* (1998) prévoient en outre l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation soit ou puisse être en conséquence demandée ou non. Même si un jugement déclaratoire ne portait pas atteinte à un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé par la déclaration.

L'intimé a reçu un préavis suffisant des conclusions précises relatives à la faute imputée. La portée de l'avis et du mandat de la Commission permet fort bien ces conclusions. L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales sur la phase antérieure au déploiement, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire, il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne et il a eu la possibilité de présenter des observations orales et des observations écrites avant que les conclusions en question soient tirées. Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'article 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la substance de la preuve présentée contre lui.

2) Il n'est pas clair que les similitudes qui existent sur le plan de la procédure constituent en tant que telles un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Cependant, même s'il n'existe aucun motif justifiant l'octroi d'une réparation en vertu de cet alinéa, les conclusions en cause peuvent néanmoins être examinées en vertu de l'article 18.1. Le contrôle judiciaire prévu à cet article n'est pas limité à « une décision ou une ordonnance ». Le paragraphe 18.1(1) permet au procureur général du Canada et à « quiconque est directement touché » de solliciter le contrôle judiciaire. Il ressort clairement de la disposition dans son ensemble que, si d'une part une décision ou une ordonnance est une question qui peut être examinée, d'autre part une question autre qu'une décision ou une ordonnance peut également être examinée. L'intimé est directement touché par les conclusions et celles-ci peuvent être examinées en vertu de l'article 18.1. Les conclusions sont exceptionnellement importantes pour l'intimé à cause des conséquences qu'elles ont sur sa réputation. La Cour doit être en mesure de déterminer si les conclusions sont justifiables compte tenu de la preuve.

Pour pouvoir être examinée en vertu de l'article 18.1, une question doit émaner d'un « office fédéral ». La Commission est visée par cette définition prévue au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, parce que son mandat lui a été dévolu par un décret et que ses pouvoirs d'enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la *Loi sur les enquêtes*. Si les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, une mesure peut être prise en vertu du paragraphe 18.1(3), à condition qu'un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu du paragraphe 18.1(4). Si les conclusions ne sont pas des « décisions ou des ordonnances », rien ne permet d'effectuer un examen en vertu des alinéas 18.1(4)d) ou 18.1(4)c). Une conclusion non étayée qui est tirée par la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l'alinéa 18.1(4)b), ce qui permet à la Section de première instance d'ordonner une mesure de redressement lorsque l'office fédéral ne se conforme pas à un principe de justice naturelle ou à l'équité procédurale. Bien que la justice naturelle et l'équité procédurale soient habituellement associées à la qualité d'une audience qui aboutit à une décision ou à une ordonnance, la jurisprudence n'a pas ainsi limité la chose. Par conséquent, la justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions de l'office, y compris celles qu'une commission d'enquête tire, ne sont pas étayées par la preuve. Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l'intimé ne peut pas réellement se plaindre qu'elles ont peut-être terni sa réputation. Si aucun élément de preuve n'étayait les conclusions, le tort qui pourrait être causé à la réputation de l'intimé serait important. L'intimé ne pourrait pas se présenter de nouveau devant la Commission pour faire corriger l'erreur, puisque le mandat de la Commission est épuisé. L'intimé ne pourrait pas non plus en appeler d'une conclusion erronée devant une cour de justice. À moins que les conclusions en cause ne soient susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, toute erreur qui peut avoir été commise ne pourrait jamais être corrigée et il ne serait jamais possible de remédier au tort qui a pu être fait.

3) Une décision n'est pas manifestement déraisonnable s'il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier. Le juge des requêtes a examiné les conclusions selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Étant donné qu'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête, il est préférable de les examiner en se demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve versée au dossier de l'enquête. Le dossier de l'enquête renferme des éléments de preuve suffisants à l'appui de chacune des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayée. Même si la preuve ne semble peut-être pas tout à fait cohérente, il incombait à la Commission, en tirant ses conclusions de fait, de soupeser et d'apprécier la preuve présentée par les divers témoins. Il n'incombe pas à la cour qui effectue l'examen de s'attribuer le rôle des commissaires en soupesant et en appréciant de nouveau la preuve en cause.

Table des précédents

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merricks v. Nott-Bower, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.)

Mahon v. Air New Zealand Ltd., [1984] 1 A.C. 808 (C.P.)

Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd., [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402, 153 N.R. 81

Krause c. Canada, [1999] 2 C.F. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179, 236 N.R. 317 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada), [1997] 3 R.C.S. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1, 48 Admin. L.R. (2d) 1, 216 N.R. 321

Nenn c. La Reine, [1981] 1 R.C.S. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577, 36 N.R. 487.

DÉCISIONS CITÉES:

Landreville c. La Reine, [1973] C.F. 1223; (1973), 41 D.L.R. (3d) 574 (1^{re} inst.)

Peters v Davison, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.)

Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al., [1962] R.C.S. 294; (1962), 32 D.L.R. (2d) 641, 37 W.W.R. 625, 39 C.P.R. 1

Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité), [1999] 4 C.F. 624; (1999), 177 D.L.R. (4th) 192, 246 N.R. 287 (C.A.)

Sweet c. Canada (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.)

Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié), [2000] 2 C.F. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441, 3 Imm. L.R. (3d) 1, 250 N.R. 326 (C.A.)

Al Yamani c. Canada (Soliciteur général), [1996] 1 C.F. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226, 32 C.R.R. (2d) 295, 103 F.T.R. 105, 31 Imm. L.R. (2d) 191 (1^{re} inst.)

Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang), [1996] 3 C.F. 259; (1996), 136 D.L.R. (4th) 449, 37 Admin. L.R. (2d) 260, 115 F.T.R. 81 (1^{re} inst.)

Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re (1984), 45 O.R. (2d) 70, 5 D.L.R. (4th) 651, 2 O.A.C. 351 (C. div.)

Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585, [1996] O.J. n° 3039 (C. div.) (QL).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral » (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 28.

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 21b).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 13.

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994), art. 4.20.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 64.

DOCTRINE

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *Un héritage déshonoré: Les leçons de l'affaire somalienne: Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*. Ottawa: Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada; 1997.

Wade, Sir William and C. Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEL d'une décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (*Morneault c. Canada (Procureur général)* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 251, 150 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel accueilli en partie.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par Le juge Stone, J.C.A.:

1 Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a accueilli, le 27 avril 1998, la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête (la Commission) du 30 juin 1997 (le rapport) sur le déploiement, en 1992, des Forces canadiennes en Somalie [*Un héritage déshonoré: Les leçons de l'affaire somalienne: Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*]. L'enquête a été menée conformément aux dispositions de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. La demande, qui a été présentée conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], visait à faire annuler diverses conclusions énoncées dans le rapport. Au moyen de l'ordonnance ici en cause, le juge des requêtes a dit que certaines des conclusions figurant dans le rapport ne s'appliquaient pas à l'intimé et a dit que d'autres conclusions n'étaient pas valides.

2 Étant donné que les faits ayant donné lieu au litige sont énoncés au complet dans le jugement du juge des requêtes¹, il ne sera pas nécessaire de les reprendre en détail. En abordant les questions soulevées dans le présent appel, il importe de se rappeler les remarques que le juge Cory a faites dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête*

sur le système d'approvisionnement en sang au Canada), [1997] 3 R.C.S. 440 (ci-après l'affaire *Krever*), au sujet de la nature distinctive d'une commission d'enquête. Au paragraphe 34 [page 460], le juge Cory a fait les remarques suivantes:

Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d'une cour de justice. Les conclusions d'un commissaire n'entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet.

Historique

3 La Commission a été constituée au moyen d'un décret daté du 20 mars 1995 [C.P. 1995-442] « en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* », son mandat consistant à faire enquête et à faire rapport.

[...] sur le fonctionnement de la chaîne de commandement, le leadership au sein de la chaîne de commandement, la discipline, les opérations, les mesures et les décisions des Forces canadiennes, ainsi que les mesures et les décisions du ministère de la Défense nationale, en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie.

En s'acquittant de ce mandat, la Commission devait tenir compte en particulier de plusieurs questions énumérées se rapportant à la phase antérieure au déploiement, à la phase des opérations sur le théâtre et à la phase postérieure au déploiement en Somalie. Les questions se rapportant à la phase antérieure au déploiement sont ci-après énoncées:

Période antérieure au déploiement (avant le 10 janvier 1993)

- a) la question de savoir si le Régiment aéroporté du Canada était apte à se déployer en Somalie;
- b) la mission et les tâches assignées au groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (GTRAC) et l'aptitude de sa composition et de son organisation à exécuter la mission et les tâches qui lui ont été confiées;
- c) l'état de préparation opérationnelle du GTRAC avant son déploiement afin qu'il accomplisse la mission et les tâches qui lui ont été confiées;
- d) le bien fondé de la présélection et de la sélection des officiers et des militaires du rang appelés à participer au déploiement en Somalie;
- e) l'à-propos des objectifs et des normes d'entraînement ayant servi à préparer le déploiement du Régiment aéroporté;
- f) l'état de la discipline au sein du Régiment aéroporté du Canada avant l'établissement du GTRAC et au sein du GTRAC avant son déploiement;
- g) l'efficacité des décisions et des mesures prises durant la période d'entraînement antérieure au déploiement par les leaders à tous les niveaux du Régiment aéroporté afin de le préparer à la mission et aux tâches qui lui incombent en Somalie;
- h) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders à tous les niveaux du Commandement de la Force terrestre afin de résoudre les problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif qu'ont connus le Régiment aéroporté du Canada et le GTRAC au cours de la période qui a mené au déploiement du GTRAC en Somalie;
- i) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders des Forces canadiennes à tous les niveaux pour faire en sorte que le GTRAC soit en état de préparation opérationnelle, dûment entraîné et doté des effectifs et de l'équipement nécessaires pour accomplir la mission et les tâches qui lui incombent en Somalie;

4 En 1992, au moment où l'on a choisi le Régiment aéroporté du Canada (le régiment) aux fins du déploiement en Somalie, le régiment était sous le commandement de l'intimé, qui avait été nommé à ce poste le 24 juin 1992. En plus de son quartier général et d'une unité de services, le régiment était composé de trois unités de la taille d'une compagnie: le 1^{er} Commando, le 2^e Commando et le 3^e Commando, qui étaient respectivement sous le commandement des majors Pommet, Seward et Magee. Le 5 septembre 1992, le régiment a reçu un avis officiel (un « ordre d'avertissement ») qu'il avait été affecté à une mission de maintien de la paix (portant le nom de code « Opération Cordon ») en Somalie, laquelle était régie par les dispositions du chapitre VI de la *Charte des Nations Unies* [[1945] R.T. Can. n° 7]. La nature de la mission a changé le 2 décembre 1992 pour devenir une mission d'imposition de la paix régie par les dispositions du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. L'intimé a continué à servir à titre de commandant jusqu'au 21 octobre 1992, date à laquelle il a été relevé de ses fonctions. Il espérait que la Commission enquêterait sur les circonstances qui avaient entraîné son renvoi.

5 Le 15 septembre 1995, l'intimé a demandé à la Commission de lui reconnaître pleine qualité pour agir comme partie et, par une ordonnance datée du 20 septembre 1995, sa demande a été accueillie. Le 22 septembre 1995, l'intimé a reçu signification, sous le sceau de la confidentialité, d'un préavis en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Le préavis se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION]

SOYEZ AVISÉ que, conformément aux pouvoirs qui leur sont dévolus en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, les commissaires entendront et examineront les observations que votre avocat et vous-même voudrez bien présenter à l'égard des imputations de fautes ou des allégations qui peuvent donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de vous discréditer, dont vous pourriez faire l'objet au cours des audiences testimoniales tenues par la Commission portant sur la phase antérieure au déploiement.

Au cours des audiences testimoniales ayant trait aux manquements ou carences qui se sont manifestés dans l'exercice de vos fonctions militaires, à vos actions, ou au rôle que vous avez eu, l'avocat des commissaires pourra enquêter sur les fautes qui vous sont imputées ou sur les allégations qui peuvent donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de vous discréditer, en ce qui concerne les questions suivantes:

- a) la question de savoir si le Régiment aéroporté du Canada était apte à accomplir la mission en Somalie;
- b) la question de savoir si le groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (le GTRAC) était constitué d'une façon appropriée au point de vue de son organisation et de sa composition, et s'il était opérationnellement prêt aux fins du déploiement en Somalie;
- c) l'efficacité de vos décisions dans la chaîne de commandement en ce qui concerne la phase antérieure au déploiement de la mission en Somalie, la présélection et sélection des officiers et des militaires du rang et l'état de préparation opérationnelle du GTRAC ainsi que votre leadership;
- d) la question de la préparation du groupement tactique et le fait de l'avoir déclaré prêt ou d'avoir approuvé une décision en ce sens, compte tenu en particulier de la composition du GTRAC, de l'état de la discipline au sein du GTRAC, du manque d'expérience antérieure d'un grand nombre d'officiers en matière de commandement, du taux de roulement élevé parmi les officiers et les militaires du rang du 2^e Commando, du remplacement tardif du commandant du RAC, du changement de structure du RAC, du changement tardif de la nature de la mission et de la formation reçue; ou
- e) la question de la résolution des problèmes administratifs, opérationnels et disciplinaires qui se sont posés au cours de la phase antérieure au déploiement.

6 Par cet avis, on a informé l'intimé qu'il avait le droit de se faire entendre au sujet [TRADUCTION] « des accusations ou allégations susmentionnées » en personne ou par le ministère d'un avocat, ou encore au moyen d'observations écrites. Dans la lettre que son avocat a envoyée à la Commission le 3 octobre 1995, l'intimé a fait savoir qu'il souhaitait se faire entendre

en personne et par le ministère d'un avocat. Dans la même lettre, l'avocat a demandé qu'on leur fournisse des renseignements additionnels au sujet des fautes précises qui étaient imputées ou des allégations précises dont son client pouvait faire l'objet et sur lesquelles le préavis donné en vertu de l'article 13 était fondé; il a également demandé que l'on fournisse à l'intimé les déclarations des témoins dans lesquelles des allégations susceptibles d'entraîner une conclusion défavorable à son client avaient été faites.

7 Le 2 octobre 1995, peu de temps après que les audiences testimoniales concernant la phase de l'enquête antérieure au déploiement eurent commencé, on a informé l'intimé qu'il serait cité pour témoigner. Le 9 octobre 1995, l'intimé a été interrogé par l'avocat de la Commission pendant toute la journée; il a alors fourni les noms d'un certain nombre de témoins possibles et a remis des documents tirés de ses propres dossiers personnels. L'intimé a témoigné devant la Commission du 22 au 25 janvier 1996.

8 Par une lettre datée du 31 janvier 1997, l'avocat de la Commission a avisé l'intimé de ce qui suit:

[TRADUCTION] Les commissaires m'ont demandé de vous aviser que, conformément au préavis prévu à l'article 13 qui vous a déjà été remis et compte tenu des témoignages rendus devant l'Enquête, ils examineront, dans leur Rapport final, les allégations que vous avez fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie:

(i) en informant le brigadier-général Beno que le Régiment aéroporté du Canada serait opérationnellement prêt une fois que l'unité aurait effectué l'exercice Stalwart Providence, alors que vous saviez ou que vous auriez dû savoir qu'il faisait face à des problèmes de discipline, de cohésion, d'entraînement au niveau du régiment et de leadership informel;

(ii) en négligeant d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment aéroporté du Canada pendant la période allant de la réception de l'ordre d'avertissement en vue de l'opération « Cordon » jusqu'au moment où vous avez été relevé de son commandement;

(iii) en négligeant de vous assurer que tous les membres du Régiment aéroporté du Canada aient reçu une formation adéquate sur le droit de la guerre ou sur le droit des conflits armés, y compris les quatre conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des conflits armés, et que leurs connaissances aient été vérifiées à cet égard;

(iv) en négligeant votre devoir de commandant, tel qu'il est défini à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux et par les coutumes militaires.

La présente lettre a pour objet de vous fournir des précisions et des renseignements complémentaires sur les questions qui vous ont été communiquées dans le préavis prévu à l'article 13.

Dans la rédaction de leur rapport final, les commissaires limiteront leurs commentaires concernant votre responsabilité éventuelle à ces questions.

9 Une lettre que l'avocat de l'intimé a envoyée en réponse le 3 février 1997 est rédigée en partie comme suit:

[TRADUCTION]

Nous aimerions également avoir des détails additionnels au sujet de certaines des allégations concernant le lcol Morneault qui sont énoncées dans votre avis, de façon que notre client puisse réellement donner une réponse. Les allégations, telles qu'elles sont énoncées, sont fort générales. Nous aimerions notamment obtenir les renseignements suivants:

a) En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'avis, quels sont les présumés actes ou omissions du lcol Morneault qui indiquent un manque de leadership et un leadership inadéquat lorsqu'il s'est agi d'organiser, de diriger et de superviser les préparatifs de la formation?

b) En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'avis, quels sont les présumés actes ou omissions du lcol Morneault qui indiquent un manque de leadership et un leadership inadéquat lorsqu'il s'est agi de garantir une formation sur le droit de la guerre et sur le droit des conflits armés, y compris les quatre conventions de Genève de 1949, et de vérifier les connaissances à cet égard.

c) En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'avis, de quelle façon le lcol Morneault aurait-il manqué à son devoir au sens de l'article 4.20 des ORFC?

d) En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'avis, de quelles « coutumes militaires » s'agit-il?

10 L'avocat de la Commission a répondu par une lettre datée du 11 février 1997, adressée à l'avocat de l'intimé. La partie pertinente de cette lettre est rédigée comme suit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les quatre allégations se rapportant au lcol Morneault à l'égard desquelles vous demandez des détails additionnels dans votre lettre du 3 février 1997, les commissaires tiendront compte des éléments suivants dans leur rapport final:

a) Pour ce qui est du paragraphe 2 du préavis:

Il n'a pas consacré suffisamment de temps à l'observation, à la supervision et à la direction de la formation, tout particulièrement en ce qui concerne le ton de cette formation [voir le témoignage du bgén Beno, aux pages 7795 et 8115; du maj Turner, aux pages 3547 et 3548, 3446, 3449, 3527, 3674 et 3728; du maj Kyle, aux pages 3845, 3808 et 3855 à 3857. Dans son témoignage, le lcol Morneault a déclaré qu'il avait consacré de 15 à 20 p. 100 de son temps à la supervision de la formation. [Voir également son témoignage à la page 7321.]

Il n'a pas établi un énoncé des concepts, objectifs, normes et priorités dans le plan de formation [voir le témoignage du bgén Beno, à la page 7753; du maj Turner, aux pages 3724, 3435-3438, 3619 et 3620; du maj Seward, à la page 5760, et du maj MacKay, à la page 6485.]

Il n'a pas fourni de formation uniforme aux différentes sous-unités [voir le témoignage du maj Turner, aux pages 3449 et 3528 et de l'adjum Murphy, à la page 6646]. Dans ce contexte, les commissaires tiendront compte du rendement du RAC au cours de l'exercice « Stalwart Providence »].

Prière de noter que ces renvois ne sont pas exhaustifs.

b) Pour ce qui est du paragraphe 3 de l'avis:

En sa qualité de commandant du RAC, il ne s'est pas acquitté de son obligation de veiller à ce que tous les membres du personnel sous son commandement connaissent leurs droits et obligations dans le domaine du droit des conflits armés (DCA). Il devrait être fait mention de ses obligations, telles qu'elles sont énoncées dans les quatre conventions de Genève de 1949 (articles 47, 48, 127, 144 respectivement des conventions I à IV) et dans le Premier protocole additionnel de 1977 (article 87).

Les commissaires examineront la question de savoir si votre client a veillé à ce que les membres du RAC comprennent les obligations qui leur incombent en ce qui concerne les droits fondamentaux des « détenus », et ce, qu'il s'agisse de civils ou de combattants qui ont été capturés ou blessés ou qui sont malades.

Les commissaires examineront également la question de savoir si votre client a ordonné à son personnel d'inclure dans le plan de formation de l'opération Cordon une formation adéquate sur le DCA, s'il a indiqué à ses subordonnés le contenu de pareille formation, s'il a ordonné aux officiers commandants, pour la formation de leur sous-unité, d'inclure des séances de recyclage sur le DCA et s'il a vérifié les connaissances à tous les niveaux à ce sujet ou s'il a fait en sorte que pareilles connaissances soient vérifiées.

Les commissaires examineront la question de savoir si votre client a informé le commandant de la FOS, le brigadier-général Beno, ou son personnel, de l'importance d'inclure le DCA dans l'exercice Stalwart Providence, de façon à s'assurer que les soldats comprennent les principes du DCA.

c) Pour ce qui est du paragraphe 4 du préavis:

Les commissaires examineront la question de savoir si le 1col Morneault s'était réservé « les questions importantes qui exigent son attention et sa décision personnelles » conformément à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux. En particulier, les commissaires examineront la question de savoir s'il a supervisé la formation de ses commandos, s'il a supervisé des composantes précises de la formation du 2^e Commando, bien qu'on lui eût signalé l'existence de problèmes concernant l'état de préparation des sous-unités, s'il avait corrigé les problèmes de commandement au sein du RAC, s'il avait bien évalué l'état de préparation opérationnelle du RAC et s'il avait bien informé ses supérieurs de l'état de préparation et des problèmes de discipline et de formation au RAC.

Une autre question qui sera abordée est celle de savoir si le 1col Morneault s'était réservé « le contrôle et la surveillance d'ordre général des diverses fonctions » qu'il avait confiées à d'autres. En particulier, avait-il supervisé les plans et les activités de formation des officiers commandants, avait-il bien revu les ordres et les directives que ses commandants subordonnés donnaient et s'était-il assuré que ses ordres et ses directives étaient suivis comme prévu?

d) Pour ce qui est du paragraphe 4 du préavis:

Les commissaires examineront si le 1col Morneault avait assuré l'ordre et la discipline dans l'unité qu'il commandait.

Avait-il prêché par l'exemple sur le terrain?

Pour en savoir davantage au sujet des « coutumes militaires », prière de consulter l'article 1.13 des Ordonnances et règlements royaux et l'article 49 de la **Loi sur la défense nationale**.

11 Les audiences relatives à la phase antérieure au déploiement se sont poursuivies jusqu'au 22 février 1996. Elles ont été suivies d'audiences sur la phase des opérations sur le théâtre, qui ont commencé le 1^{er} avril 1996, et après une interruption de quatre mois se rapportant à la phase qui a suivi le déploiement, elles se sont poursuivies jusqu'au mois de mars 1997. Dans l'intervalle, les délais dans lesquels l'enquête devait être effectuée et un rapport déposé auprès du gouverneur en conseil ont été prorogés jusqu'au 31 mars 1997 et jusqu'au 30 juin 1997 respectivement. 116 personnes en tout ont témoigné devant la Commission et environ 200 000 documents ont été produits en preuve. Au mois d'avril 1997, l'intimé a déposé de longues observations écrites et a présenté verbalement des observations devant la Commission au sujet des fautes imputées.

La requête

12 Dans sa requête, l'intimé mettait l'accent sur des déclarations générales que la Commission avait faites dans la préface du volume 1 du rapport et dans le chapitre introductif du volume 4 ainsi que sur des conclusions précises énoncées au chapitre 35 du volume 4, qui est exclusivement consacré à la conduite de l'intimé en sa qualité de commandant du régiment. La principale critique qui est faite au sujet de ces déclarations générales est qu'un préavis aurait dû être donné à leur sujet en vertu de l'article 13. Le juge des requêtes était d'accord, mais il a conclu que les déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé et il a accordé un jugement déclaratoire en ce sens.

13 Dans la préface du volume 1, la Commission déplore la décision du gouvernement d'« imposer des contraintes temporelles » à l'égard de l'enquête et, ce qui est encore plus important, le fait que les commissaires avaient « trop souvent été retardés dans

[leur] travail par le comportement de témoins dont la crédibilité doit être mise en doute ». La déclaration contestée figure dans la même section du rapport aux pages xxxvi à xxxviii. Elle est libellée comme suit:

Nous sommes conscients du fait que ces témoins subissaient la pression de l'institution et de leurs pairs. Témoigner devant une commission d'enquête publique met à l'épreuve l'intégrité personnelle. Le témoin doit avoir la force morale de faire face à la réalité et de dire la vérité. Il doit aussi être prêt à rendre des comptes et à accepter le blâme pour les fautes qu'il a commises. Nous avons constaté ce type d'intégrité chez de nombreux soldats, sous-officiers et officiers. Ils ont donné la preuve de leur courage et de leur sens du devoir, même si cela les obligeait à reconnaître leurs lacunes personnelles ou à exprimer une critique importune à l'égard de l'institution. Ces soldats-témoins méritent le respect et la gratitude de notre société pour avoir ainsi contribué à améliorer une institution qui leur est manifestement très chère.

En revanche, nous devons aussi signaler que nous avons souvent entendu des témoignages empreints de contradictions, d'improbabilités, d'invraisemblances, d'ambiguïtés, de souvenirs sélectifs, de demi-vérités, et même de mensonges. De fait, sur certaines questions, nous nous sommes heurtés à ce que nous ne pouvons qu'appeler un « mur de silence ». Lorsque plusieurs témoins se comportent de cette manière, le mur de silence devient une tromperie délibérée.

Le bon fonctionnement d'une enquête repose sur la sincérité des témoins assermentés. La sincérité sous serment est la pierre angulaire de notre système juridique. Il est évident que certains témoins en ont fait fi.

Ce qui est peut-être plus inquiétant, c'est que nombre des témoins chez qui nous avons constaté ces lacunes étaient des officiers, des sous-officiers (en service actif ou à la retraite) ou des hauts fonctionnaires — c'est-à-dire des personnes qui ont juré de respecter et de promouvoir des valeurs telles que le leadership, le courage, l'intégrité et l'obligation de rendre compte. Pour ces personnes, la loyauté excessive envers un régiment ou l'institution militaire ou, pis encore, le simple intérêt personnel, ont primé sur l'honnêteté et l'intégrité. En se comportant de la sorte, ces témoins ont également manqué à leur devoir d'aider la Commission dans ses travaux. Chez des officiers, une telle conduite constitue une violation des engagements énoncés dans leur commission.

[...]

Ce n'est pas le seul fait que des contradictions surviennent dans les témoignages qui nous préoccupe. On peut noter des contradictions dans les témoignages même si tous les témoins disent la vérité et relatent les faits tels qu'ils les connaissent. Souvent, les contradictions tiennent au souvenir qu'ont les intéressés de conversations qui ont eu lieu sans témoin et sans prise de notes. Sur le moment, l'échange peut ne pas sembler important. Avec le temps, les détails s'effacent de la mémoire. Nous ne nous inquiétons pas de ces différences dans le souvenir qui reflètent tout simplement la fragilité de la mémoire humaine. Le phénomène qui nous préoccupe est bien plus sombre que l'imprécision et la contradiction: il se rapproche de l'esquive et de la tromperie.

14 L'intimé conteste également la déclaration générale qui est faite aux pages 1075 et 1076 du chapitre introductif du volume 4 du rapport, laquelle est libellée comme suit:

Il convient ici d'ajouter quelques mots concernant la description faite ci-après des actions de certaines personnes. Ces personnes, dont les actions sont examinées de près, sont des militaires dont la carrière est marquée d'importantes réalisations. Comme on peut s'y attendre de soldats montés aussi haut dans le panthéon des Forces canadiennes (FC), leur dossier militaire est irréprochable. Pour eux, la mission en Somalie fait donc tache dans une carrière par ailleurs distinguée. Certaines justifications ou excuses formulées devant nous pourraient, si on les acceptait, modifier ou atténuer les conclusions auxquelles nous en sommes arrivés. On nous a dit par exemple « le système fonctionnait bien; les problèmes n'étaient le fait que de quelques mauvais éléments », « il se commettra toujours des erreurs », « je ne savais pas », « je n'étais pas au courant », « ce n'était pas ma responsabilité », « j'ai fait confiance à mes subalternes ». Nous n'examinerons pas chacune de ces affirmations dans les pages qui suivent, mais nous les avons prises en considération.

On peut dire jusqu'à un certain point, à la décharge de ces personnes, qu'elles sont le produit d'un système qui mise énormément sur une attitude téméraire. Le réflexe d'acquiescer d'emblée à un commandement ou à une ligne de conduite

plutôt que d'en remettre en question le bien-fondé va évidemment à l'encontre d'une discussion libre et franche, mais il est ancré dans la discipline et la culture militaires. Toutefois, des commandants soucieux de bien assumer leur responsabilité de commandement doivent reconnaître et affirmer qu'ils ont non seulement le droit mais aussi le devoir de s'élever contre des actions irrégulières, sans quoi ils manquent de professionnalisme.

15 L'intimé conteste en outre diverses conclusions particulières figurant au chapitre 35 du volume 4 en invoquant l'absence d'équité procédurale et l'absence de preuve corroborante.

16 Il a été soutenu devant le juge des requêtes que les conclusions figurant au chapitre 35 en question n'étaient pas susceptibles de révision en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale* parce qu'il ne s'agissait pas de « décisions ». Le juge des requêtes a rejeté cet argument. Il a également rejeté l'argument de l'appelant selon lequel, de toute façon, le dossier de l'enquête renfermait une preuve à l'appui de chacune des conclusions énoncées au chapitre 35. Après avoir effectué un examen détaillé de ces conclusions, le juge des requêtes a conclu ce qui suit, au paragraphe 109 [pages 285 et 286] de ses motifs:

À la lumière de ce qui précède, il est clair que la faute imputée par la Commission au requérant pour le motif qu'il n'avait pas organisé, dirigé et supervisé comme il convenait les préparatifs de la formation du 5 au 21 septembre 1992 est profondément viciée. Plusieurs constatations de fait sont tout simplement incompatibles avec la preuve et plusieurs conclusions ne sont aucunement étayées par la preuve. Je ne pense pas qu'il soit possible d'arriver à d'autres conclusions que de dire que la décision rendue était manifestement déraisonnable.

Les points litigieux

17 Trois points litigieux sont soulevés dans le présent appel. Premièrement, il s'agit de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en statuant que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a finalement citées pour conclure à l'existence d'une faute. Deuxièmement, il s'agit de savoir si le juge a commis une erreur en déterminant que ces conclusions constituaient des « décisions » susceptibles de révision au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Troisièmement, il s'agit de savoir si le juge a commis une erreur en statuant que les conclusions de fait tirées par la Commission au sujet de la conduite de l'intimé n'étaient pas étayées par la preuve et qu'elles étaient donc manifestement déraisonnables.

18 J'examinerai maintenant ces points litigieux.

Analyse

Préavis suffisant

Les déclarations générales

19 L'intimé soutient que les déclarations générales en question comprennent des conclusions qui ternissent sa propre réputation et que l'équité procédurale n'a pas été respectée parce qu'aucun préavis n'a été donné en vertu de l'article 13. Il maintient également qu'aucun préavis de ce genre n'a été donné au sujet de cinq conclusions particulières tirées par la Commission au chapitre 35.

20 L'exigence selon laquelle un « préavis suffisant » doit être donné au sujet de la faute imputée est énoncée à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, qui se lit comme suit:

13. La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.

21 Le fait que la signification d'un préavis suffisant de la faute imputée est d'une importance cruciale ressort clairement de l'arrêt *Krever*, précité, étant donné qu'une conclusion peut nuire à la réputation d'un témoin. Comme le juge Cory l'a dit au paragraphe 56 [pages 471 et 472]:

Le même principe d'équité doit s'étendre aux préavis concernant la faute exigés par l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Toute commission est tenue de donner aux parties un préavis les informant des conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées à leur égard dans le rapport final. Tant qu'ils sont remis à la partie visée sous le sceau de la confidentialité, les préavis ne devraient pas être assujettis à un degré d'examen aussi strict que les conclusions finales. C'est que les préavis ont pour objet de permettre aux parties de se préparer ou de répondre aux conclusions faisant état d'une faute que la commission pourrait tirer à leur égard. Plus le préavis est détaillé, plus il peut être utile à la partie. En outre, le seul tort qui pourrait être causé par la délivrance de préavis détaillés se limite à la réputation d'une partie. Mais tant que les préavis ne sont délivrés qu'à la partie susceptible d'être visée par une conclusion, il n'y a rien à redire. Le public ne peut prendre connaissance de la faute reprochée que si la partie ayant reçu le préavis choisit de le rendre public, auquel cas elle est elle-même responsable du tort ainsi causé à sa réputation. Par conséquent, en toute justice pour les témoins ou les parties qui peuvent faire l'objet de conclusions faisant état d'une faute, les préavis devraient être le plus détaillés possible. Même si les allégations exposées dans les préavis semblent équivaloir à une conclusion qui risque d'outrepasser la compétence du commissaire, cela ne signifie pas qu'il en serait ainsi des conclusions finales destinées à être divulguées. Il faut supposer, jusqu'à preuve du contraire à la communication du rapport final, que les commissaires n'outrepasseront pas leurs pouvoirs.

Si un préavis de la faute imputée est conforme aux exigences de l'article 13 et que la procédure d'enquête est par ailleurs équitable, cette disposition autorise une commission d'enquête, comme le juge Cory l'a conclu dans l'arrêt *Krever*, précité, au paragraphe 52 [pages 469 et 470], de faire des constatations de fait et d'en tirer des conclusions.

22 Le ton de la remarque qui figure dans la préface du volume 1 est incontestablement dur. Toutefois, même si l'intimé se plaint que la remarque le vise, les termes dans lesquels cette remarque est libellée donnent à penser que ce n'est pas nécessairement le cas. Il est question de « témoignages », de « plusieurs témoins » et de « certains témoins » et la Commission dit que « nombre des témoins chez qui [elle a] constaté ces lacunes étaient des officiers, des sous-officiers [...] ou des hauts fonctionnaires ». Il est donc clair que la remarque ne vise pas *tous* les officiers supérieurs de façon à inclure nécessairement l'intimé. Le juge des requêtes lui-même a conclu, en ce qui concerne les deux déclarations, que l'on n'invoquait pas « sérieusement [...] que les déclarations de condamnation générale » s'appliquent au lieutenant-colonel Morneault.

23 Même s'il était possible de dire que la déclaration qui est faite dans le volume 1 s'applique à l'intimé, je suis loin d'être certain que sa présence privait l'intimé de l'équité procédurale. Il ne semblerait y avoir aucun rapport entre cette déclaration et les conclusions relatives à la faute figurant au chapitre 35. Il faut plutôt se demander si les conclusions défavorables relatives à la crédibilité que la déclaration laisse supposer exigeaient la signification d'un préavis en vertu de l'article 13, à supposer pour le moment que la remarque ait été destinée à s'appliquer à l'intimé. Comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Krever*, précité, au paragraphe 52 [page 469], le « rôle premier, voire la raison d'être d'une enquête sur une question donnée est de tirer des conclusions de fait » et, pour ce faire, il se peut que la commission « doive évaluer la crédibilité des témoins et en tirer des conclusions ». De fait, le juge Cory a expliqué au paragraphe 42 [page 465] de l'arrêt en question, que le libellé même de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* « autorise implicitement un commissaire à constater des faits et à tirer des conclusions fondées sur ces faits, même si les constatations et conclusions sont susceptibles de nuire à la réputation de personnes physiques ou morales ». Il a également expliqué, au paragraphe 40 [page 463], que le pouvoir prévu à l'article 13 de conclure à l'existence d'une « faute » doit comprendre « non seulement la constatation des faits, mais aussi leur évaluation et leur interprétation » et, au besoin, le pouvoir « d'apprécier la déposition des témoins [...] et de juger de leur crédibilité ». C'est en se conformant à cette procédure qu'un commissaire est en mesure de déterminer si le comportement d'une partie équivalait à une « faute ».

24 En général, la procédure ne semblerait pas exiger la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable. Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que la personne en question a témoigné et peut-être pas avant que son témoignage puisse être soupesé et apprécié à la lumière des autres éléments de preuve. L'exigence selon laquelle il faut signifier un préavis pourrait bien imposer à une commission d'enquête une norme d'équité procédurale beaucoup trop rigoureuse.

25 Contrairement à la déclaration qui est faite dans le volume 1, la déclaration générale figurant dans le chapitre introductif du volume 4 semblerait à première vue s'appliquer à *tous* les officiers dont la conduite est examinée dans ce volume, y compris

l'intimé. Il en serait donc ainsi de la « description [...] des actions » de « certaines personnes », à savoir « des militaires dont [...] les actions sont examinées de près ». On s'oppose à la remarque pour le motif que l'intimé n'a pas été avisé au préalable et que la preuve n'étaye pas la conclusion selon laquelle l'intimé s'est conduit de la façon décrite dans la remarque. Le juge des requêtes a conclu que la remarque n'aurait pas dû être faite parce qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné conformément à l'article 13.

26 L'appelant soutient que la remarque est inattaquable parce qu'elle ne peut pas être interprétée comme constituant une conclusion selon laquelle l'intimé avait commis une faute. Il m'est difficile de souscrire à cet avis. En tant que « produit d'un système », l'intimé avait le réflexe « d'acquiescer d'emblée »; en sa qualité de « commandan[t] soucieux de bien assumer [sa] responsabilité de commandement », il avait « le devoir de s'élever contre des actions irrégulières », sans quoi il manquait de « professionnalisme ». Il existe un rapport direct entre la déclaration et les conclusions figurant au chapitre 35; en effet, comme nous l'avons vu, la déclaration vise expressément « certaines personnes » nommées par la suite. L'appelant a concédé devant le juge des requêtes et dans l'argumentation écrite qu'il a présentée en appel que la déclaration n'équivalait pas à reconnaître l'existence d'une faute et, de fait, le juge des requêtes lui-même a conclu qu'elle ne s'appliquait pas à l'intimé. À mon avis, la Cour devrait, si elle le peut, confirmer l'ordonnance déclaratoire de première instance à cet égard, de façon à éliminer toute possibilité de doute au sujet du fait que cette déclaration sévère, qui à première vue vise l'intimé, n'était pas destinée à s'appliquer à lui.

Possibilité d'obtenir un jugement déclaratoire

27 À une certaine époque, il n'était pas possible d'obtenir un jugement déclaratoire si celui-ci n'avait aucun effet juridique, mais ce n'est plus le cas. Dans la décision *Merricks v. Nott-Bower*, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.), à la page 721, lord Denning a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Lorsqu'une véritable question est en cause, c'est-à-dire une question qui ne soit pas uniquement théorique et au sujet de laquelle la décision de la Cour peut donner des directives utiles, elle peut, à sa discrétion, rendre un jugement déclaratoire. On en trouve un exemple dans une affaire récente où il était question du système de mutation des joueurs de football association, *Eastham c. Newcastle United Football Club, Ltd.* ([1963] 3 All E.R. 139), entendue par le juge Wilberforce. L'avocat des demandeurs soutenait qu'en l'espèce, le jugement déclaratoire pouvait avoir pour effet de retirer à la mutation des demandeurs le caractère d'un blâme. Il avait aussi avancé un argument plus général, à savoir qu'il était dans l'intérêt public de déclarer que le pouvoir de muter un employé ne peut être utilisé que pour des raisons de service et non pas comme un genre de punition. Il a affirmé qu'il serait utile que la Cour fasse une telle déclaration. Sans trancher cette question, il me semble que l'on peut soutenir qu'un tel jugement déclaratoire pourrait avoir une certaine utilité.

Lord juge Salmon, qui souscrivait à cet avis, a ajouté ce qui suit, à la page 724:

[TRADUCTION] On pose la question suivante: Même si les droits des demandeurs en vertu des règlements avaient été violés, quels avantages pourraient-ils retirer du redressement demandé? Ces jugements déclaratoires peuvent-ils leur être de quelque utilité? Lorsqu'un demandeur réclame un jugement déclaratoire dans lequel il n'a qu'un intérêt purement académique ou qui n'aurait aucune portée pratique, la Cour n'accordera pas le redressement demandé. Toutefois, dans la présente affaire, sans aucunement trancher le fond de cette question, il me semble que l'on peut vraiment soutenir qu'un jugement déclaratoire pourrait inciter les autorités à examiner l'avancement des demandeurs, puisqu'il existe certaines preuves qui indiquent que ces mutations punitives ont nui à leurs chances d'avancement et qu'elles continueront à le faire tant qu'elles seront en vigueur.

Le juge Pratte (alors juge de la Section de première instance) a appliqué ce principe dans la décision *Landreville c. La Reine*, [1973] C.F. 1223 (1^{re} inst.), à la page 1231, et tout récemment, ce principe a de nouveau été énoncé dans le contexte d'une commission d'enquête, dans la décision *Peters v Davison*, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.), aux pages 186 et 187. Le juge des requêtes a accordé un jugement déclaratoire à l'égard de cette erreur. Je suis convaincu que cette réparation peut être accordée, et ce, même si dans l'arrêt *Krever*, précité, le juge Cory a dit que le rapport d'une commission d'enquête n'avait « aucune conséquence légale ». Le juge Cory a reconnu en même temps que c'est précisément parce que la réputation d'un témoin est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale car, comme il l'a dit au paragraphe 55 [page 471]: « Une bonne réputation représent[e] la valeur la plus prisée par la plupart des gens ». À mon avis, l'intimé a bel et bien un intérêt dans la protection de sa réputation. Il importe

également de noter que la règle 64 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] prévoit l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation soit ou puisse être en conséquence demandée ou non.

28 Il me semble que même si un jugement déclaratoire n'avait pas d'effet sur un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort, même s'il n'était peut-être pas intentionnel, qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé par la déclaration qui est faite dans le chapitre introductif du volume 4 du rapport. Je restreindrais le jugement déclaratoire en conséquence.

Conclusions particulières

29 Cinq conclusions précises qui sont énoncées au chapitre 35 du rapport sont ensuite contestées pour le motif qu'elles n'ont pas fait l'objet d'un préavis conformément à l'article 13. Je soulignerai ces conclusions, qui figurent dans les passages suivants du chapitre 35²:

1. [...] la supervision en personne revêt une importance tout à fait primordiale et doit être placée à un rang élevé, sinon en tête, des priorités relatives à la formation, car c'est au commandant qu'incombe la plus importante responsabilité en la matière. Or, nous constatons que le lcol Morneault ne s'est pas acquitté de cette importante responsabilité à deux égards. Premièrement, il n'a pas inculqué aux membres de ses commandos, par la conception d'un plan de formation approprié et par une supervision directe satisfaisante, une attitude convenant à une mission de maintien de la paix.

[...]

2. [...] le lcol Morneault savait que ses soldats s'entraînaient en vue d'une mission de maintien de la paix régie par les dispositions du chapitre VI de la *Charte des Nations Unies*. Il savait ou aurait dû savoir que ces missions nécessitent des connaissances plus étendues que l'entraînement général au combat permet d'en donner. Malgré cela, il a permis que la formation du 2^e Commando soit beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comporte un degré d'agressivité incompatible avec une mission de maintien de la paix. Le lcol Morneault a admis lui-même que le 2^e Commando avait consacré trop de temps à l'entraînement général au combat et n'avait pas mené à bien les tâches qui lui avaient été confiées. Le lcol Morneault était également au courant de l'agressivité de ce commando [...]

3. Nous constatons que le lcol Momeault savait, peu après le début de la période de formation, que le 2^e Commando avait des problèmes de leadership et d'agressivité, et que ces problèmes étaient étroitement liés. Il était le principal officer responsable de la formation et il lui incombait de veiller à ce qu'une formation pertinente et suffisante soit donnée par les commandants concernés. Si on constatait qu'un des commandants n'était pas à la hauteur, il incombait au lcol Morneault d'effectuer les changements qui s'imposaient. Mais il ne l'a pas fait [...]

4. Le lcol Morneault a répondu de manière similaire aux critiques formulées par le lcol MacDonald au sujet du maj Seward et du 2^e Commando. Il lui a dit qu'il ne voulait pas avoir les mains liées en ce qui concernait le maj Seward, et il a demandé au lcol MacDonald de supprimer des observations critiques au sujet de ce dernier dans une lettre que le lcol MacDonald s'appropriait à envoyer au bgén Beno. Le lcol MacDonald a retranché la mention comme le lcol Morneault le lui avait demandé, et aucune mesure n'a été prise par la suite pour corriger les graves lacunes en matière de leadership que le lcol MacDonald avait relevées au sein du 2^e Commando. Bien que le lcol Morneault ait été relevé de son commandement presque immédiatement après cet incident et ne puisse être tenu responsable de l'inaction d'autres personnes, la directive qu'il a donnée au lcol MacDonald a empêché la prise immédiate de mesures à l'encontre du maj Seward, ce dont il est responsable.

5. À ce propos, une des critiques les plus sévères faites au sujet de l'exercice « Stalwart Providence » a été que les trois commandos avaient fonctionné indépendamment les uns des autres, sans la cohésion que doit avoir un régiment. La cohésion se crée lorsque le commandant imprime une orientation claire à l'entraînement et n'est assurée que lorsqu'il supervise personnellement l'exécution de cette orientation. Le lcol Morneault n'a fait ni l'un ni l'autre. [Non souligné dans l'original.]

30 Le juge des requêtes a conclu qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné au sujet d'un grand nombre des questions mentionnées par la Commission dans les conclusions précitées. Le juge des requêtes a en outre fait remarquer, au paragraphe 46 [page 267] de ses motifs, que la plupart des commentaires négatifs concernant la conduite de l'intimé « émanaient d'une seule personne, dont la version des événements, d'ailleurs, tranchait avec la sienne » et que les commentaires avaient été répétés par d'autres personnes. Le juge des requêtes a ajouté : « Dans ces circonstances, le requérant trouverait très difficile de savoir, à défaut d'un préavis précis, quelles déclarations concernant sa conduite la Commission examinait de près. »

31 Avec égards, je ne suis pas d'accord pour dire que l'intimé n'a pas reçu un préavis suffisant de ces conclusions. Il faut se rappeler que dans sa lettre du 31 janvier 1997, telle qu'elle est précisée dans la lettre du 11 février 1997, l'avocat de la Commission énonce une allégation générale, à savoir que l'intimé avait [TRADUCTION] « fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie » en négligeant entre autres :

[TRADUCTION]

[...] d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment aéroporté du Canada pendant la période allant de la réception de l'ordre d'avertissement en vue de l'opération « Cordon » jusqu'au moment où [il avait] été relevé de son commandement;

[...]

[...] [son] devoir de commandant, tel qu'il est défini à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux et par les coutumes militaires.

32 De toute évidence, les conclusions que la Commission a énoncées au chapitre 35 étaient principalement axées sur ces allégations. Le fait que la formation du régiment, pendant qu'il était sous le commandement de l'intimé, constituait la préoccupation primordiale de la Commission ressort clairement du début du chapitre, où la Commission a dit ce qui suit³ :

Il incombait principalement au lcol Morneault, en sa qualité de commandant du Régiment aéroporté du Canada (RAC) jusqu'au 23 octobre 1992, de veiller à ce que les troupes reçoivent durant cette période une formation adéquate tenant compte des facteurs propres à une mission de maintien de la paix. La formation revêt une importance fondamentale dans les préparatifs de déploiement, et elle constitue la principale activité par laquelle on exerce un leadership, on transmet des attitudes et on vérifie l'état de préparation opérationnelle. On attend donc des responsables de la formation qu'ils portent une attention particulière à sa bonne supervision, en s'assurant qu'elle est assurée de façon adéquate et appropriée et que sa progression suit un plan soigneusement établi.

En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 4.20 [des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994)] et les coutumes militaires, la Commission a dit ce qui suit⁴ :

Compte tenu des constatations exposées ci-dessus au sujet des lacunes de leadership du lcol Morneault, et vu l'importance du contrôle et de la supervision de la formation en vue de missions à l'étranger, nous concluons que le lcol Morneault a manqué à son devoir de commandant.

33 Dès le 22 septembre 1995, l'intimé a officiellement été avisé que la Commission enquêterait sur l'« aptitude du régiment » à servir en Somalie, sur son « état de préparation », sur la « sélection des officiers et des militaires du rang », sur l'« à-propos des objectifs et des normes d'entraînement », sur l'« efficacité des décisions et des mesures prises durant la période d'entraînement antérieure au déploiement » et sur l'« état de la discipline ». Comme nous l'avons vu, l'avis détaillé du 31 janvier 1997 était principalement axé sur le caractère adéquat des « préparatifs de la formation » aux fins de la mission en Somalie. Il a été suivi de la lettre du 11 février 1997, qui renfermait des détails additionnels à ceux donnés au sujet de la faute imputée dans la lettre du 31 janvier 1997, en ce qui concerne le caractère adéquat des « préparatifs de la formation » et le respect de l'obligation imposée par l'article 4.20 des ORFC et par les coutumes militaires.

34 À mon avis, lorsque les conclusions en question sont considérées dans leurs contextes immédiats et dans le contexte entier du chapitre 35, on ne saurait dire que l'équité procédurale n'a pas été respectée parce qu'aucun préavis suffisant n'a été donné à l'intimé. Il me semble que la portée de l'avis et du mandat de la Commission permet fort bien ces conclusions. Eu égard à toutes les circonstances, je suis convaincu que l'intimé a reçu un préavis suffisant conformément à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales sur la phase antérieure au déploiement, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire, il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne, il a eu la possibilité de présenter des observations orales et des observations écrites avant que les conclusions en question soient tirées et il s'est effectivement prévalu de cette possibilité. Les observations écrites, soit environ 117 pages, traitaient d'une façon fort détaillée des questions de formation et de discipline au sein du régiment. À mon avis, tous ces facteurs sont pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si l'intimé a reçu un préavis suffisant. Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'article 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la substance de la preuve présentée contre lui de sorte qu'aucune des conclusions tirées par la Commission n'a pu le prendre par surprise: voir *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1961] R.C.S. 294, à la page 316.

Possibilité d'examiner les conclusions de la Commission

35 L'intimé conteste ensuite les conclusions particulières qui figurent au chapitre 35 pour le motif qu'elles ne sont pas étayées par le dossier. Le juge des requêtes était d'accord et les a déclarées non valides. Le juge des requêtes a résumé ces conclusions d'une façon fort utile dans ses motifs [aux paragraphes 40 et 41, pages 265 et 266]:

Je passe maintenant au résumé des conclusions énoncées au chapitre 35 du Rapport de la Commission qui sont défavorables au lieutenant-colonel Morneau. La partie pertinente du texte commence par la déclaration selon laquelle le lieutenant-colonel Morneau ne s'était pas acquitté de ses importantes responsabilités relatives à la formation parce qu'il n'avait pas inculqué aux membres de ses commandos, par la conception d'un plan de formation approprié et par une supervision directe satisfaisante, une attitude convenant à une mission de maintien de la paix. Le Rapport affirme ensuite qu'il n'avait pas consacré suffisamment de temps à la supervision directe; que la formation était beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comportait un degré d'agressivité incompatible avec la mission; qu'il aurait dû savoir que la mission nécessitait des connaissances plus étendues; qu'il avait été averti à plusieurs reprises que la formation était empreinte de trop d'agressivité, mais qu'il n'avait pas corrigé cette déficience; qu'il n'avait pas relevé le major Seward de son poste de commandant du 2^e Commando lorsqu'on l'avait averti que ce dernier n'était pas apte à commander l'unité et qu'il avait empêché que des mesures immédiates soient prises contre cet officier.

Le deuxième motif à l'appui de la conclusion d'inconduite tirée par la Commission relativement à la formation et énoncé dans le Rapport est que le lieutenant-colonel Morneau n'avait pas instruit convenablement ses commandants sur le but, la portée et les objectifs de l'entraînement qu'ils devaient donner et n'a pas inclus d'énoncé convenable de ces points dans son plan d'entraînement. Il aurait dû savoir aussi qu'un ordre écrit établissant les priorités dans un concept de formation global est un élément important de l'orientation de l'entraînement. Comme il ne l'avait pas fait, il n'est pas étonnant qu'il y ait eu un manque de cohésion entre les sous-unités du RAC. Il n'avait pas déployé tous les efforts possibles pour assurer la cohésion de son unité.

36 Deux questions distinctes sont soulevées à cet égard. Il s'agit de savoir, en premier lieu, si le juge des requêtes a commis une erreur en concluant avoir compétence pour examiner les conclusions parce qu'il s'agissait de « décisions » au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et, en second lieu, si le juge des requêtes a commis une erreur en déterminant que les conclusions n'étaient pas étayées par le dossier de l'enquête.

37 La question de la possibilité d'effectuer un examen est à coup sûr nouvelle; il s'agit pour le moins d'une question épineuse. Le juge des requêtes a conclu que les conclusions tirées au chapitre 35 étaient des « décisions » susceptibles d'être examinées

en vertu de l'alinéa 18.1(4)d), mais il faudrait examiner toute la disposition non seulement afin de faciliter l'interprétation de cet alinéa, mais aussi parce que l'intimé l'a invoquée dans sa demande de contrôle judiciaire.

38 L'article 18.1 est rédigé comme suit:

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

(5) La Section de première instance peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

39 Le juge des requêtes a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie en enquêtant sur la faute imputée était semblable à celle qui s'applique dans une cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Son analyse sur ce point figure au paragraphe 52 [page 269] de ses motifs et est exposée comme suit:

La procédure que la Commission a suivie pour les fins de ses conclusions figurant au volume 4 comporte de nombreux points de similitude avec celle que suit un tribunal judiciaire: les travaux se déroulent en public, les personnes répondent à des « accusations de faute » portées à leur endroit, elles ont le droit de citer au moins quelques témoins, l'occasion leur est donnée de faire des observations écrites, l'issue étant soit le rejet de l'« accusation » ou une conclusion d'inconduite

à leur égard. Il s'agit d'un processus décisionnel quasi judiciaire. En outre, les conclusions de la Commission imputant des fautes à des personnes nommément désignées peuvent entraîner des conséquences graves sur leur réputation et leur carrière. Conclure que des décisions qui découlent d'un tel processus ne sont pas susceptibles de contrôle en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) serait tout à fait contraire à l'objet même du contrôle judiciaire et à son développement en tant que recours en droit.

40 À mon avis, il s'agit d'une question d'interprétation de la loi. Toutefois, il n'est pas clair que les similitudes qui existent sur le plan de la procédure constituent en tant que telles un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Notre Cour a eu à maintes reprises à interpréter l'expression « décision ou ordonnance [...] résultant d'un processus [...] ayant légalement [un] caractère judiciaire ou quasi judiciaire — rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office » figurant à l'article 28 de la Loi tel qu'il était libellé avant d'être modifié en 1990. Comme l'ont signalé D. J. M. Brown et J. M. Evans, dans l'ouvrage intitulé: *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, édition en feuilles mobiles (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), au paragraphe 2:4420, note 376: [TRADUCTION] « La Cour a initialement restreint la portée de l'expression aux décisions ou ordonnances "définitives" et aux décisions ou ordonnances que l'office était expressément chargé de rendre en vertu de sa loi habilitante », mais la portée de l'article 28 a par la suite été [TRADUCTION] « élargie de façon à inclure une décision qui déterminait pleinement les droits fondamentaux de la partie, même si la décision de l'office n'était peut-être pas définitive ». En fait, une recommandation faite à un ministre par un tribunal d'enquête qui devait normalement entraîner une expulsion a été considérée comme susceptible d'être examinée en vertu de l'article 28: *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité)*, [1999] 4 C.F. 624 (C.A.).

41 Je dois admettre qu'il m'est difficile de considérer les conclusions en cause comme des « décisions » au sens de la disposition. La décision qui a été rendue dans l'affaire *Krever*, précitée, [au paragraphe 34, page 460] laisse entendre que le contraire peut être vrai car, comme nous l'avons vu, les conclusions tirées par un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes* « sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions » qui n'entraînent « aucune conséquence légale »; elles « ne sont pas exécutoires » et elles « ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet ». Dans un arrêt antérieur, *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631, à la page 636, il a été statué que l'« avis » que la Commission de la fonction publique devait exprimer en vertu de l'alinéa 21b) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, n'était pas une « décision ou ordonnance » qui pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part de notre Cour en vertu de l'article 28. Toutefois, je dois reconnaître la force de l'argument contraire, à savoir qu'un contrôle de conclusions telles que celles qui sont ici en cause est possible pour le motif énoncé à l'alinéa 18.1(4)d), et ce, même s'il s'agit d'opinions qui n'ont pas d'effet obligatoire, à cause du tort sérieux que des conclusions non étayées par le dossier pourraient causer à la réputation d'une personne.

42 S'il n'existe aucun motif justifiant l'octroi d'une réparation en vertu de cet alinéa, je suis néanmoins d'avis que les conclusions en cause peuvent être examinées en vertu de la disposition en question. Le contrôle judiciaire prévu à l'article 18.1 n'est pas limité à « une décision ou une ordonnance ». C'est ce qui ressort clairement du paragraphe 18.1(1), qui permet au procureur général du Canada et à « quiconque que est directement touché » de solliciter le contrôle judiciaire. Il ressort clairement de la disposition dans son ensemble que, si d'une part une décision ou une ordonnance est une question qui peut être examinée, d'autre part une question autre qu'une décision ou une ordonnance peut également être examinée. C'est ce que montre la décision que notre Cour a rendue dans l'affaire *Krause c. Canada*, [1992] 2 C.F. 476 (C.A.). Dans cette décision, il a été statué qu'une demande de contrôle judiciaire présentée conformément à l'article 18.1 en vue de l'obtention du bref de *mandamus*, du bref de prohibition et du jugement déclaratoire prévus à l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la Loi, sont des questions sur lesquelles la Cour a compétence et que la Cour peut accorder la réparation appropriée conformément aux alinéas 18.1(3)a) et 18.1(3)b). Voir également *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.); *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.). Je suis convaincu que l'intimé est directement touché par les conclusions et que celles-ci peuvent être examinées en vertu de l'article 18.1. Les conclusions sont exceptionnellement importantes pour l'intimé à cause des conséquences qu'elles ont sur sa réputation. La Cour doit être en mesure de déterminer si, comme il a été allégué, les conclusions sont injustifiables compte tenu de la preuve.

43 Pour pouvoir être examinée en vertu de l'article 18.1, une question doit néanmoins émaner d'un « office fédéral ». Tel était le cas dans l'affaire *Krause*, précitée. L'expression « office fédéral » est définie au paragraphe 2(1) de la Loi comme s'entendant d'un « Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne [...] ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ». À mon avis, la Commission est visée par cette définition, car son mandat lui a été dévolu par le décret du 20 mars 1995, tel qu'il a subséquentement été modifié, et ses pouvoirs d'enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la *Loi sur les enquêtes*: voir *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.).

44 Si, comme je l'ai dit, les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, une mesure peut être prise en vertu du paragraphe 18.1(3), à condition qu'un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu du paragraphe 18.1(4). Si les conclusions ne sont pas des « décisions ou des ordonnances », rien ne permet d'effectuer un examen en vertu des alinéas 18.1(4)d) ou 18.1(4)c). L'appelant a soutenu dans ses plaidoiries qu'une conclusion de la Commission qui serait contraire à la preuve pourrait être examinée en vertu de l'alinéa 18.1(4)f), pour le motif que la Commission « a agi de toute autre façon contraire à la loi ». Il m'est difficile de retenir cet argument; en effet, cette disposition semble viser un motif qui n'est pas par ailleurs expressément énoncé au paragraphe 18.1(4). Je laisserai la question en suspens car je crois qu'une conclusion non étayée figurant au chapitre 35 qui est tirée par la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l'alinéa 18.1(4)b). La justice naturelle et l'équité procédurale sont habituellement associées à la qualité d'une audience qui aboutit à une décision ou à une ordonnance, mais la jurisprudence n'a pas ainsi limité la chose. Par ailleurs, la justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions de l'office, y compris celles qu'une commission d'enquête tire, ne sont pas étayées par la preuve: *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (C.P.), lord Diplock, à la page 820:

[TRADUCTION] Les règles de justice naturelle qui sont ici pertinentes peuvent, à notre avis, se résumer aux deux règles que la Cour d'appel d'Angleterre a mentionnées dans l'arrêt *Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore*, [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490, qui portait sur l'exercice d'une compétence en matière d'enquête, même s'il s'agit d'une compétence différente de celle que le juge qui enquêtait sur le désastre du mont Erebus a assumée. Selon la première règle, la personne qui tire une conclusion dans l'exercice de pareille compétence doit fonder sa décision sur des éléments de preuve qui ont une valeur probante au sens où nous l'entendons ci-dessous. Selon la seconde règle, cette personne doit entendre d'une façon équitable toute preuve pertinente qui va à l'encontre de la conclusion et tout argument rationnel contraire à la conclusion qu'une personne représentée à l'enquête, dont les intérêts (notamment au point de vue de sa carrière ou de sa réputation) peuvent être en jeu, veut ou aurait voulu lui soumettre si elle avait su que cette conclusion serait peut-être tirée.

Voir Sir William Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, 7^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1994), à la page 540. Voir également *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1996] 3 C.F. 259 (1^{re} inst.), au paragraphe 144 [page 315]; comparer avec *Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re* (1984), 40 O.R. (2d) 70 (C. div.); *Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585*, [1996] O.J. n° 3039 (C. div.) (QL).

45 Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l'intimé ne peut pas réellement se plaindre qu'elles ont peut-être terni sa réputation. D'autre part, si aucun élément de preuve n'étayait les conclusions, le tort qui pourrait être causé à la réputation de l'intimé serait important. L'intimé ne pourrait pas se présenter de nouveau devant la Commission pour faire corriger l'erreur. Le mandat de la Commission est épuisé. L'intimé ne pourrait pas non plus en appeler d'une conclusion erronée devant une cour de justice. À moins que les conclusions en cause ne soient susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, toute erreur qui peut avoir été commise ne pourrait jamais être corrigée et il ne serait jamais possible de remédier au tort qui a pu être fait. L'intimé serait obligé de subir ces conséquences pour le reste de sa vie, et ce, quel que soit le dommage qui puisse avoir été causé à sa réputation. Cela semblerait injuste. Je concède que ces considérations à elles seules ne règlent pas la question de la possibilité d'effectuer un examen, mais il ne faut pas non plus omettre d'en tenir compte. Toutefois, je suis convaincu qu'une affaire telle que celle-ci doit assurément être examinée par la Cour pour le motif énoncé à l'alinéa 18.1(4)b), de façon à garantir le respect de la justice naturelle et à veiller à ce que la réputation de l'intimé ne soit pas ternie d'une façon injustifiée.

Le dossier testimonial de l'enquête

46 J'examinerai maintenant l'argument de l'appelant selon lequel les conclusions en cause sont étayées par le dossier. Le juge des requêtes a examiné les conclusions selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, même s'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête. La Cour suprême a statué que, lorsque cette norme s'applique, la décision n'est pas manifestement déraisonnable « s'il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier, même si elle ne correspond pas à la conclusion qu'aurait tirée la cour chargée de procéder à l'examen »: *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 341. Étant donné qu'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête, je préfère examiner ces conclusions en me demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve versée au dossier de l'enquête. Dans l'arrêt *Mahon*, précité, à la page 814, lord Diplock a noté les différences qui existent entre une enquête et un litige civil ordinaire et, à la page 820, il a énoncé les deux règles de justice naturelle mentionnées dans le passage précité. Il a ensuite ajouté ce qui suit, à la page 821:

[TRADUCTION] Les règles techniques de preuve applicables aux litiges civils ou criminels ne font pas partie des règles de justice naturelle. La première règle exige que la décision de tirer la conclusion en question soit fondée jusqu'à un certain point sur *des* éléments qui tendent logiquement à montrer l'existence de faits compatibles avec la conclusion et que le raisonnement qui est fait au sujet de la conclusion, s'il doit être divulgué, ne soit pas en bonne partie contradictoire en soi.

47 L'examen du dossier de l'enquête que j'ai moi-même effectué me convainc que le dossier renferme des éléments de preuve suffisants à l'appui de chacune des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayée, et ce, même si la preuve ne semble peut-être pas tout à fait cohérente car, en fin de compte, il incombait à la Commission, en tirant ses conclusions de fait, de soupeser et d'apprécier la preuve présentée par les divers témoins. Il va sans dire que, même dans les meilleures circonstances, il ne s'agit pas d'une tâche facile, certainement pas dans ce cas-ci, où le sentiment de frustration à l'égard de certains témoignages est manifeste à la lecture du rapport. Par conséquent, à mon avis, il n'incombe certes pas à la cour qui effectue l'examen de s'attribuer le rôle des commissaires en soupesant et en appréciant de nouveau la preuve qui est ici en cause.

48 Quant à la première de ces conclusions, l'intimé a témoigné que [TRADUCTION] « sur le temps dont [il] disposai[t], 15 p. 100 du temps, de 15 à 20 p. 100 du temps était consacré à la supervision de la formation »⁵. Ce témoignage et d'autres éléments de preuve portant sur ce point sont examinés dans les observations écrites de l'intimé, aux paragraphes 165 à 173⁶. La conclusion selon laquelle l'intimé [TRADUCTION] « n'a pas consacré suffisamment de temps » semblerait représenter la conclusion ou l'opinion à laquelle la Commission est arrivée en se fondant sur les faits constatés⁷. Il est ensuite conclu que l'intimé savait ou aurait dû savoir qu'une mission de maintien de la paix [TRADUCTION] « nécessit[e] des connaissances plus étendues que l'entraînement général au combat permet d'en donner ». Selon certains éléments de preuve, une mission de maintien de la paix fait appel à un [TRADUCTION] « état d'esprit tout à fait différent »⁸ et trop peu de [TRADUCTION] « formation propre à la mission » avait été donnée aux soldats au cours de la phase antérieure au déploiement⁹. La conclusion selon laquelle l'intimé a permis que la formation du 2^e Commando [TRADUCTION] « soit beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comporte un degré d'agressivité incompatible avec une mission de maintien de la paix » semblerait encore une fois être étayée par le dossier. Selon certains éléments de preuve, on avait donné au sein du 2^e Commando un entraînement général au combat, y compris en ce qui concerne l'emploi d'une force mortelle, qui n'était pas compatible avec une mission de maintien de la paix¹⁰. La conclusion selon laquelle l'intimé n'a pas pris au sérieux les critiques formulées par le Capitaine Kyle au sujet de la formation du 2^e Commando semble jusqu'à un certain point fondée sur la preuve¹¹. Il en va de même pour la conclusion selon laquelle une directive donnée par l'intimé au lieutenant-colonel MacDonald a empêché la prise immédiate de mesures à l'encontre du major Seward, qui commandait le 2^e Commando, directive dont l'intimé était responsable¹². De même, la conclusion selon laquelle l'intimé [TRADUCTION] « n'a pas instruit convenablement ses commandants sur le but, la portée et les objectifs de l'entraînement qu'ils devaient donner et n'a pas inclus d'énoncé convenable de ces points dans son plan d'entraînement » est étayée par la preuve¹³. Enfin, les conclusions selon lesquelles les trois commandos [TRADUCTION] « avaient fonctionné

indépendamment les uns des autres, sans la cohésion que doit avoir un régiment » et que l'intimé [TRADUCTION] « n'a pas déployé tous les efforts possibles pour assurer la cohésion de son unité » sont étayées par la preuve¹⁴.

Dispositif

49 J'accueillerais l'appel en partie, j'infirmerais l'ordonnance de la Section de première instance et j'y substituerai un jugement déclaratoire portant que les déclarations générales susmentionnées figurant aux pages xxxvi à xxxviii du volume 1 et les déclarations générales susmentionnées figurant aux pages 1075 et 1076 du volume 4 du rapport ne s'appliquent pas à l'intimé. À tous les autres égards, je rejeterai la demande de contrôle judiciaire. Étant donné que l'appelant a en bonne partie eu gain de cause dans le présent appel, il devrait avoir droit aux deux tiers des dépens partie-partie de l'appel.

Le juge Strayer, J.C.A.:

Je souscris aux présents motifs.

Le juge Robertson, J.C.A.:

Je souscris aux présents motifs.

Solicitors of record:

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

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimé.

Notes de bas de page

- 1 *Morneault c. Canada (Procureur général)* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 251 (C.F. 1^{re} inst.).
- 2 Rapport de la Commission, vol. 4, aux p. 1160 à 1162.
- 3 *Ibid.*, aux p. 1159 et 1160.
- 4 *Ibid.*, à la p. 1162.
- 5 Transcription de l'enquête, dossier d'appel, vol. IV, à la p. 765.
- 6 *Ibid.*, vol. I, aux p. 190 et 191.
- 7 *Ibid.*, vol. IV, à la p. 764.
- 8 *Ibid.*, vol. IV, à la p. 918.
- 9 *Ibid.*, vol. V, aux p. 953, 954 et 1112.
- 10 *Ibid.*, aux p. 1166 et 1167; vol. VI, à la p. 1176.
- 11 *Ibid.*, vol. V, aux p. 954 et 955.
- 12 *Ibid.*, vol. VI, aux p. 1182 et 1183.
- 13 *Ibid.*, vol. V, aux p. 1131 et 1151 à 1161. Voir également les p. 1113, 1116, 1128, 1129 et 1130.
- 14 *Ibid.*, vol. VI, aux p. 1185, 1205, 1208, 1212, 1215; vol. V, aux p. 1086 et 1087, 1134 et 1135.

Onglet 2



L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN
THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
Division du Québec • Québec Branch 

ACTES DE LA FORMATION
JURIDIQUE PERMANENTE 2009
VOLUME 6

COLLOQUE SUR LES
ORGANISMES D'ENQUÊTE

ÉDITIONS YVON BLAIS

© 2009 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIE) pour nos activités d'édition.

Dépôt légal : 4^e trimestre 2009
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN : 978-2-89635-382-8



THOMSON REUTERS

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

C.P. 180 Cowansville
(Québec) Canada
J2K 3H6

Service à la clientèle
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : (450) 263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com

La détermination des faits et de la responsabilité par les commissions d'enquête

Charles-Maxime Panaccio*

INTRODUCTION	93
I. COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS	94
A. Principe général : des normes de preuve moins exigeantes	95
B. Contentieux administratif et normes de preuve	96
II. REMARQUES SUR LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ	100
A. Énoncés de droit positif	100
B. Limiter la compétence des commissions d'enquête quant à l'attribution de responsabilité personnelle ?	109

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

Le processus d'établissement des faits par une commission d'enquête de nature « investigatrice » s'apparente à plusieurs égards à celui d'un procès civil ou pénal. La commission entend des témoins et ceux-ci sont interrogés et contre-interrogés par des avocats ; on peut y présenter de la preuve écrite et matérielle ; et, en bout de ligne, sur la base des éléments de preuve obtenus, la commission tire certaines conclusions de fait. Il est néanmoins bien établi en jurisprudence qu'une commission d'enquête bénéficie de plus de flexibilité qu'un juge de procès lorsqu'il s'agit de l'application de règles dites « de fond » en matière de preuve (fardeaux et standards de preuve, moyens de preuve, règles d'admissibilité, etc.). La principale raison invoquée au soutien de cette proposition est qu'alors que le procès judiciaire tire des conclusions qui ont force juridique, détermine les droits et obligations des personnes et les conséquences qui en découlent, les commissions d'enquête ne font quant à elles qu'établir les faits, sans pouvoir tirer quelque conclusion juridique que ce soit qui puisse donner lieu à une ordonnance coercitive.

Ceci revient en quelque sorte à dire que malgré certaines ressemblances évidentes, comme le procès et la commission d'enquête ont des objets différents, les normes encadrant le processus de détermination de la preuve s'y appliquant tendent aussi à différer. Le présent texte offre ainsi un tour d'horizon des normes juridiques encadrant le processus de détermination des faits au sein des commissions d'enquête « investigatrices ». Ces normes sont en partie façonnées par la nature et l'objet des commissions. Mais celles-ci étant de pures créatures administratives, ces normes sont également façonnées par les principes généraux qui encadrent le contentieux administratif, soit le respect des limites de l'autorité déléguée, le respect de l'équité procédurale, la conformité à certaines exigences associées à la raison ou à la rationalité et la doctrine de la « déférence » judiciaire. Le texte se conclut par l'analyse d'une question qui hante discrètement la discussion de l'application de règles de preuve au sein des commissions d'enquête et plus généralement les débats politiques et juridiques concernant ces commissions : celle de l'autorité

des commissions de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique des personnes impliquées et/ou de « nommer des noms ». À cet égard, si les sources de droit positif, particulièrement la jurisprudence, tergiversent, d'une perspective d'éthique publique il apparaît souhaitable d'éviter que le travail des commissions d'enquête chevauche celui des tribunaux judiciaires en matière d'attribution de responsabilité individuelle.

I. COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS

Une commission d'enquête a toujours pour mandat d'établir certains faits, mais la nature des faits à établir peut varier d'une commission à l'autre. Certaines commissions ont pour mandat premier de déterminer ce qui est survenu dans le passé (« Qui a fait quoi à qui » ?)¹, alors que d'autres ont davantage pour mandat de déterminer des faits pertinents d'une nature plus générale relativement à une question d'intérêt public². Aussi, dans la plupart des cas, une commission d'enquête aura non seulement pour mandat de déterminer certains faits, mais aussi de faire des recommandations au gouvernement sur la base des faits établis. Or, de telles recommandations peuvent suivre des conclusions quant à ce qui est survenu, des conclusions quant à la situation qui prévaut actuellement (ou qui risque de prévaloir) relativement à une question sociale donnée, ou un amalgame des deux types de conclusions. La présente discussion s'intéresse davantage au processus de détermination des faits au sein de

1. Traduction douteuse de « Who did what to whom ? », une expression utilisée par divers auteurs dans Allan MANSON et David MULLAN (dir.), *Commissions of Inquiry : Praise or Reappraise ?*, Toronto, Irwin Law, 2003 [Manson et Mullan] et qui forme le titre de la quatrième partie de cet ouvrage (« Who Did What to Whom Inquiries »).
2. La Commission de réforme du droit du Canada prônait une distinction entre deux catégories de commissions, suivant leurs fonctions : (1) les commissions consultatives, qui « examinent une question de politique générale et recueillent des éléments d'information relatifs à cette question, et (2) les commissions d'enquête au sens propre, qui s'intéressent principalement aux données d'un problème particulier, généralement relié au fonctionnement de l'État. La distinction offre certaines balises, mais comme le reconnaissait la Commission de réforme elle-même, la plupart des commissions tendent à être mixtes. Commission de réforme du droit du Canada, *Document de travail 17, Droit administratif : Les commissions d'enquête*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1977, p. 13 [Document de travail 17]. Commission de réforme du droit du Canada, *13^e Rapport : Les commissions consultatives et les commissions d'enquête*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 5-6 [Rapport]. Voir aussi Russel J. ANTHONY et Alastair R. LUCAS, *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 3 [Anthony et Lucas].

commissions d'enquête qui ont principalement pour mandat de déterminer des faits survenus dans le passé (commissions que l'on peut qualifier d'« investigatrices »), car ce type d'enquête met directement en cause ce que l'on appelle généralement des « règles de fond » en matière de preuve. Il demeure néanmoins que la majeure partie de cette discussion peut être appliquée au processus de détermination de faits appartenant au présent et à l'avenir.

A. Principe général : des normes de preuve moins exigeantes

Même si les méthodes d'acquisition d'éléments de preuve sont différentes au sein d'une commission d'enquête investigatrice et d'un procès judiciaire accusatoire (par exemple, le personnel d'une commission peut générer ses propres rapports et études), les moyens de preuve utilisés devant ces deux types de *fora* sont essentiellement les mêmes : témoignages sur interrogatoires et contre-interrogatoires menés par des avocats, preuve écrite et preuve autoptique. Une commission peut aussi prendre connaissance d'office de certains faits de notoriété générale³.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence canadienne contient nombre d'affirmations concernant certaines différences entre procès et commissions d'enquêtes relatives aux normes régissant l'établissement des faits. Ainsi, les tribunaux ont affirmé avec constance que les commissions d'enquête sont autorisées à appliquer un standard de preuve qui n'est même pas aussi exigeant que celui de la prépondérance des probabilités du procès civil, et qu'elles n'ont pas à s'embarasser de certaines règles d'admissibilité comme celles relatives à la preuve par ouï-dire ou aux témoignages d'opinion⁴. Cette différence de standard serait justifiée par le fait qu'une commission ne fait que « déterminer les faits » et fait des recommandations à des fins de poli-

3. Anthony et Lucas, *ibid.*, p. 142, 174.

4. Anthony & Lucas, *ibid.*, p. 90 :

The practice adopted by most commissioners is to allow hearsay evidence and to hear opinion evidence from a broad range of witnesses. Some of whom would be considered experts and others not. The reasons are not hard to find. From the public's point of view it indicates a willingness to listen to a range of experience. From the inquiry's perspective, these opinions may still be the best, or the only, sources of information available.

La *Loi sur les enquêtes* du Nouveau Brunswick, L.R.N.B., 1973, c. I-11, a d'ailleurs codifié ces règles prétorienne. Son art. 8 énonce : « Les commissaires peuvent entendre et recevoir toute preuve pertinente, même si elle n'est pas admissible suivant les règles applicables aux procès devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick ».

tique publique (de « policy »), alors qu'un tribunal a pour fonction de tirer des conclusions d'ordre juridique afin de régler un litige concernant les droits des parties, ce qui pourra s'assortir d'ordonnances coercitives⁵. Bref, en raison des intérêts en jeu, une commission d'enquête n'adoptera pas la même approche que les tribunaux judiciaires quant à la recherche de la vérité.

B. Contentieux administratif et normes de preuve

Une commission d'enquête étant une création de la branche exécutive du gouvernement, tout son processus décisionnel, y compris la détermination des faits, est assujéti aux règles associées au contrôle judiciaire de l'administration⁶. Ces règles sont bien connues et il suffit ici de donner un aperçu de leur itération la plus récente, tirée de la décision de la Cour suprême dans *Dunsmuir*⁷. D'abord, évidemment, une commission devra respecter les termes de son mandat et éviter d'établir des faits qu'elle n'a pas été autorisée à établir⁸. Ensuite, elle devra se soumettre aux exigences de l'équité procédurale. Enfin, ses conclusions de fait devront être raisonnables⁹.

5. *Bird v. Keep*, [1918] 2 K.B. 692, p. 698 (C.A.) (traitant de l'enquête d'un coroner); *Re Child's Aid Society of the County of York*, [1934] O.W.N. 418, p. 420 (C.A.); *Robb Estate v. St. Joseph's Health Care Centre*, (1998) 31 C.P.C. (4th) 99 (Ont. Gen. Div.), par. 19-24; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang-première instance)*, [1996] 3 C.F. 259, A.C.F. No. 864, (C.F.), par. 143). *Canada (Procureur Général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36, [1997] A.C.F. No. 17, par. 36 (C.A.) [*Enquête sur l'approvisionnement en sang-appel*]; *Rumley v. British Columbia*, [2003], 12 B.C.L.R. (4th) 121, p. 131; *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527, [1997] A.C.F. no. 509 (C.A.), par. 23.

6. Même si à une certaine époque ce n'était peut-être pas le cas (voir par exemple *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12), l'assujettissement des commissions d'enquête au contrôle judiciaire et aux normes s'y attachant est maintenant bien établi. L'évolution des règles entourant le contrôle judiciaire des travaux des commissions d'enquête a suivi la tendance générale à la « déformalisation » des règles du contrôle judiciaire. Voir la discussion du juge Schroeder dans *Re Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, [1962] O.R. 872 (C.A.) [*Ontario Crime Commission*]; voir aussi, à titre d'exemples, *Morneault c. Canada (Procureur-Général)*, [2001] 1 C.F. 30, [2000] A.C.F. 705 (C.A.), par. 42 [*Morneault*]; *Chrétien c. Canada (Commission d'enquête sur le Programme des commandites et les activités publicitaires - Commission Gomery)*, [2008] C.F. 802, [2008] A.C.F. n° 973, par. 39-44 (C.F.) [*Chrétien-Gomery*].

7. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

8. *Ibid.*, par. 128 (le juge Binnie, souscrivant). Les motifs concordants du juge Binnie et ceux des juges Bastarache et LeBel montrent certaines différences d'approche méthodologique, mais celles-ci sont sans pertinence pour nos fins.

9. *Ibid.*, par. 28 (les juges Bastarache et LeBel) : « Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites

L'équité procédurale est une notion variable¹⁰. Les obligations qui en découlent se moduleront en fonction de la catégorie à laquelle appartient le décideur, de la nature de la question en cause et des conséquences pour les personnes concernées¹¹. Dans bien des cas, elle requiert que les personnes dont les intérêts sont mis en cause par les travaux d'une commission puissent adéquatement présenter des éléments de preuve et contre-interroger les témoins¹². Ainsi, en 1963, dans *Re Ontario Crime Commission*, le juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario affirmait :

In the prosecution of an inquiry of this type the proceedings are characterized by less formality than in the conduct of matters before the established courts, and the Commissioner is not bound to observe the strict rules of evidence or all the niceties of practice and procedure.

In the present inquiry, allegations of a very grave character have been made against the applicants, imputing to them the commission of very serious crimes. It is true that they are not being tried by the Commissioner, but their alleged misconduct has come under the full glare of publicity, and it is only fair and just that they should be afforded an opportunity to call evidence, to elicit facts, by examination and cross-examination of witnesses and thus be enabled to place before the commission of inquiry a complete picture rather than incur the risk of its obtaining only a partial or distorted one. This is a right to which they are, in my view, fairly and reasonably entitled and it should not be denied them.¹³

fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue ».

10. *Ibid.*, par. 77, 79 (les juges Bastarache et LeBel).

11. *Ibid.*, par. 129 (le juge Binnie, souscrivant).

12. *Ibid.*, par. 77, 79 ; Anthony & Lucas, *op. cit.*, note 2, p. 91 ; *Ontario Crime Commission*, précité, note 6 ; voir aussi *Mahon v. Air New Zealand*, [1984] A.C. 808 (P.C.) (le Comité judiciaire du Conseil Privé, s'appuyant sur *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner* ; *Ex parte Moore*, [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490 (C.A.)), citées dans Anthony et Lucas, *op. cit.*, note 6, p. 157-8 ; *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7, par. 19. On pourra enfin noter que le par. 5(1) de la *Loi sur les enquêtes publiques de l'Ontario*, L.R.O. 1990, c. P-41 permet expressément aux personnes ayant un intérêt important et direct dans l'objet de l'enquête de témoigner, d'appeler, d'interroger ou de contre-interroger des témoins. Voir aussi l'art. 12 du *Public Inquiries Act* de l'Alberta, R.S.A., 2000, c. P-39.

13. *Ontario Crime Commission*, précité, note 6, p. 895-6.

Par ailleurs, toujours suivant les règles générales du droit administratif, une commission doit donner des motifs au soutien de ses conclusions de fait¹⁴. Elle devra également respecter les règles de preuve d'ordre public qui s'appliquent, telles que celles relatives au privilège d'informateur de police ou au secret professionnel. Enfin, une commission est évidemment assujettie aux règles du droit constitutionnel.

Même en l'absence d'une clause privative¹⁵, il est clair qu'un tribunal judiciaire ne pourra interférer avec les conclusions de fait d'une commission d'enquête que si celles-ci sont déraisonnables. Les commissions ne jouissent pas d'une expertise supérieure aux tribunaux à l'égard du traitement des faits, mais ce n'est certainement pas le rôle des tribunaux de venir remettre en question les conclusions d'un organisme créé précisément afin de remplir, entre autres choses, une telle tâche. La même réserve est d'ailleurs accordée par les tribunaux d'appel aux tribunaux de première instance. Ainsi, comme l'a exprimé Lord Salmon, président de la Commission royale d'enquête sur les tribunaux d'enquête du Royaume-Uni :

Tribunals have no questions of law to decide. It is true that whether or not there is evidence to support a finding is a question of law. Having regard, however, to the experience and high standing of the members appointed to Tribunals and their natural reluctance to make any finding reflecting on any person unless it is established beyond reasonable doubt by the most cogent evidence, it seems unlikely that any such finding would ever be made without any evidence to support it. Any adverse finding which a Tribunal may make against any persons will depend upon what evidence the Tribunal believes.¹⁶

Aussi les tribunaux font-ils effectivement preuve de déférence quant aux conclusions de fait des commissions d'enquête¹⁷. Néan-

14. *Dunsmuir*, précité, note 7, par. 47 (les juges Bastarache et LeBel) : « Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

15. À ma connaissance, seul le *Public Inquiries Act* de Terre-Neuve, S.N.L., 2006, c. P-38.1, contient une clause privative (art. 26).

16. The Rt Hon. Sir Cyril SALMON, *Tribunals of Inquiry*, Jerusalem, Magnes Press, 1967, p. 20, cité (et traduit) dans *Document de travail 17*, op. cit., note 2, p. 39-40. La référence à un standard de preuve hors de tout doute raisonnable a de quoi surprendre.

17. *Dunsmuir*, précité, note 7, par. 45. « La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le

moins, il faudrait probablement se garder de partager l'optimisme de Lord Salmon à l'égard de l'improbabilité que des conclusions soient jamais formulées par des commissions d'enquête sans preuve à l'appui. Peut-être vaudrait-il mieux rester vigilants et garder fraîche à l'esprit la possibilité qu'une commission vienne à tirer des conclusions factuelles déraisonnables ou non fondées.

L'opportunité offerte aux tribunaux judiciaires de réviser une conclusion de fait déraisonnable ou injustifiée peut être décrite comme relevant des exigences de l'équité procédurale ou de la doctrine de la *raisonnabilité*. Car une conclusion de fait qui n'est pas fondée sur des éléments de preuve probants ou sur aucun élément de preuve est *déraisonnable* dans la mesure où elle va à l'encontre des règles minimales de l'épistémologie (qui guident l'établissement de quelque fait ou connaissance que ce soit), tout en étant, par le fait même, inéquitable ou injuste pour la personne lésée par la conclusion. Ainsi, il faudra ajouter que si l'on a dit que le standard de preuve appliqué par une commission d'enquête pouvait être moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités, il faut se demander si un tel standard ne viendrait pas de toute façon nécessairement bafouer quelque norme épistémologique fondamentale en permettant à un commissaire de conclure à l'existence d'un fait sans justification suffisante. Autrement dit, peut-on même parler d'un standard de *preuve* moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités ? D'ailleurs, dans *Mahon v. Air New Zealand*, le Comité judiciaire du Conseil Privé¹⁸ a énoncé que l'équité procédurale imposait qu'une commission, lorsqu'elle tire une conclusion de fait, fonde sa décision sur de la preuve qui ait une valeur probante, c'est-à-dire sur des éléments qui tendent logiquement à démontrer l'existence de faits concordants avec la conclusion¹⁹. Par ailleurs, il a aussi déjà été décidé que la décision d'une commission d'exclure une preuve pertinente constituait une erreur juridictionnelle justifiant une intervention judiciaire²⁰.

respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente ». Voir aussi les par. 48-53.

18. *Précité*, note 12, s'appuyant sur *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner* [...], *précité*, note 12, cités dans Anthony et Lucas, *op. cit.*, note 1, p. 157-8.

19. Voir aussi *Morneault*, *précité*, note 6, par. 42-46, qui adopte essentiellement les motifs de cette dernière décision ; *Chrétien-Gomery*, *précité*, note 6, par. 63-64 ; Anthony & Lucas, *op. cit.*, note 2, p. 158.

20. *Re Bortolotti and Ministry of Housing*, (1977), 15 O.R. (2d) 617 (C.A.), p. 625-626.

II. REMARQUES SUR LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ

De façon générale, les règles de preuve sont plus flexibles devant les commissions d'enquête que devant les tribunaux. Mais certaines règles de preuve, plus précisément celle déterminant le standard à appliquer, sont directement tributaires des intérêts des personnes concernées. Ainsi, en matière criminelle, on applique le standard plus exigeant de l'absence de doute raisonnable à cause de l'inégalité présumée des moyens entre l'État et l'accusé et à cause des conséquences sérieuses sur la liberté, la sécurité et la réputation d'une personne que peut avoir une déclaration de culpabilité. Est-ce à dire que les exigences de l'équité procédurale en matière administrative pourraient avoir pour conséquence de forcer l'application d'un standard de preuve plus exigeant, à la limite celui de l'absence de doute raisonnable, si des intérêts comparables à ceux mis en cause par une poursuite criminelle sont mis en cause par les conclusions d'une commission d'enquête ? Autrement dit : une commission d'enquête peut-elle mettre en jeu des intérêts identiques ou comparables à ceux mis en jeu par une poursuite criminelle ? C'est lorsque l'on tente d'apporter une réponse à cette question que vient s'interposer celle de l'autorité des commissions de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique des personnes impliquées et/ou de « nommer des noms ».

Il va évidemment de soi qu'une commission d'enquête ne se voit jamais expressément donné le mandat de déterminer s'il y a eu manquement à des règles relevant du *Code criminel* ou de la responsabilité civile extracontractuelle. Par contre, il est souvent arrivé que des commissions se voient octroyé un mandat qui leur demande de tirer certaines conclusions de fait qui, une fois les règles de droit positif du droit pénal ou du droit de la responsabilité civile extracontractuelle appliquées, constituent un crime, une infraction ou un délit civil. À cet égard, deux questions doivent être distinguées. Du point de vue des règles de droit, peut-on autoriser une commission à tirer de telles conclusions de fait ? Et du point de vue de l'éthique publique, ou de ce qui serait souhaitable d'une perspective de *public policy*, devrait-on permettre à une commission de tirer de telles conclusions de fait ?

A. Énoncés de droit positif

Du point de vue du droit la réponse est loin d'être limpide. Évidemment, le mandat d'une commission peut lui interdire précisé-

ment de tirer quelque conclusion que ce soit relativement à la responsabilité criminelle des personnes impliquées. La jurisprudence suggère également qu'une commission créée par un gouvernement provincial ne pourra tirer de conclusions de fait qui laissent facilement conclure à la responsabilité pénale d'une personne, car il s'agirait alors d'une intrusion inconstitutionnelle au sein des pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Évidemment, ceci n'empêcherait pas le gouvernement fédéral de créer une commission qui puisse tirer des conclusions de fait qui laissent facilement conclure à la commission d'un crime.

Par ailleurs, le raisonnement qui sous-tend l'interdiction appliquée aux commissions d'enquête provinciales laisse songeur. Car ces commissions ne sont jamais investies du mandat exprès d'appliquer les dispositions du *Code criminel*, et encore moins du mandat d'infliger des peines à ceux qui se seraient mal comportés selon leur évaluation des faits. Il devient alors difficile de croire qu'une commission provinciale (ou même fédérale) puisse effectivement devenir un instrument du droit criminel. Mais tant dans le cas d'une interdiction expresse dans le mandat que dans le cas de l'interdiction s'appliquant aux commissions provinciales, le débat tourne véritablement autour d'une seule et même question : une conclusion relevant du droit criminel peut-elle surgir de simples constatations de fait, sans qu'il y ait application de normes juridiques, ou faut-il nécessairement qu'il y ait application des normes du droit criminel et application d'une peine ? Cette question a été âprement débattue dans les affaires *Nelles* et *Starr*.

L'affaire *Nelles*²¹ est née des faits suivants. Au début des années quatre-vingt, un nombre inusité d'enfants étaient décédés au sein des unités de cardiologie de l'Hospital for Sick Children de Toronto. Une infirmière travaillant au sein de ces unités de cardiologie, M^{me} Nelles, avait éventuellement été accusée du meurtre de quatre enfants. L'accusation avait cependant été cassée à la suite de l'enquête préliminaire. Bien que deux rapports officiels avaient déjà été rédigés, le procureur général de l'Ontario avait ensuite pris la décision de mettre sur pied une commission royale d'enquête afin de faire la lumière sur toutes les circonstances.

L'arrêté en conseil énonçant le mandat du commissaire, le juge Samuel Grange, de la Cour d'appel de l'Ontario, affirmait spécifiquement qu'il ne pouvait tirer « any conclusion of law regarding civil or

21. *Nelles et al. And Grange et al.*, 46 O.R. (2d) 210 [*Nelles*].

criminal responsibility [...] »²². Selon le procureur-général, cette limite au mandat du commissaire était imposée afin de protéger les intérêts des parties à toute affaire judiciaire émanant de ces circonstances et d'assurer que la commission ne soit pas considérée comme un procès civil ou pénal ayant pour but de déterminer qui était responsable pour la mort des enfants, puisque ce n'était pas là la fonction d'une commission d'enquête. L'arrêté en conseil demandait finalement au commissaire Grange d'enquêter, de faire rapport et de faire des recommandations relativement à la question de savoir comment et de quelle façon étaient morts les enfants et sur les circonstances entourant la poursuite d'accusations criminelles suite à ces décès.

En cours de route, conformément à la *Loi sur les enquêtes publiques* ontarienne, le commissaire Grange a demandé que la Cour divisionnaire de l'Ontario détermine s'il avait raison de croire qu'il était autorisé à exprimer une opinion sur la question de savoir si la mort de quelque enfant était la conséquence d'un acte accidentel ou autre d'une ou plusieurs personne(s) déterminée(s). Plus précisément, le Commissaire avait conclu que l'arrêté en conseil l'autorisait : à déterminer si les enfants étaient morts suite à l'administration d'une surdose de digoxine ou d'un autre médicament ; à déterminer si l'administration de digoxine était accidentelle ou délibérée ; et à identifier la personne qui avait administré le médicament²³. Deux juges de la Cour divisionnaire ont répondu par l'affirmative et un par la négative, et la décision a été portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Celle-ci a renversé la décision de la Cour divisionnaire.

Dans ses motifs, la Cour d'appel a souligné qu'une commission d'enquête ne pouvait constituer un moyen détourné de procéder à une enquête criminelle. Une telle commission se révélerait alors consti-

22. *Ibid.*, par. 7.

23. Son raisonnement était le suivant, *ibid.*, par. 15 :

Our law does not give rise to either criminal or civil responsibility by the mere doing of an act. In criminal law, there must for a conviction be proved beyond a reasonable doubt (except in some few statutory provisions not applicable here) not only the act itself but a criminal intent in the mind of the actor. For the offence of murder or that of criminal negligence causing death, the two offences perhaps most likely to arise in the matter under consideration, the Criminal Code requires certain very specific and very special intents. Similarly in our civil law an act itself does not necessarily give rise to liability for damages or other relief to the person affected. It must be shown that the actor owed a duty and breached that duty and might reasonably have foreseen the damages that occurred. It follows that a finding by me of commission of the act either by accident or by design (even if the finding were that of a court of competent jurisdiction which it would not be) would not without more give rise to either criminal or civil responsibility.

tuer une procédure coercitive et serait incompatible avec nos notions d'équité dans l'investigation et la détermination de la responsabilité pénale ou civile. La Cour semble aussi suggérer qu'une telle attribution de responsabilités outrepasserait les compétences constitutionnelles de la province, puisqu'il s'agirait là de procédures en matière de droit criminel. Mais au bout du compte, elle trouve son argument fondamental à l'encontre des conclusions du juge Grange dans l'énoncé de l'arrêt en conseil ayant constitué la commission.

La Cour d'appel concède qu'étant donné que l'arrêt en conseil demandait au commissaire de faire enquête et rapport sur la cause de la mort des enfants, on pourrait être porté à conclure que ceci implique nécessairement de déterminer si la mort a été causée par une surdose fatale de digoxine *et* de déterminer si l'administration de cette dose fatale a été accidentelle ou non. Cependant, l'arrêt en conseil énonçait également que le commissaire ne pouvait tirer de conclusion quant à la responsabilité civile ou pénale des personnes impliquées²⁴. Et selon la Cour, une conclusion de responsabilité peut être exprimée par l'établissement d'une conclusion de fait si ces faits, à eux seuls, lorsqu'attribués à une personne identifiée, constituent une conclusion de responsabilité civile ou pénale. Il s'ensuit que cette limite aux pouvoirs du commissaire trouvés dans l'arrêt en conseil lui interdit de nommer les individus dont les actes ont causé la mort des enfants. Le fait que ces conclusions ne lient pas les tribunaux lors de procédures ultérieures n'est pas un élément déterminant. Ce qui importe, c'est qu'une telle conclusion serait considérée par le public comme équivalente à une conclusion quant à la responsabilité juridique d'une personne et serait susceptible de causer un préjudice important à cette personne si elle était éventuellement accusée et poursuivie. De plus, cette personne n'aurait aucun recours afin de se disculper face aux conclusions de la Commission.

L'affaire *Starr* constitue en quelque sorte une répétition de l'affaire *Nelles*, bien que le débat au sein de la Cour suprême ait été

24. D'ailleurs la Cour d'appel a reconnu l'extrême difficulté du mandat conféré au juge Grange, *ibid.*, par. 23 :

It was probably inherent in the terms of the Order in Council that the task of meeting the "need of the parents and the public as a whole to be informed of all available evidence" by "full examination" of the matters to be inquired into and «to ensure full public knowledge of the completeness of the matters referred to», but to do so «without expressing any conclusion of law regarding civil or criminal responsibility», was one of extreme difficulty, at times approaching the impossible.

limité à une question de partage des compétences²⁵. Néanmoins, on pourra considérer que le juge Lamer reprend le rôle de la Cour d'appel de l'Ontario alors que le juge L'Heureux-Dubé reprend celui partagé par une majorité des juges de la Cour Divisionnaire et le juge Grange. Et même si en apparence la question semble être uniquement constitutionnelle, il demeure que le raisonnement du juge Lamer, comme celui de la Cour d'appel dans *Nelles*, semble être motivé par une certaine conception de ce qu'une commission d'enquête devrait et ne devrait pas être autorisée à faire. Il en vient à la conclusion qu'une commission d'enquête établie par un gouvernement provincial ne pourra jamais se voir attribué un mandat qui lui permette de tirer des conclusions de fait qui, lorsqu'on y applique quelque disposition du *Code criminel*, mènent à la conclusion qu'une personne a commis un acte criminel. Dans sa dissidence, le juge L'Heureux-Dubé faisait pour sa part remarquer que le simple établissement de faits ne peut jamais en soi équivaloir à l'établissement d'une responsabilité criminelle²⁶.

Si l'on se fie à la stricte *ratio decidendi* des affaires *Nelles et Starr*, on pourrait être porté à conclure que les commissions d'enquête mises sur pied par le gouvernement fédéral pourraient être autorisées à faire ce qui est interdit aux commissions provinciales²⁷. Comme l'ont suggéré les auteurs MacKay et McQueen, « the logical deduction from the decisions against the provincial inquiries that attempted to investigate criminal activity is that the federal government could engage in such investigations »²⁸. Cependant, dans *Phillips*, la Cour suprême a non seulement confirmé la validité de la position de la majorité dans *Starr*, mais elle a aussi émis la proposi-

25. *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366.

26. Le juge Archie Campbell émet des commentaires similaires dans Justice Archie CAMPBELL, « The Bernardo Investigation Review », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 395 :

It is one thing to say what happened. It is another thing to characterize it as a mistake or an error or a dereliction of duty or a service offence. It is one thing to say as a fact, on the uncontradicted evidence, that an officer did not file a report that Bernardo stalked a young woman in St. Catharines. It is quite another thing to conclude, as a question of mixed fact and law, that the officer was wrong or negligent or breached his duty or committed a service offence. It may be that the problem of adverse findings and findings of misconduct can be avoided to some extent by simply saying what happened, instead of characterizing it legalistically.

27. ANTHONY et LUCAS, *op. cit.*, note 2, p. 177.

28. A Wayne MACKAY et Moira G. MCQUEEN, « Public Inquiries and the Legality of Blaming : Truth, Justice, and the Canadian Way », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 255.

tion encore plus générale selon laquelle les enquêtes publiques [...] ne sont pas et ne sauraient être de simples substituts de poursuites criminelles²⁹. Ceci pourrait laisser entendre que les mêmes limites s'appliquent aux commissions provinciales et fédérales, mais encore une fois, tout dépend de ce que l'on veut dénoter par « substituts de poursuites criminelles ». Enfin, le mystère n'est pas particulièrement éclairci par la décision de la Cour suprême dans *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*³⁰, la Cour ayant semblé prendre pour acquis que la Commission Krever, une commission d'enquête fédérale, ne pouvait pas tirer de conclusions quant à la responsabilité civile ou pénale des gens impliqués.

Une règle selon laquelle une commission d'enquête ne pourrait tirer de conclusions de fait qui, lorsque couplées à une disposition de droit pénal ou de droit de la responsabilité extracontractuelle, équivalent à la commission d'un crime ou d'un délit, apparaît quelque peu incongrue lorsque l'on constate les mandats qui ont été confiés à des commissions d'enquête au cours des années. En effet, dans bien des cas, il apparaît clair que l'un des objectifs principaux de la commission soit justement de déterminer une responsabilité. À preuve, le rapport factuel de la Commission Gomery s'intitule « Qui est responsable ? », et la *Loi sur les enquêtes* fédérale, notamment, prévoit à son article 13 qu'une commission peut attribuer une forme de blâme à des personnes³¹. Or, qu'est-ce qu'une attribution de blâme, sinon un jugement quant à la responsabilité de quelqu'un ? D'autre part, les normes de responsabilité du droit pénal et civil n'ont rien de particulièrement spécial. Elles ne sont généralement que le reflet de normes sociales ou morales plus générales, qui elles pourraient être appliquées par une commission. Ceci implique qu'une commission pourrait tirer certaines conclusions de fait qui pourraient servir de base à la conclusion qu'un crime ou un délit a été commis lorsque sont appliquées certaines dispositions juridiques. Mais tant que ces com-

29. *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97 par. 121, 124.

30. [1997] 3 R.C.S. 440.

31. *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), c. I-11, art. 13 : « La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat. Il existe des dispositions similaires dans d'autres lois provinciales ». Voir aussi l'art. 5(2) de la *Loi sur les enquêtes publiques* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P-41, l'art. 13 du *Public Inquiries Act* de l'Alberta, précité, note 12, le par. 11(2) du *Public Inquiry Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 2007, c. 9.

missions *n'appliquent* pas les dispositions du droit criminel ou civil et ne tirent pas de conclusions quant à la responsabilité des individus, on ne peut tout simplement pas dire que c'est ce qu'elles ont fait sans confondre ce qui est fait et ce qui est norme, ce qui est juridique et ce qui est factuel. Et bien sûr, les commissions n'ont aucun pouvoir d'attribution de peine ou de réparation. En somme, comme d'autres l'ont affirmé, il est impossible de faire fi des possibilités de chevauchement entre une enquête pour les fins d'une commission et une enquête pour les fins d'une poursuite pénale (ou civile)³². D'ailleurs, à une certaine époque, il ne faisait aucun doute que les commissions d'enquête pouvaient déterminer des questions de responsabilité, même civile ou pénale (sans qu'il y ait imposition de peine ou de réparation, évidemment)³³. On pourra donc être tenté d'aller dans le sens des professeurs Manson et Mullan, qui, à l'égard de l'interdiction faite aux commissions d'enquête fédérales de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique d'individus, affirmaient :

[N]owhere is the precise legal justification for this assumption ever articulated. Was it because of the particular terms of reference of that federal commission ? Was it because of the federal inquiries legislation ? Or is there a deeper constitutional reason based not on the federal criminal law power but on a principle that, even in the federal domain, there are separation of powers or individual rights-based reasons for denying to commissions of inquiry the capacity to judge conduct by reference to normal standards of criminal or civil liability ?³⁴

Et il faut reconnaître que la logique et les règles de droit telles qu'elles existent actuellement ne permettent pas de clairement justifier une règle générale qui empêcherait une commission d'enquête de tirer certaines conclusions de fait qui, isolément ou lorsque couplées

32. *Op. cit.*, note 28, p. 289.

33. Ed RATUSHNY, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 20 :

This whole « adversary » approach can be contrasted with an « inquisitorial » approach, where the emphasis shifts from an accusation to the terms of reference of the inquiry. For instance, instead of an accusation that X is criminally responsible for the murder of Y, the inquiry might be into the circumstances surrounding the cause of Y's death. The inquiry might even be to determine specifically whether or not X is criminally responsible for the death of Y.

Voir aussi *Document de travail 17*, *op. cit.*, note 1, p. 26, selon lequel une commission d'enquête « pourrait être intéressée à des questions relatives à la faute et à la responsabilité ».

34. Allan MANSON et David MULLAN, « Introduction », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 8.

avec d'autres prémisses juridiques, mèneraient à une conclusion de responsabilité civile ou pénale³⁵.

Toutefois, une fois cet argument accepté, on peut se demander s'il faudra alors que les commissions d'enquête adoptent des règles de preuve et de procédures plus favorables aux acteurs impliqués lorsqu'il y a risque que leurs conclusions reprochent des comportements d'une gravité telle qu'ils constituent également, par exemple, un crime. Une commission devrait-elle alors appliquer le standard de preuve de l'absence de doute raisonnable ? La question requiert que l'on revienne sur la notion d'équité procédurale en matière administrative et que l'on aborde quelques questions liées aux *Chartes* et aux droits fondamentaux.

L'équité procédurale, on le sait, est une notion dont l'intensité varie en fonction des intérêts en jeu. Plus les intérêts mis en cause sont importants, plus les garanties d'équité procédurales devront être serrées. Par ailleurs, on pourra rappeler que l'article 7 de la *Charte canadienne* impose que les principes de justice fondamentale soient respectés par toute action gouvernementale qui mette en péril les droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne³⁶. Bref, si les travaux et conclusions d'une commission d'enquête mettent en péril des intérêts comme la liberté, la sécurité ou la réputation d'une personne, il faudra que la commission ait respecté une forme exigeante d'équité procédurale et/ou les principes de justice fondamentale.

35. Un raisonnement apparenté est déployé par le juge Décary dans *Enquête sur l'approvisionnement en sang – appel*, précité, note 5, par. 35-55. Voir aussi O'Hara c. Colombie-Britannique, [1987] 2 R.C.S. 591, p. 596 et *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, (1996) 30 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 10.

36. On pourrait peut-être également invoquer l'al. 2(e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44. qui énonce : « Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [...] »

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ; »

Des controverses d'interprétation pourraient survenir quant à savoir si une commission d'enquête définit à proprement parler les « droits et obligations » de personnes. Le juge Richard répond par la négative dans *Enquête sur l'approvisionnement en sang – première instance*, précité, note 5, par. 133.

Il est difficile d'imaginer que les conclusions d'une commission d'enquête puissent porter atteinte à la liberté d'une personne, puisqu'une commission ne jouit d'aucun pouvoir d'imposition de peine ou de réparation. Pour les mêmes raisons, il est également difficile d'imaginer que les conclusions d'une commission puissent *directement* porter atteinte à la sécurité d'une personne. Cependant, on peut assez facilement imaginer qu'une conclusion particulièrement accablante vienne *indirectement* porter atteinte à la sécurité physique et/ou psychologique d'une personne, par exemple à travers une atteinte à la réputation ou par la stigmatisation qu'une conclusion d'inconduite pourrait causer³⁷. Mais encore faut-il que l'atteinte à la sécurité soit suffisamment grave et qu'elle ait été causée par l'État pour qu'elle constitue une atteinte au droit à la sécurité protégé par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Il n'est pas impossible que ces conditions soient rencontrées dans des circonstances données, mais ces cas risquent d'être rares. Par ailleurs, la question de l'atteinte à la sécurité, comme c'est constamment le cas en droit, risque de mêler la question de la causalité et la question de l'imputabilité de l'atteinte. Lorsqu'une commission examine certains agissements et conclut à une forme d'inconduite qui met à mal la sécurité physique ou psychologique d'une personne, peut-on vraiment imputer à l'État la responsabilité de cette atteinte en vertu de l'article 7 ?

Suivant la méthodologie préconisée dans l'application de l'article 7, on pourrait peut-être conclure que le lien de causalité est satisfait entre les actions de l'État et l'atteinte à la sécurité d'une personne. Mais restera encore à déterminer la question du respect des principes de justice fondamentale. Dans de telles circonstances, ces principes requièrent-ils que soit appliqué un standard de preuve et des règles de procédures similaires à celles appliquées lors des procès criminels ? Par exemple, faudrait-il respecter le droit de ne pas s'auto-incriminer ou le droit à la présomption d'innocence ? Probablement pas, simplement du fait qu'une commission d'enquête ne peut pas imposer de peine. Mais il faudrait quand même probablement moduler les règles de preuve et de procédure d'une commission en fonction des intérêts qui risquent d'être affectés par ces conclusions. Et alors surgit une espèce de dilemme, dans la mesure où un des avantages tant vantés des commissions d'enquête constitue justement

37. Les motifs de la majorité dans l'affaire *Blencoe*, notamment, semblent ouvrir la porte à cette possibilité. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 55-75. Cette suggestion est confortée par les motifs du juge Teitlebaum dans l'affaire *Chrétien-Gomery*, précité, note 6, par. 61.

la flexibilité de leurs procédures³⁸. Ainsi, même s'il est impensable que l'on en vienne à exiger que les commissions d'enquête calquent leurs procédures sur celles des tribunaux, plus elles risquent de tirer des conclusions accablantes pour des individus, plus elles devront satisfaire des normes élevées d'équité procédurale. Et alors,

The challenge is to strike the proper balance between the flexible pursuit of truth, one that is less impeded by technical rules of evidence and procedural challenges than the courts, and the fair treatment of those who get caught up in these public inquiries. The difficulty in striking the proper balance is particularly acute in inquiries concerned with the allocation of blame [...] In a public inquiry it may be that the individual being scrutinized will be required to give up some of the « justice » associated with complete protection from compelled testimony and other legal safeguards, but society also gives up some of the « justice » involved in being able to punish a wrongdoer.³⁹

La difficulté du défi posée par ce dilemme constitue un argument de plus au soutien d'un encadrement juridique plus serré des commissions d'enquête qui vienne limiter leur autorité à tirer des conclusions quant à la responsabilité personnelle ou à « nommer des noms ». Il n'est peut-être pas actuellement illégal pour une commission d'enquête de le faire, mais ce n'est manifestement pas très souhaitable non plus.

B. Limiter la compétence des commissions d'enquête quant à l'attribution de responsabilité personnelle ?

Une des sources du problème semble être qu'on ne sait pas clairement ce qu'une commission d'enquête devrait et ne devrait pas être appelée à faire⁴⁰. Celles-ci font plusieurs choses, et souvent concurremment : elles recherchent la vérité, tentent de faire régner une certaine justice, participent à l'amélioration des politiques publiques, président des débats de valeurs, etc.⁴¹. Et l'idée selon laquelle un des rôles d'une commission d'enquête peut être d'attribuer un blâme est tenace.

38. Pour une conclusion similaire voir Hudson N. JANISCH, « Concluding Comments » dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 493.

39. *Op. cit.*, note 28, p. 291-2.

40. *Op. cit.*, note 1, p. 1, 3-4. « We even debated what constitutes a commission of inquiry ».

41. Liora SALTER, « The Complex Relationship Between Inquiries and Public Controversy », dans MANSON et MULLAN, *op. cit.*, note 1, p. 198.

Mais encore faut-il qu'il y ait une justification adéquate pour que « nommer des noms » soit un des rôles d'une commission d'enquête⁴². Une réponse possible à cette demande de justification est de suggérer que les commissions d'enquête sont souvent créées afin de permettre aux membres de la communauté de tourner la page après un événement traumatisant, et que, pour que ceci puisse se faire, il faut nécessairement qu'il y ait attribution de responsabilité. On peut d'abord douter de la véracité de cette affirmation générale (peut-être est-ce vrai pour certaines gens)⁴³. Il semble vraisemblable que des conclusions de responsabilité exprimées à un niveau général, ou en termes de probabilités, ou encore sans nommer de noms, puissent avoir la même efficacité quand il s'agit de « tourner la page ». On pourrait ainsi laisser aux tribunaux judiciaires la tâche de statuer sur les questions de responsabilité individuelle, puisque c'est leur spécialité et que les garanties procédurales qu'ils offrent sont plus robustes.

Par conséquent, un bon principe de politique publique, qui devrait peut-être devenir règle de droit, serait qu'on ne devrait pas recourir à une commission d'enquête afin d'attribuer la responsabilité d'événements de manière personnelle⁴⁴. Ce principe devrait prévaloir même si manifestement il sera parfois difficile de faire apparaître la vérité sans enquêter publiquement sur des personnes en particulier⁴⁵. Autrement dit, comme l'a suggéré sagement le professeur Roderick MacDonald, il serait préférable que des circonstances ou des « systèmes », plutôt que des individus, soient pointés du doigt par les commissions d'enquête et que l'attribution publique d'un blâme soit laissée à d'autres processus⁴⁶. D'ailleurs, pour terminer, il n'est pas sans pertinence de mentionner que certaines parties du rap-

42. Certes, certains verront la valeur politique de faire rouler quelques têtes afin d'apaiser le bon peuple, mais nous sommes alors loin d'une justification morale. Comme l'affirment MACKAY et MCQUEEN, *op. cit.*, note 28, p. 250 : « This focus on blame may relate simply to natural human curiosity and the desire to have a mystery resolved [...] However, this is not a satisfactory explanation for the majority of public inquiries that are not truly mysteries, but attempts to determine if conduct lived up to community standards, much of which involves ascertaining the appropriate standard ».

43. Roderick A. MACDONALD, « Interrogating Inquiries », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 482.

44. Voir Brian SCHWARTZ, « Public Inquiries » dans MANSON et MULLAN, *op. cit.*, note 1, p. 455.

45. *Op. cit.*, note 28, p. 288.

46. *Op. cit.*, note 43, p. 482-84. Pour une approche similaire adoptée par une Commissaire, voir L'Honorable Louise Arbour, *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la prison des femmes de Kingston*, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996, p. xiii.

port du juge O'Connor concernant la responsabilité d'individus relativement à la tragédie de Walkerton sont rédigées en termes de probabilités et de possibilités, plutôt qu'en termes de conclusions fermes de responsabilité⁴⁷.

47. The Honourable Dennis R. O'CONNOR, *Report of the Walkerton Inquiry : The Events of May 2000 and Related Issues*, Toronto, Queen's Printer for Ontario, 2002, p. 216.

Onglet 3

[PRIVY COUNCIL]

A

PETER THOMAS MAHON APPELLANT

AND

AIR NEW ZEALAND LTD. AND OTHERS RESPONDENTS

[APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF NEW ZEALAND]

B

1983 July 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, Lord Diplock, Lord Keith of Kinkel,
 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27; Lord Scarman, Lord Bridge of Harwich
 Oct. 20 and Lord Templeman

Natural Justice—Opportunity to meet charge—Royal Commission's investigation—Airline crash in Antarctica—Commission's investigation into cause—Finding that airline's management planned to conceal cause of crash—Whether facts consistent with finding—Whether persons likely to be adversely affected given opportunity to adduce additional material—Whether finding contrary to natural justice

C

New Zealand—Royal Commission's report—Whether open to judicial review—Royal Commission's investigation of cause of air crash—Airline's management found to have planned to conceal cause of crash—Airline ordered to pay part of costs of commission—Whether order for costs open to judicial review—Whether to be quashed—Whether commission's finding contrary to natural justice—Commissions of Inquiry Act 1908 (No. 25 of 1908), s. 11¹—Judicature Amendment Act 1972 (No. 130 of 1972), ss. 3, 4 (as amended by Judicature Amendment Act 1977 (No. 32 of 1977), ss. 10, 11)²

D

The captain and the first officer of a DC-10 commercial aircraft belonging to Air New Zealand were briefed 18 days before an intended sightseeing flight over Antarctica on a route that would take the aircraft well to the west of Mount Erebus, a volcano of 12,500 feet. Shortly before the flight and without informing any member of the crew, the route was altered so that the aircraft would fly over the mountain and the revised flight plan was fed into the aircraft's computer which would have been used as the principal navigation aid. The aircraft while being flown at less than 2,000 feet crashed into the side of the mountain. The 237 passengers and crew of 20 were killed instantaneously. An inquiry was immediately held by the Chief Inspector of Air Accidents and he found that the probable cause of the accident was the decision of the captain to continue the flight at low level over an area of poor surface and horizon definition when the crew were not certain of their position. His report was published the day after a judge of the High Court, the appellant, had been appointed by the Governor-General as a Royal Commissioner to investigate the cause and circumstances of the disaster. The judge found that the dominant cause of the accident was the act of the airline in changing the computer track of the aircraft without telling the aircrew. He exonerated the captain and other members of the crew from blame. He also found that there had been a predetermined plan of deception

E

F

G

H

¹ Commissions of Inquiry Act 1908, s. 11: see post, p. 816E-F.

² Judicature Amendment Act 1972, s. 3: see post, p. 818A-B.
 S. 4: see post, p. 817D-H.

1 A.C.

Mahon v. Air New Zealand (P.C.)

on the part of officials of the airline with the result that he had had to listen "to an orchestrated litany of lies." He made an order under section 11 of the Commissions of Inquiry Act 1908 that the airline should pay \$150,000 towards the cost of the Royal Commission. The airline applied by motion for an order of judicial review of the order that it should pay part of the costs of the commission. The motion was removed from the High Court to the Court of Appeal and that court held, *inter alia*, that the judge, in making the order for costs, had acted in breach of the rules of natural justice.

On appeal by the judge to the Judicial Committee:—

Held, (1) that in making an order for costs under section 11 of the Commissions of Inquiry Act 1908, the judge was exercising a statutory power of decision and, therefore, the court had jurisdiction under section 4 of the Judicature Amendment Act 1972 to entertain the airline's application for judicial review of the order for costs contained in the Report of the Royal Commission (post, p. 818C-D).

(2) That the rules of natural justice required the judge as a Royal Commissioner investigating the cause and circumstances of the accident to make findings based upon material that logically tended to show the existence of facts consistent with those findings and, if he disclosed his reasons to support those findings, to ensure that the reasoning was not self-contradictory; that natural justice also required the judge to ensure that any person represented at the inquiry that might be affected adversely by a finding should know of the risk of such a finding being made and be given an opportunity to adduce additional material that might have deterred the judge from making that finding; and that, since there was no material of probative value that tended by a process of logical reasoning to show that there had been a predetermined plan of deception and since certain witnesses had not been given an opportunity to answer the criticisms made against them, the order that the airline pay part of the costs of the Royal Commission had been properly set aside (post, pp. 820E—821C, 832H—833B, 836B-F, 838B-C).

Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore [1965] 1 Q.B. 456, C.A. applied.

Decision of the Court of Appeal of New Zealand [1981] 1 N.Z.L.R. 618 affirmed.

The following cases are referred to in the judgment of their Lordships:

Cock v. Attorney-General (1909) 28 N.Z.L.R. 405

Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore [1965] 1 Q.B. 456; [1965] 2 W.L.R. 89; [1965] 1 All E.R. 81, C.A.

Royal Commission on Thomas Case, In re [1982] 1 N.Z.L.R. 252

The following additional cases were cited in argument:

Attorney-General v. Ryan [1980] A.C. 718; [1980] 2 W.L.R. 143, P.C.

Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren [1969] 1 A.C. 590; [1967] 3 W.L.R. 1338; [1967] 3 All E.R. 523, P.C.

Barnard v. National Dock Labour Board [1953] 2 Q.B. 18; [1953] 2 W.L.R. 995; [1953] 1 All E.R. 1113, C.A.

Browne v. Dunn (1893) 6 R. 67, H.L.(E.)

Bushell v. Secretary of State for the Environment [1981] A.C. 75; [1980] 3 W.L.R. 22; [1980] 2 All E.R. 608, H.L.(E.)

- Campbell (Donald) & Co. Ltd. v. Pollak* [1927] A.C. 732, H.L.(E.) A
- Daemar v. Gilliland* [1981] 1 N.Z.L.R. 61
- Daganayasi v. Minister of Immigration* [1980] 2 N.Z.L.R. 130
- Dyson v. Attorney-General* [1911] 1 K.B. 410, C.A.
- Edwards v. Bairstow* [1956] A.C. 14; [1954] 3 W.L.R. 410; [1955] 3 All E.R. 48, H.L.(E.)
- Furnell v. Whangarei High Schools Board* [1973] A.C. 660; [1973] 2 W.L.R. 92; [1973] 1 All E.R. 400, P.C.
- Geelong Harbor Trust Commissioners v. Gibbs Bright & Co.* [1974] A.C. 810; [1974] 2 W.L.R. 507, P.C. B
- General Medical Council v. Spackman* [1943] A.C. 627; [1943] 2 All E.R. 337, H.L.(E.)
- Harder v. Auckland District Law Society* [1983] 1 N.Z.L.R. 15
- John v. Rees* [1970] Ch. 345; [1969] 2 W.L.R. 1294; [1969] 2 All E.R. 274
- Kanda v. Government of Malaya* [1962] A.C. 322; [1962] 2 W.L.R. 1153, P.C. C
- Landreville v. The Queen* (1973) 41 D.L.R. (3d) 574
- Landreville v. The Queen (No. 2)* (1977) 75 D.L.R. (3d) 380
- Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Pochi* (1980) 31 A.L.R. 666
- O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 A.C. 237; [1982] 3 W.L.R. 1096; [1982] 3 All E.R. 1124, H.L.(E.)
- Pergamon Press Ltd., In re* [1971] Ch. 388; [1970] 3 W.L.R. 792; [1970] 3 All E.R. 535, C.A. D
- Reg. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex parte St. Germain* [1979] Q.B. 425; [1979] 2 W.L.R. 42; [1979] 1 All E.R. 701, C.A.
- Reg. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Lain* [1967] 2 Q.B. 864; [1967] 3 W.L.R. 348; [1967] 2 All E.R. 770, D.C.
- Reg. v. Gaming Board for Great Britain, Ex parte Benaim and Khaida* [1970] 2 Q.B. 417; [1970] 2 W.L.R. 1009; [1970] 2 All E.R. 528, C.A.
- Reg. v. Secretary of State for the Environment, Ex parte Brent London Borough Council* [1982] Q.B. 593; [1982] 2 W.L.R. 693; [1983] 3 All E.R. 321, D.C. E
- Rex v. Licensing Authority for Goods Vehicles for the Metropolitan Traffic Area, Ex parte B. E. Barrett Ltd.* [1949] 2 K.B. 17; [1949] 1 All E.R. 656, D.C.
- Ridge v. Baldwin* [1964] A.C. 40; [1963] 2 W.L.R. 935; [1963] 2 All E.R. 66, H.L.(E.)
- Ritter v. Godfrey* [1920] 2 K.B. 47, C.A. F
- Royal Commission on Licensing, In re* [1945] N.Z.L.R. 665
- Royal Commission to Inquire into and Report upon State Services in New Zealand* [1962] N.Z.L.R. 96
- Thames Jockey Club Inc. v. New Zealand Racing Authority* [1974] 2 N.Z.L.R. 609
- Timberlands Woodpulp Ltd. v. Attorney-General* [1934] N.Z.L.R. 270
- Webster v. Auckland Harbor Board* (unreported), 22 March 1983 G

APPEAL (No. 12 of 1983) by the appellant, Peter Thomas Mahon, from the decision and order of the Court of Appeal of New Zealand (Woodhouse P., Cooke, Richardson, McMullin and Somers JJ.) [1981] 1 N.Z.L.R. 618 made on 22 December 1981 quashing an order made by the appellant in his capacity as Royal Commissioner that the first respondent, Air New Zealand Ltd., should pay to the Department of Justice of New Zealand the sum of \$150,000 by way of contribution to the public cost of the inquiry of the Royal Commission into the crash on H

1 A.C.

Mahon v. Air New Zealand (P.C.)

- A Mount Erebus, Antarctica, of a DC-10 aircraft operated by Air New Zealand. The appeal was brought by special leave of Her Majesty in Council granted on 22 December 1982. The second and third respondents to the appeal were Morrison Ritchie Davis, the Chief Executive of Air New Zealand Ltd., and Captain Ian Harding Gemmell, the airline's Flight Manager (technical). Her Majesty's Attorney-General for New Zealand, representing the public interest, was joined as the fourth respondent.

B The facts are stated in the judgment.

Sir Patrick Neill Q.C., David Baragwanath Q.C. (of the New Zealand Bar), *Nicolas Bratza* and *Robert Chambers* (of the New Zealand Bar) for the appellant.

- C *Robert Alexander Q.C., Lloyd Brown Q.C.* (of the New Zealand Bar) and *R. J. McGrane* (of the New Zealand Bar) for the first respondent.

D. A. R. Williams and *L. L. Stevens* (both of the New Zealand Bar) for the second and third respondents.

- D *R. P. Smellie Q.C.* (of the New Zealand Bar), *David Widdicombe Q.C.* and *Noel Anderson* (of the New Zealand Bar) for the fourth respondent.

Cur. adv. vult.

20 October 1983. The judgment of their Lordships was delivered by LORD DIPLOCK.

- E *Introduction*

This appeal to Her Majesty in Council is part of the unhappy aftermath of what in terms of loss of human life and family bereavement was the worst disaster to strike New Zealand since the end of World War II. It happened on 28 November 1979 when, in the hours of broad daylight, a DC-10 aircraft, operated by Air New Zealand Ltd. ("A.N.Z.") and engaged on a sight-seeing trip to the Antarctic, flew at a height of 1,500 feet straight into the lower snow-clad slopes of a 12,500 feet high volcano, Mount Erebus, causing the instantaneous death of all the 237 passengers and 20 members of the crew who were aboard.

- G As soon as the news reached Auckland that the aircraft was still missing somewhere in Antarctica after the time had passed when the fuel on board would have been exhausted, a statutory investigation was set on foot. It was conducted by the Chief Inspector of Air Accidents, Mr. R. Chippindale. Such an investigation is held in private; it leads to a report by the inspector to the Minister of Transport in which, among other matters, he expresses such conclusion as he has been able to form as to the probable cause of the accident. The decision whether the inspector's report shall be published and, if so, when, rests with the minister.

- H In the case of Mr. Chippindale's report on the Mt. Erebus disaster ("the Chippindale Report") the minister caused it to be published on 12 June 1980, the day after the formal appointment by the Governor-General of a Royal Commission to inquire into the cause and circumstances of the crash. He appointed as sole commissioner a distinguished judge of the

crash. He appointed as sole commissioner a distinguished judge of the High Court of New Zealand of some ten years' standing, Mahon J. ("the judge") who is appellant in the appeal to this Board. It will become necessary for their Lordships to refer to some specific provisions in his terms of reference, but this may conveniently be left until later in this judgment which unavoidably must be lengthy.

The original warrant of appointment required the judge to report his findings and opinions to the Governor-General not later than 31 October 1980. This proved to be much too short a time for what turned out to be a highly complicated and wide-ranging investigation; and no less than four successive extensions were called for, of which the last expired on 30 April 1981. The judge's report ("the Royal Commission Report") was in fact presented to the Governor-General on 16 April 1981.

It is convenient at this early stage to mention briefly three salient facts that were known both to Mr. Chippindale and to the judge when they wrote their respective reports. Those salient facts, the evidence about which it will be necessary for their Lordships later to examine in some detail, were: *first* that the pilot of the ill-fated aircraft, Captain Collins, and the Flight Officer, First Officer Cassin, had been briefed for the flight, some 18 days previously, upon a flight plan which incorporated co-ordinates of latitude and longitude of its southernmost waypoint that would have taken the aircraft on a route passing over an area of ice-covered sea to the west of Mt. Erebus and well clear of it. The *second* was that shortly before the departure of the flight on 28 November 1979 the co-ordinates of the southernmost waypoint of the flight plan had been altered into one that flew directly at and over Mt. Erebus and it was this latter flight plan that, at the pre-despatch briefing on 28 November, was supplied to the aircrew to be fed into the aircraft's computer for use as the principal navigational aid. The *third* was that neither Captain Collins nor First Officer Cassin nor any other member of the aircrew was told of the change. Unfortunately, though the omission is readily explicable by the pressure of time within which the judge was required to produce his report, he overlooked the paragraph 1.17.7 of the Chippindale Report which made it crystal clear that the third of these salient facts, as well as the first and second, had been disclosed to Mr. Chippindale in the course of his statutory investigation.

The Chippindale Report and the Royal Commission Report reached different conclusions as to the effective cause of the disaster. Mr. Chippindale in paragraph 3.37 of his report which dealt with probable cause said:

"The probable cause of this accident was the decision of the captain to continue the flight at low level toward an area of poor surface and horizon definition when the crew was not certain of their position and the subsequent inability to detect the rising terrain which intercepted the aircraft's flight path."

In effect, although there are criticisms elsewhere in his report of management practices of A.N.Z. in relation to Antarctic flights, Mr. Chippindale ascribed the principal blame for the tragedy to pilot error.

A The judge's view was very different. It is summarised in paragraphs 393 and 394 of the Royal Commission Report, which can helpfully be prefaced by an introductory sentence extracted from paragraph 392:

"392 . . . The dominant cause of the disaster was the act of the airline in changing the computer track of the aircraft without telling the aircrew . . ."

B "393. In my opinion, therefore, the single dominant and effective cause of the disaster was the mistake made by those airline officials who programmed the aircraft to fly directly at Mt. Erebus and omitted to tell the aircrew. That mistake is directly attributable, not so much to the persons who made it, but to the incompetent administrative airline procedures which made the mistake possible.

C "394. In my opinion, neither Captain Collins nor First Officer Cassin nor the flight engineers made any error which contributed to the disaster, and were not responsible for its occurrence."

D These findings, which fall fairly and squarely within the Royal Commission's terms of reference and for which there was ample supportive evidence at the inquiry before the judge, were not sought to be challenged in the proceedings for judicial review of the Royal Commission Report that were brought by A.N.Z. in the High Court and removed into the Court of Appeal, whose judgment in that matter is the subject of the present appeal. They are not susceptible to challenge in proceedings of this kind; but their Lordships have had occasion to read and to re-read with close attention before, during and since the hearing of the appeal all 167 printed pages of the Royal Commission Report. Having done so, they would desire to place on record their tribute to the brilliant and painstaking investigative work undertaken by the judge (with the support of counsel appointed to assist him) in the course of hearings which lasted for 75 days and other investigations that he or counsel assisting him undertook in addition to the public hearings. Deserving of mention also are the patience and courtesy with which those hearings were conducted by the judge.

F The judge and those counsel who were assisting him, however, laboured under a severe handicap to which, in their Lordships' view, the unfortunate sequelae of the Royal Commission Report are in large part attributable. That handicap was pressure of time. The Chippindale Report, ascribing to pilot error the principal blame for this dreadful accident from the shock of which the people of New Zealand had not yet recovered, had just been published. It is understandable that the Executive Council should want the result of the inquiry by the Royal Commission to be made available to the public with as little delay as possible; but the short time limit of 31 October 1980 for reporting that was set by the first Royal Warrant, meant that by 23 June when, by acting with the utmost expedition, the judge was able to hold the preliminary hearing to discuss procedure, he had only a little over four months to undertake all necessary inquiries and investigations in New Zealand, Antarctica and, as it turned out, in other countries too and to draft his report thereon.

The procedure followed at the hearings

The preliminary hearing was attended by counsel representing ten parties of whom for present purposes it is necessary to list only A.N.Z., the Civil Aviation Division of the Ministry of Transport ("C.A.D."), the estates of Captain Collins and of First Officer Cassin and a consortium of estates of deceased passengers. The New Zealand Airline Pilots Association ("A.L.P.A.") were not represented at that preliminary hearing but shortly afterwards were added as parties to the inquiry and through their counsel called witnesses and took a very active part. The procedure to be adopted at the inquiry was outlined by counsel assisting the judge. He proposed that apart from Mr. Chippindale, who would give his evidence first, witnesses should be called by the interested parties and in an order corresponding to the chronology of the events to which they would speak—an order that was broadly followed to begin with, but to which it later proved impracticable to adhere. At that stage it was contemplated that the parties represented should furnish to counsel assisting the judge written briefs of the evidence to be given by their witnesses and that this should be done well in advance of those witnesses being called, so as to enable the evidence to be collated and, if need be, elaborated. But, under pressure of time, this sensible proposal had to be abandoned, and the practice that in fact was followed was that copies of the written brief of the evidence which each witness was intending to give were distributed to the judge, to counsel assisting him and to counsel for other parties represented, at the moment when that particular witness went into the witness box and not before. This procedure, departing as it did from that which had originally been intended, had the inevitable consequence that facts to which the judge, in his report, was ultimately going to attach the utmost significance seemed to be emerging only piecemeal as successive witnesses were called.

An investigative inquiry into facts by a tribunal of inquiry is in marked contrast to ordinary civil litigation the conduct of which constitutes the regular task of High Court judges in which their experience of the methodology of decision making on factual matters has been gained. Where facts are in dispute in civil litigation conducted under the common law system of procedure, the judge has to decide where, on the balance of probabilities, he thinks that the truth lies as between the evidence which the parties to the litigation have thought it to be in their respective interests to adduce before him. He has no right to travel outside that evidence on an independent search on his own part for the truth; and if the parties' evidence is so inconclusive as to leave him uncertain where the balance between the conflicting probabilities lies, he must decide the case by applying the rules as to the onus of proof in civil litigation. In an investigative inquiry, on the other hand, into a disaster or accident of which the commissioner who conducts it is required, as the judge was in the instant case, to inquire into and to report upon "the cause or causes of the crash," it is inevitable, particularly if there are neither survivors nor eyewitnesses of the crash, that the emergence of facts, and the realisation of what part, if any, they played in causing the disaster and of their relative importance, should be more elusive and less orderly, as one unanticipated piece of evidence suggests to the commissioner, or to particular parties represented at the inquiry, some new line of investigation that it may be

A

B

C

D

E

F

G

H

A worth while to explore; whether, in the result, the exploration when pursued leads only to a dead end or, as occurred in one particular instance in the present case, it leads to the discovery of other facts which throw a fresh light on what actually happened and why it happened.

The emergence of the evidence piecemeal, which was a consequence of the abandonment under pressure of time of the original proposal that counsel for the parties represented should furnish in advance the written
B briefs of witnesses for collation and for elaboration where necessary, was not, in the event, compensated for by affording to those counsel an opportunity of giving to the judge at the outset of the inquiry a summary, either orally or in writing, of the salient facts to which the evidence that they proposed to call would be directed. In the circumstances as they presented themselves at that early stage to all concerned in the inquiry, this
C too is understandable. Nevertheless, looking at it as their Lordships are able to do with the benefit of hindsight, it seems to them that, taken in conjunction with the failure to adhere to the plan for the advance furnishing of written briefs, the procedure adopted had unfortunate effects in colouring the judge's view of what he referred to as the "stance" which the management of A.N.Z. had adopted as soon as the news of the crash had reached it and to which he considered it had adhered from beginning
D to end of the inquiry. It was what the judge said and did about that so-called "stance" that made his report vulnerable to judicial review.

The governing statutes

There are two fields of New Zealand law that are particularly relevant to this appeal. The first is the law relating to the appointment, functions
E and powers of Royal Commissions of inquiry; the second is the law relating to judicial review.

The use of Royal Commissions for the purpose of conducting inquiries into matters of public importance is much more common in New Zealand than in the United Kingdom. Between 1972 and 1981 there were 15 such commissions, many of these consisting of, or presided over by, a judge of
F the Supreme Court. Royal Commissions are appointed by the Governor-General acting on the advice of the Executive Council. The source of his authority to do so is two-fold: the Letters Patent of 11 May 1917 and the Commissions of Inquiry Act 1908 (as subsequently amended). As in the instant case, the warrant of appointment of a Royal Commission habitually relies on both the prerogative and the statutory source of power.

Section 2 of the Commissions of Inquiry Act 1908 empowers the
G Governor-General to appoint any person or persons to be a commission to inquire into and report upon any question arising out of or concerning, among other things:

“(e) Any disaster or accident (whether due to natural causes or
H otherwise) in which members of the public were killed or injured or were or might have been exposed to risk of death or injury.”

Where the commission consists of or includes a judge of the Supreme Court, section 13 gives to him and to any other members of the commission, for all the purposes of the inquiry:

“the same powers, privileges, and immunities as are possessed by a judge of the Supreme Court in the exercise of his civil jurisdiction under the Judicature Act 1908.”

A

So whatever is written about anyone to his discredit in the report of a commission so constituted is the subject of absolute privilege under the law of defamation, devoid though the allegation may be of any factual foundation and notwithstanding (though this is not suggested in the instant case) that it also be inspired by malice. So he who has been traduced is deprived of any remedy by way of civil action to vindicate his reputation.

B

Royal Commissions by the terms of their appointment have a wide discretion as to the manner in which their inquiries are to be conducted. Having regard to the nature of their functions Royal Commissioners are not required to follow the rules of evidence applicable to civil litigation; but they are vested with the power to summon witnesses to give evidence on oath and to produce documents; a knowingly untrue statement made by a witness to a Royal Commission on oath amounts to the crime of perjury.

C

It lies within the discretion of the Royal Commission to decide in the first instance who shall be cited as parties to the inquiry; but by section 4A of the Act (inserted by Commissions of Inquiry Amendment Act 1958 (No. 58 of 1958), section 3):

D

“Any person interested in the inquiry shall, if he satisfies the commission that he has an interest in the inquiry apart from any interest in common with the public, be entitled to appear and be heard at the inquiry as if he had been cited as a party to the inquiry.”

It was pursuant to this provision that A.L.P.A. became represented at the inquiry in the instant case.

E

Finally as respects the statutory powers of tribunals of inquiry, attention must be drawn to the important provision contained in section 11 of the Act:

“11. Power to award costs. The commission, upon the hearing of any inquiry, may order that the whole or any portion of the costs of the inquiry or of any party thereto shall be paid by any of the parties to the inquiry, or by all or any of the persons who have procured the inquiry to be held: . . .”

F

Their Lordships turn next to the law of judicial review as it is currently applied in New Zealand. The extension of judicial control of the administrative process has provided over the last 30 years the most striking feature of the development of the common law in those countries of whose legal systems it provides the source: and although it is a development that has already gone a long way towards providing a system of administrative law as comprehensive in its content as the *droit administratif* of countries of the Civil Law, albeit differing in procedural approach, it is a development that is still continuing. It has not yet become static either in New Zealand or in England.

G

Their Lordships' consideration of the reports of cases from New Zealand, England and other Commonwealth jurisdictions that have been helpfully included in the documents provided for them by the parties to this appeal does not leave them in any doubt that the principles underlying

H

- A the exercise of judicial review in New Zealand and in England, at any rate, are the same. But the machinery and practices by which governmental power, central or local, is exercised to control or otherwise to affect the activities of private citizens in the two countries are not identical; and the detailed application in New Zealand of the principles of judicial review to particular indigenous kinds of administrative action is, in their Lordships' view, best left to the New Zealand courts without obtrusion by this Board
- B where such a course is not essential to enable an appeal to be disposed of by Her Majesty in Council. In point of fact the Judicature Amendment Act 1972, which introduced the procedure of application for review in relation to the exercise, refusal to exercise or proposed or purported exercise of a statutory power, anticipated by five years the adoption of an analogous, though by no means identical, procedural reform in England by the remodelling of R.S.C., Ord. 53. So this is a procedure of which, in a
- C rapidly developing field of law, the New Zealand courts have had practical working experience that is twice as long as the experience that English courts have had in operating their own reformed procedure.

- The Judicature Amendment Act 1972 was itself amended in 1977 [by the Judicature Amendment Act 1977 (No. 32 of 1977), sections 10 and 11]. Their Lordships will refer to the Act as so amended as the Judicature
- D Amendment Act. The only provisions of the Act that it is necessary to cite for the purposes of this appeal are section 4(1) to (3) and parts of section 3 (the interpretation section):

- “4. Application for review. (1) On an application by motion which may be called an application for review, the Supreme Court may, notwithstanding any right of appeal possessed by the applicant in relation to the subject matter of the application, by order grant, in
- E relation to the exercise, refusal to exercise, or proposed or purported exercise by any person of a statutory power, any relief that the applicant would be entitled to, in any one or more of the proceedings, for a writ or order of or in the nature of mandamus, prohibition, or certiorari or for a declaration or injunction, against that person in any such proceedings. (2) Where on an application for review the applicant
- F is entitled to an order declaring that a decision made in the exercise of a statutory power of decision is unauthorised or otherwise invalid, the court may, instead of making such a declaration, set aside the decision. (2A) Notwithstanding any rule of law to the contrary, it shall not be a bar to the grant of relief in proceedings for a writ or an order of or in the nature of certiorari or prohibition, or to the grant of relief on an
- G application for review, that the person who has exercised, or is proposing to exercise, a statutory power was not under a duty to act judicially; but this subsection shall not be construed to enlarge or modify the grounds on which the court may treat an applicant as being entitled to an order of or in the nature of certiorari or prohibition under the foregoing provisions of this section. (3) Where in any of the proceedings referred to in subsection (1) of this section the court had,
- H before the commencement of this Part of this Act, a discretion to refuse to grant relief on any grounds, it shall have the like discretion, on like grounds, to refuse to grant any relief on an application for review.

"3. Interpretation. In this Part of this Act, unless the context otherwise requires,— . . . 'Decision' includes a determination or order: . . . 'Statutory power' means a power or right conferred by or under any Act . . . (b) To exercise a statutory power of decision; . . . (e) To make any investigation or inquiry into the rights, powers, privileges, immunities, duties, or liabilities of any person: 'Statutory power of decision' means a power or right conferred by or under any Act . . . to make a decision deciding or prescribing or affecting—(a) The rights, powers, privileges, immunities, duties, or liabilities of any person; . . ."

A

B

The costs order in the Royal Commission Report

In the instant case, in circumstances and for expressed reasons that it will be necessary for their Lordships to discuss in detail, the judge incorporated in his report an order under section 11 of the Commissions of Inquiry Act 1908 that A.N.Z. should pay to the Department of Justice the sum of \$150,000 ("the costs order") by way of contribution to the public cost of the inquiry, which amounted in all to \$275,000.

C

It is not and could not sensibly be disputed that the costs order was made in the exercise of a statutory power of decision and that to this extent, if to no other, the Royal Commission Report was subject to review under section 4 of the Judicature Amendment Act.

D

The order that A.N.Z. should pay more than half the costs of the inquiry was in the final part of the report which bore the heading "Appendix". It appeared at the end of the very last paragraph of that appendix which also contained directions, which A.N.Z. did not seek to make the subject of judicial review, that the costs and disbursements of A.L.P.A. and the estates of Captain Collins and First Officer Cassin should be paid as to two-thirds by A.N.Z. and one-third by C.A.D. The reasons for the judge's ordering A.N.Z. to pay the greater part of the public cost of the inquiry were explained in the immediately preceding unnumbered paragraphs. The explanation in turn harked back to, and became intelligible only by reference to, detailed findings by the judge contained in various numbered paragraphs in earlier parts of the report and culminating in his finding in paragraph 377, expressed in the following terms:

E

F

"No judicial officer ever wishes to be compelled to say that he has listened to evidence which is false. He always prefers to say, as I hope the hundreds of judgments which I have written will illustrate, that he cannot accept the relevant explanation, or that he prefers a contrary version set out in the evidence. But in this case, the palpably false sections of evidence which I heard could not have been the result of mistake, or faulty recollection. They originated, I am compelled to say, in a pre-determined plan of deception. They were very clearly part of an attempt to conceal a series of disastrous administrative blunders and so, in regard to the particular items of evidence to which I have referred, I am forced reluctantly to say that I had to listen to an orchestrated litany of lies."

G

H

- A The parties to the plan of deception and conspiracy to commit perjury which this paragraph charges are readily identified in the body of the report as consisting of Mr. M. R. Davis, the Chief Executive of A.N.Z., Captain Eden, the Director of Flight Operations, Captains Gemmell, Grundy, Hawkins and Johnson, senior officers employed in the department responsible for flight operations and sometimes referred to as "executive pilots," since they divided their time between spells of actual flying duties and executive work at the headquarters of A.N.Z. in the Flight Operations
- B Division. Another executive pilot, Captain Wilson, who was responsible for briefing pilots and navigators for Antarctic flights, was acquitted by the judge of joining in the litany of lies but his withdrawal from the pre-determined plan of deception was referred to in paragraph 289(k) of the report as seeming to have "the hallmarks of a last-minute decision." The report also identified as co-conspirators all four members of the Navigation
- C Section of Flight Operations, namely Messrs. Amies, Brown, Hewitt and Lawton.

The application for judicial review

- D The findings of the judge in this and certain earlier paragraphs as well as his decision mulcting A.N.Z. in the sum of \$150,000 as a contribution to the public cost of the inquiry were sought by A.N.Z. to be made the subject of judicial review in proceedings started on 20 May 1981, to which the judge was made a respondent. However, although he was represented at the review proceedings his representatives took no active part. The Attorney-General was made a respondent as representing the public interest in maintaining the costs order and it was he who in the Court of
- E Appeal defended it and other parts of the report that came under attack.

In respect of paragraph 377 and the other findings of which complaint was made the relief sought in the application for review was for orders that the findings should be set aside and for declarations that they had been made in excess of jurisdiction and in circumstances involving unfairness and breaches of the rules of natural justice. The relief sought in respect of the costs order was that it be set aside.

- F As mentioned earlier, the application for review was removed from the High Court into the Court of Appeal and heard by all five regular members of that court presided over by Woodhouse P. Although two separate judgments were delivered, one by Woodhouse P. joined by McMullin J. ("the Woodhouse judgment") [1981] 1 N.Z.L.R. 618, 620, the other by Cooke, Richardson and Somers JJ. ("the Cooke judgment") [1981] 1 N.Z.L.R. 618, 652, both judgments were at one in holding that on
- G reading the report an ordinary New Zealander, who had been exposed to the publicity that had followed on the disaster and the successive investigations by Mr. Chippindale and the Royal Commission into its causes, would understand the reason for the costs order having been imposed upon A.N.Z. to be to punish it for organising a pre-determined plan of deception, including conspiracy by members of the management of
- H A.N.Z. to commit perjury, with which paragraph 377 had charged them. It was submitted to their Lordships at the hearing before the Board that there is no linkage between the costs order and any charges earlier in the report of conspiracy to deceive or to commit perjury. Their Lordships

would in any event hesitate long before rejecting the unanimous opinion of the members of a New Zealand Court of Appeal as to how an ordinary New Zealander reading a report published for the information of New Zealanders would understand it; but their Lordships' own impressions on first and subsequent readings of the report have coincided with those of the members of the Court of Appeal.

A

The Court of Appeal were likewise unanimous that A.N.Z. was entitled to have the costs order set aside, upon the ground that the judge had made it for reasons upon which in law he was not entitled to rely i.e. his findings in paragraph 377 of a conspiracy by members of the management of A.N.Z. to commit perjury at the inquiry. In both the Woodhouse judgment and the Cooke judgment it was held that in making this finding the judge had acted contrary to natural justice and in excess of jurisdiction. The only significant difference between the two judgments is that Woodhouse P. and McMullin J. would have been prepared to go further than the other three members of the court and, in addition to setting aside the costs order, would have dealt with the findings in paragraph 377, together with another paragraph of the report numbered 348, by either setting them aside or making declarations that these paragraphs were invalid.

B

C

For reasons to be explained later their Lordships have not found it necessary, for the purpose of disposing of this appeal to go into the questions whether, in making his finding in paragraph 377, the judge acted in excess of his jurisdiction as a Royal Commissioner, or whether the court itself, upon an application for review of a Royal Commission Report under section 4 of the Judicature Amendment Act, had jurisdiction to set aside that paragraph or to declare it to be invalid: nor do their Lordships consider it desirable that they should make this an occasion for doing so. The appeal to this Board can, in their Lordships' view, be disposed of on the ground that in the process of arriving at the finding set out in paragraph 377, which was the reason why he made the costs order, the judge failed by inadvertence to observe the rules of natural justice applicable to a decision to make a finding of this gravity that, put at its highest in the judge's favour, was collateral but not essential to his decisions upon any of those matters upon which his terms of reference required him to report.

D

E

F

The rules of natural justice that are germane to this appeal can, in their Lordships' view, be reduced to those two that were referred to by the Court of Appeal of England in *Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore* [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490, which was dealing with the exercise of an investigative jurisdiction, though one of a different kind from that which was being undertaken by the judge inquiring into the Mt. Erebus disaster. The first rule is that the person making a finding in the exercise of such a jurisdiction must base his decision upon evidence that has some probative value in the sense described below. The second rule is that he must listen fairly to any relevant evidence conflicting with the finding and any rational argument against the finding that a person represented at the inquiry, whose interests (including in that term career or reputation) may be adversely affected by it, may wish to place before him or would have so wished if he had been aware of the risk of the finding being made.

G

H

A The technical rules of evidence applicable to civil or criminal litigation form no part of the rules of natural justice. What is required by the first rule is that the decision to make the finding must be based upon *some* material that tends logically to show the existence of facts consistent with the finding and that the reasoning supportive of the finding, if it be disclosed, is not logically self-contradictory.

B The second rule requires that any person represented at the inquiry who will be adversely affected by the decision to make the finding should not be left in the dark as to the risk of the finding being made and thus deprived of any opportunity to adduce additional material of probative value which, had it been placed before the decision-maker, *might* have deterred him from making the finding even though it cannot be predicted that it would inevitably have had that result.

C Any determination whether the judge's finding of fact in paragraph 377 of the Royal Commission Report was flawed by a combination of failures to observe these two rules calls for some examination by their Lordships of what evidence there was at the inquiry of the alleged conspiracy and to what extent allegations of conspiracy were put to members of the management identified in the report as being parties to it. Since this task has been undertaken in the judgments of the Court of Appeal, to which reference may be made, their Lordships will endeavour to avoid mere repetition of facts that are to be found stated in these judgments.

D The fatal flight of 28 November 1979 was the fourteenth in a series of sightseeing flights to Antarctica that A.N.Z. had undertaken. The history concerning the previous flights is set out in meticulous detail in the Royal Commission Report and a comprehensive summary of it can be found in the Woodhouse judgment in the Court of Appeal. The findings of the judge as to the cause of the disaster, viz. "the mistake made by those airline officials who programmed the aircraft to fly directly at Mt. Erebus and omitted to tell the aircrew," and as to the occurrence of a whole series of previous inexcusable blunders and slipshod administrative practices by the management of A.N.Z., of which this mistake was the result, are for the most part also dealt with in one or other of the judgments of the Court of Appeal. That such blunders did occur has not been the subject of any challenge in the proceedings for judicial review of the Royal Commission Report. Their Lordships will therefore try, so far as possible, to avoid repeating an already twice told tale and will concentrate upon the three matters which have been relied upon by his counsel as entitling the judge, without any breach of either of the rules of natural justice to which their Lordships have referred, to find that the senior officials responsible for the management of the flight operations of A.N.Z. were guilty of a pre-determined plan of deception, including conspiracy to commit perjury.

The matters canvassed at the hearing of the appeal to this Board

H The three matters were (1) the deliberate destruction on the orders of Mr. Davis, the Chief Executive, of all documents which would disclose the mistake that had been made over the co-ordinates in the flight plan used for briefing Captain Collins and the different co-ordinates in the flight plan issued to the aircrew for use in the aircraft's computer on the actual flight. (2) The concealment that there had been an intentional adoption by the

airline management, as the southernmost waypoint for their Antarctic sightseeing flights, of the waypoint used at Captain Collins' briefing with co-ordinates that would take the aircraft over ice-covered sea to the west of Mt. Erebus and well clear of it. (3) The denial by senior officials of A.N.Z. that they knew that aircraft engaged on sightseeing flights to Antarctica, when they got there in visual meteorological conditions ("VMC") with visibility at 20 kilometres or more, flew at heights lower than 6,000 feet.

It was these matters that were canvassed in exhaustive (though not, in view of the importance of the case, excessive) detail by counsel for the appellant judge and the respondent airline during the 14 days of hearings by the Board. Their Lordships wish to express their appreciation of the helpful way in which this appeal has been conducted not only by leading counsel for the parties who addressed their Lordships orally, but also by the other members of their respective legal teams who were assiduous in supplying written notes, collating the references extracted from the mass of documents that were before the Board that bore upon particular issues and summarising the submissions on those issues of the party whom they represented. By these means the burden upon the Board of hearing and determining this difficult and complicated case was greatly eased.

Topography and flight plans for Antarctic flights

To put into their true perspective the three matters that were canvassed before their Lordships it is necessary to mention briefly the topography of the area in Antarctica that was visited in the course of the series of sightseeing flights. The flights in DC-10 aircraft were non-stop from Auckland to a southernmost point at or adjacent to a United States military Antarctic base known as McMurdo which provided air traffic control ("ATC") consisting of a Tactical Air Navigation System ("TACAN") and a non-direction beacon ("NDB") situated some 2 miles from the TACAN. There was an ice airstrip at McMurdo known as Williams Field but it was not one at which a DC-10 aircraft could land, and after sightseeing in the area the aircraft turned round and returned direct to Christchurch. This was its first and only stopping place.

McMurdo is situated on a peninsula forming the most southerly part of Ross Island on which island there are three mountains of which the highest is the 12,500 feet Mt. Erebus. To the south Ross Island adjoins and merges into the Ross Ice Shelf which forms the southern boundary of the Ross Sea. A part of the Ross Sea between 40 and 32 nautical miles in width, known as McMurdo Sound, lies to the west of Ross Island and separates it from the coast of that portion of the Antarctic Continent that is called Victoria Land. The southern areas of the Ross Sea, including in particular McMurdo Sound, are ice-covered for much of the year, but the ice breaks up as the summer advances and areas of water are visible between the ice floes.

The flight plan of an aircraft undertaking an Antarctic sightseeing flight comprised a series of successive waypoints on the route, of which the co-ordinates of latitude and longitude were given, together with the heading and distance to the next waypoint. The flight plan, when fed together with other information into the aircraft's computer at the beginning of the flight,

- A enabled the aircraft to be navigated automatically and with great accuracy on a pre-determined course (referred to as "nav track"). At the pilot's discretion, the nav track can be switched off and the aircraft navigated manually on such other course as the pilot may think preferable. This is known as changing from nav track to "heading select." On the nav track for the Antarctic flights the penultimate waypoint on the outward run was at Cape Hallett, a geographical feature towards the northern tip of the coast of Victoria Land at a distance from McMurdo of 337 miles.
- B From Cape Hallett south to McMurdo it was possible to fly direct over the Ross Sea and down McMurdo Sound and during the journey to maintain contact with ATC at McMurdo. This was the route that was adopted by U.S. military aircraft flying to and from McMurdo from the north. After reaching McMurdo and completing sightseeing the A.N.Z. flights were programmed to return to Christchurch.
- C A brief mention is also needed of what had happened on previous flights so that it may be understood what significance is properly to be attached to the practice of "low flying" that had been adopted by pilots on previous Antarctic flights. Some of the airline officials (untruthfully as the judge found) professed to be unaware of the practice. The history of these earlier flights is set out in the Woodhouse judgment. Suffice it here to say
- D that the two pioneer flights in February 1977 were planned with a nav track approved by C.A.D. that took aircraft on the last stage of the outward journey on a heading from the waypoint at Cape Hallett that passed directly over Mt. Erebus to McMurdo at a stipulated minimum altitude of 16,000 feet. For the October and November flights in 1977, of which there were four, the minimum authorised altitude after the aircraft had crossed Mt. Erebus was reduced from 16,000 feet to 6,000 feet in an
- E area to the south of the NDB at McMurdo Base if VMC subsisted there with visibility of 20 kilometres or more.

Low flying

- F Upon a sightseeing flight strict adherence to the flight path from Cape Hallett over Mt. Erebus to McMurdo Base rather than down McMurdo Sound, if VMC subsisted there and the assistance of ATC at McMurdo Base was available, did not make sense from the point of view of navigation or safety. Similarly, the maintenance of a minimum altitude in VMC was unhelpful and unnecessary. In such conditions there could be no objection to flights at altitudes as low as 1,500 feet down McMurdo Sound and in the neighbourhood of McMurdo Base. The judge so found in
- G paragraph 150 of his report and expressed the opinion that the formal approval of C.A.D. and the U.S. authorities to such practices as respects route and minimum altitude would have been automatic. It is therefore not surprising that the highly skilled and experienced pilots who were in charge of flights from October 1977 onwards treated themselves as having a discretion to diverge laterally in VMC from the original official nav track which would have taken them in a straight line from Cape Hallett to
- H McMurdo over Mt. Erebus, and to fly instead on heading select down McMurdo Sound to McMurdo on whatever track and at whatever altitude above it that information obtained from ATC at McMurdo, with whom they were able to maintain continuous communication, indicated would

best serve the purpose of sightseeing. All this occurred quite openly. Senior officials of C.A.D., as the judge found, knew about it; Mr. Chippindale, in the course of his investigation immediately after the disaster, was made aware that the practice of low-flying deviation was not understood by pilots to be specifically forbidden by the pre-flight briefing. He refers to this in his report and, indeed, accounts for what he believed to have been the failure of pilots to discover that the co-ordinates of the southernmost waypoint on the flight plan were 2° west of the co-ordinates of McMurdo itself, by the fact that in all flights subsequent to the making of the error which occurred in October 1978 the pilots had approached the area in VMC and taken routes down McMurdo Sound on heading select instead of on nav track and had relied on ATC at McMurdo to advise them as to the appropriate altitude at which to fly, having regard to the height of the cloud base (if any) below which VMC subsisted.

Under the heading "Compliance by Pilots with Minimum Safe Altitudes" the judge devoted 21 paragraphs of his report to evidence of flying down McMurdo Sound and in the vicinity of McMurdo Base at altitudes of less than 6,000 feet. Apart from Captain Wilson, who had been pre-flight briefing officer for Antarctic flights in 1978 and 1979 and had said in evidence that in his briefings he had referred to a discretion to descend to less than 6,000 feet in VMC with visibility of not less than 20 kilometres, the effect of the evidence given by the other executive pilots at the inquiry was that they had no "specific" knowledge (the adjective is the judge's) of flights at below 6,000 feet. Some of them had denied all knowledge that this occurred, others conceded that they had heard rumours of flights being undertaken at lower altitudes in VMC but their notice had not been drawn to it specifically and they took no action about it.

Their Lordships accept unreservedly that the judge was entitled to take the view that, upon this particular matter, the evidence given by several of the executive pilots at the inquiry was false. But, even though false, there are two reasons why it cannot have formed part of a predetermined plan of deception adopted in "an attempt to conceal a series of disastrous administrative blunders." In the first place to permit flights down McMurdo Sound and in the McMurdo area at levels ranging from 1,500 to 3,000 feet in VMC conditions with visibility not less than 20 kilometres was not a blunder at all. It was a method of conducting the sightseeing flights that the judge himself commended in paragraph 223 of the Royal Commission Report as complying with the Civil Aviation Regulations and as preferable to maintaining 6,000 feet as a minimum permitted altitude. In the second place the only stipulated minimum altitude which was of any relevance to the occurrence of the disaster was the 16,000 feet necessary to be maintained for a safe flight directly over Mt. Erebus. If, in seeking to support the case put by A.N.Z. that this minimum altitude should have been strictly maintained by the crew of the fatal flight, those witnesses whom the judge disbelieved on this issue were, as their Lordships must accept, being untruthful, they were also being singularly naive. Quite apart from the mass of evidence of flights down McMurdo Sound at low altitudes and the publicity given to them, once it was accepted that pilots were at liberty to, and did, diverge laterally from the original flight plan over Mt. Erebus, the requirement to maintain a minimum altitude of 16,000 feet on

A

B

C

D

E

F

G

H

A a sightseeing flight in VMC could not be justified on any rational basis. Against this background it is not conceivable that individual witnesses falsely disclaimed knowledge of low flying on previous Antarctic flights in a concerted attempt to deceive anybody as to what had happened.

B That, no doubt, is why the topic of "low flying" is not discussed in either of the judgments of the Court of Appeal, unless the sentence "It is possible that some individual witnesses did give some false evidence at this inquiry," which appears in the Cooke judgment, was meant as a passing reference to it. For the like reason without intending any discourtesy to leading counsel for the judge who devoted a considerable part of his argument to the marshalling of the material probative of the judge's finding that false evidence on this matter had been given by members of the management of A.N.Z., and to exploring the extent to which in cross-examination each of them must have been made aware

C that his veracity on this matter was being attacked, their Lordships do not propose to say anything more on the subject of "low flying."

Parenthesis on "whiteout"

D Before turning to the two other matters that were relied upon as justifying the judge's finding of a predetermined plan of deception including conspiracy to commit perjury, their Lordships should spend a moment in mentioning the optical phenomenon of "whiteout" experienced in polar regions. Of this phenomenon and the part that it is likely to have played as contributing to the causes of the Mt. Erebus disaster an illuminating account is to be found in paragraphs 165 to 201 of the Royal Commission Report. The judge found that the existence of this

E phenomenon was not known to anyone concerned in the management of A.N.Z. nor to any of its pilots or navigators, including Captain Collins and First Officer Cassin who consequently had never been briefed about it. Nor, as the judge also found, was it known to C.A.D. although there were readily accessible sources from which information could have been obtained. Its effect, in meteorological conditions such as prevailed at the time of the crash in the area where it happened, would be to induce

F in a pilot, unaware that any such phenomenon could exist, the belief that he had unlimited visibility ahead and that he was flying over a flat terrain, since "whiteout" prevents changes in level of the terrain over and towards which the aircraft is flying from being perceived by the pilot even though the change in level is as great as that of a precipitous mountainside such as that of Mt. Erebus. The judge makes out an

G overwhelming case in his report that the aircraft was in a "whiteout" when it crashed into that volcano.

Destruction of documents

H It was not disputed before their Lordships that the Royal Commission Report points the finger at Mr. Davis, the Chief Executive, as the originator of the "predetermined plan of deception," and as orchestrator of the "litany of lies" that are referred to by the judge in paragraph 377. It is also not disputed that the report treats Mr. Davis' determination to embark upon a plan of deception as having been reached on 30

November 1979 as soon as there had been reported to him what their Lordships described at the outset of this judgment as the three salient facts about the change in the co-ordinates of the southernmost waypoint in the flight plans.

A

The destruction or deliberate concealment of all documents which might point to there having been slipshod management of its Antarctic flights by A.N.Z. is, in their Lordships' view, quite the most serious charge of deception contained in the Royal Commission Report. That the judge too so regarded it is apparent from the fact that it is made a recurring theme in the report. The Woodhouse judgment refers to many of the paragraphs in which the charge that this took place on the instructions of Mr. Davis is made either in direct statements or, more often, by innuendo. Its first appearance in the Royal Commission Report is in paragraph 45 where, after reference in the previous paragraph to the mistake about the co-ordinates, the judge said:

B

C

"The reaction of the chief executive was immediate. He determined that no word of this incredible blunder was to become publicly known. He directed that all documents relating to Antarctic flights, and to this flight in particular, were to be collected and impounded. They were all to be put on one single file which would remain in strict custody. Of these documents all those which were not directly relevant were to be destroyed. They were to be put forthwith through the company's shredder."

D

Their Lordships are in agreement with, and so do not need to repeat, Woodhouse P.'s analysis of the nine following paragraphs of the report dealing with the same topic. They culminate in paragraph 54:

E

"This was at the time the fourth worst disaster in aviation history, and it follows that this direction on the part of the chief executive for the destruction of 'irrelevant documents' was one of the most remarkable executive decisions ever to have been made in the corporate affairs of a large New Zealand company. There were personnel in the Flight Operations Division and in the Navigation Section who anxiously desired to be acquitted of any responsibility for the disaster. And yet, in consequence of the chief executive's instructions, it seems to have been left to these very same officials to determine what documents they would hand over to the Investigating Committee."

F

The absence of documents in connection with the programming of Antarctic flights is commented upon in paragraphs 248, 250 and 254 in terms that are obviously indicative of incredulity; and the Chief Executive's instructions of 30 November 1979 are reverted to in paragraphs 338 to 341 in a section of the report headed "Post-Accident Conduct of Air New Zealand" where they have become a decision "that all documents relating to the Antarctic flights and to this flight in particular were to be impounded." However, the evidence that was before the judge was that, in accordance with routine practice, an In-house Committee had been set up by A.N.Z. on 30 November 1979 whose terms of reference were to gather documents and data relating to

G

H

- A the Mt. Erebus disaster. This committee was presided over by Mr. Watson, who was not a member of the management of A.N.Z. A representative of A.L.P.A. attended its meetings as an observer; so did representatives of other trade unions whose members had lost their lives in the crash. Mr. Oldfield, the Safety Manager of A.N.Z., was secretary. It was he who was responsible for gathering documents. He gave evidence at the inquiry as to what he had done. He obtained the original
- B documents from the departmental files in which they were kept and caused copies to be made for the use of members and observers at meetings of the committee and one master copy for inclusion in a single file ("the Committee File") on which one copy of all documents that he had collected were assembled. The Committee File was made available to Mr. Chippindale on 11 December 1979, when he returned from
- C Antarctica, and it became an exhibit at the inquiry before the judge. After each meeting of the committee had ended the original document was returned to the departmental file from which it had come and all copies used by the members at meetings, other than the master copy that was kept in the Committee File, were collected by Mr. Oldfield and destroyed by him. Notwithstanding this evidence by Mr. Oldfield of the
- D procedure adopted in assembling the Committee File, to which there was no challenge in cross-examination, the judge in paragraph 341 expresses his surprise at having discovered, on his own examination of the Committee File after the hearing, that the documents it contained were copies. He ends the paragraph thus "... seeing that all pre-
- E accident documents assembled on the file were copies, then where were the originals?" In the context in which it appears the innuendo that original pre-accident documents relating to Antarctic flights had been destroyed, in compliance with the Chief Executive's alleged instructions, is plain. Yet it was never put to Mr. Oldfield when he gave evidence that he had not been assiduous in the steps he had taken to ensure that the In-house Committee, on which he served as secretary, saw all original documents relating to Antarctic flights and that a master copy of each should be preserved on the Committee File.
- F The allegations in the report about destruction and disappearance of documents upon Mr. Davis' instructions are not confined to the In-house Committee File. Captain Gemmell, an executive pilot, had accompanied Mr. Chippindale to Antarctica immediately after the accident became known. He went as representative of A.N.Z. in a party which included, amongst others, First Officer Rhodes as representative of A.L.P.A. The
- G site of the crash had been first located by three mountaineers from Scott Base, a New Zealand Antarctic research station near to McMurdo. Mr. Chippindale's party, because of weather conditions, were not able to reach the scene until 3 December. Then, and on the following days, the members of the party proceeded to search for and collect first the "black-box" and the cockpit voice recorder ("CVR") which had been on
- H the aircraft and, thereafter, such other material that had been brought on to the aircraft by its passengers and members of its crew as could be found, including flight bags and documents. These had been scattered by the wind over a wide, heavily-crevassed area under a covering of snow

that had fallen since the date of the crash. It was unsafe to penetrate to considerable parts of this area.

Paragraphs 342 to 361 of the report, which are introduced as being "some unfortunate repercussions" of the instructions of the Chief Executive for the collection of all documents, are dealt with in considerable detail in both judgments in the Court of Appeal. The first four of these paragraphs take the form of ascribing to counsel who represented A.L.P.A. at the inquiry, allegations against Captain Gemmell that he had brought back from Antarctica, from which he returned to New Zealand before Mr. Chippindale, a number of documents that had been carried by Captain Collins in his flight-bag including an atlas and a ring-binder notebook; but that instead of disclosing them to Mr. Chippindale or to the Royal Commission, Captain Gemmell had impounded them in compliance with Mr. Davis' instructions. No such allegation had in fact been suggested by A.L.P.A. in its final submissions. It was a theory evolved by the judge himself as a result of a mistaken view of additional information which he had sought and obtained after the hearings had been concluded. The fact that he had been making these further inquiries from persons who had not been called as witnesses was never disclosed to A.N.Z. until they read about them in paragraphs 353 to 359 of the report; so Captain Gemmell had no opportunity of dealing with the case against him that these post-hearing inquiries are said to have been disclosed. Their Lordships agree with the Court of Appeal that this was a clear breach of natural justice; and that the breach is not one that is cured by the fact that this group of paragraphs, all of which are redolent of suspicion that Captain Gemmell had taken away documents from the wreckage of the aircraft in order to conceal their existence from any official investigation, ends with these two sentences, in paragraph 360:

"The opportunity was plainly open for Captain Gemmell to comply with the Chief Executive's instructions to collect all documents relevant to this flight, wherever they might be found, and to hand them over to the airline management. However, there is not sufficient evidence to justify any finding on my part that Captain Gemmell recovered documents from Antarctica which were relevant to the fatal flight, and which he did not account for to the proper authorities."

This grudging verdict of "not proven" needs to be read in the light of what the judge had said in paragraph 74 about the course that he had adopted in reaching any findings of fact:

"I am entitled, as part of my investigatory function, to reach conclusions based upon the balance of probabilities. This is the course which I have adopted. And in regard to allegations in respect of which the evidence seems to me to be in even balance, or not sufficiently tilted one way or the other, then I have held the truth of any such allegation, *likely though it may be*, to have been not established."

The emphasis in this passage has been added by their Lordships.

A Paragraphs 347 and 348 also call for special mention, for the latter incorporates a gratuitous allegation against the Director of Flight Operations, Captain Eden, of exerting managerial pressure upon a subordinate to conceal the fact that documents had been removed by Captain Gemmell. Flight Officer Rhodes, who had on 1 October 1980 been called as a witness by A.L.P.A., whose representative he had been on the party that had collected material from the site of the crash, was subsequently recalled in the following circumstances. On 4 December 1980 some exploratory questions had been asked of Captain Gemmell by counsel for A.L.P.A. as to whether he had brought back from the site of the accident any documents that had been in Captain Collins' flight-bag. Captain Gemmell replied that he had not. A newspaper report which mentioned these questions evoked a letter from a Mr. Woodford, one of the mountaineers who had been first at the site and was present at all times when Captain Gemmell was there. This letter said that the flight-bag was empty when Mr. Woodford had found it some days before Captain Gemmell arrived upon the site and that at all times when Captain Gemmell had been on the site he had been in the company of other members of the party. On 8 December 1980 First Officer Rhodes was recalled, this time by A.N.Z., to confirm, as he did, that at all times when Captain Gemmell was working on the site there had been other people adjacent to him. In paragraph 348, however, (the second paragraph of the report that Woodhouse P. and McMullin J. would have set aside) there is a plain allegation that Captain Eden, the Director of Flight Operations, had intimidated First Officer Rhodes into making this exonerating statement. No suggestion had ever been put to First Officer Rhodes that Captain Eden had directed him to give the answers that he did and not the slightest suggestion that he had done so was made to Captain Eden himself when he gave evidence three days later. The charge of intimidation in paragraph 348 must have come like a bolt from the blue. It was not based upon any probative evidence and neither Captain Eden nor A.N.Z. was given any opportunity of dealing with it.

E At paragraph 361 the judge comments on the briefing documents of First Officer Cassin which it was thought he had left behind at his home. Of these the judge says that they had been collected the next morning after the crash by "an employee of Air New Zealand," and he adds that they

G "certainly found their way into the custody of the airline on the day following the disaster, and have not been seen since. Presumably they were destroyed."

H It was conceded in the Court of Appeal that the judge must have been in error in making this allegation. In fact the evidence had been that First Officer Cassin's documents were obtained from Mrs. Cassin by Captain Crosbie, a witness called by counsel representing First Officer Cassin's estate. He had obtained the documents, not in his capacity as an employee of A.N.Z. but as welfare officer of A.L.P.A.: and in his brief and in his oral evidence at the inquiry he was positive that there were no documents at First Officer Cassin's home that had any bearing on the accident. No suggestion to the contrary was ever made to him.

Mr. Davis himself was the last witness to give evidence at the inquiry. His written brief was primarily directed to matters of the general policies and organisation of A.N.Z. since, as he said in it, as Chief Executive he "did not know or require to know the actual details of the conduct of the [Antarctic] flights i.e. exact route, briefings, crewing etc." In the course of his oral evidence, he was asked by counsel for A.L.P.A. a number of questions about the instructions that he had given to Mr. Watson and Mr. Oldfield that a complete file incorporating a master copy of every relevant document was to be assembled by the In-house Committee and any loose copies of the same document that were not required for the file were to be destroyed. It was suggested to him that his instructions may not have been sufficiently explicit—a suggestion that he rejected and added: "Now under no circumstances and under no conditions would I have been party to the destruction of any evidence that might come before an inquiry." His explanation for requesting the loose copies prepared for the use of members at meetings of the In-house Committee to be destroyed was to prevent there being "leaked" to the media isolated documents which published out of context might give a sensational erroneous impression. And there the matter of Mr. Davis' instructions for destruction of documents was left. It was never put to him, even by counsel for A.L.P.A., much less by counsel assisting the judge or by the judge himself, that he had deliberately ordered that steps should be taken to ensure that documents which would disclose the extent to which administrative blunders by the airline management had been causative of the crash should never come to light. His own spontaneous outburst, which their Lordships have just quoted, made in reply to the suggestion that his instructions to Messrs. Watson and Oldfield had not been sufficiently specific, after which the matter of his instructions was dropped, was the only evidence about any plan on the part of the management that any document relevant to the causes of the accident should be destroyed or otherwise prevented from being produced to Mr. Chippindale in the course of his statutory investigation or to the judge at the public inquiry by the Royal Commission; and what this evidence amounted to was an indignant denial.

In their Lordships' view there was no material of any probative value upon which to base a finding that a plan of this kind ever existed. Before their Lordships counsel for the judge have not been able to point to any such material. Experienced advocates as they are, they preferred to concentrate their fire upon the second and third matters that were canvassed at the hearing: "low flying", with which their Lordships have already dealt, and the change in the southernmost waypoint to which they will be coming shortly.

That the linkage between the costs order and the judge's belief in the existence of a plan to destroy documents or by other means to prevent them from coming to light had a major influence in inducing him to make the costs order is, however, made apparent in some extracts from a passage in the Appendix in the paragraph which immediately precedes that which contains the costs order itself. (The emphasis in this quotation

1 A.C.

Mahon v. Air New Zealand (P.C.)

A has been supplied by their Lordships.) Among the facts that he says he should have been told by A.N.Z. at the outset are included:

“that documents were ordered by the Chief Executive to be destroyed, that an investigation committee had been set up by the airline in respect of which a file was held . . .”

The paragraph ends thus:

B “So it was not a question of the airline putting all its cards on the table. The cards were produced reluctantly, and at long intervals, and *I have little doubt that there are one or two which still lie hidden in the pack.* In such circumstances the airline must make a contribution towards the public cost of the Inquiry.”

C *The intentional adoption of a new southernmost waypoint sited in McMurdo Sound*

During the three years 1977, 1978 and 1979 in which sightseeing flights to Antarctica had been undertaken by A.N.Z., there had been four different co-ordinates for the southernmost waypoints that had been fed into the computers of aircraft used for the flights.

D For the two flights in February 1977 the co-ordinates for Williams Field were used. They were 77° 53' south and 166° 48' east. For these flights there was a single authorised minimum altitude of 16,000 feet. When permission from C.A.D. was obtained to descend to 6,000 feet in an area to the south of McMurdo Base it became desirable to select a navigational aid as the waypoint and the NDB at McMurdo whose co-ordinates were 77° 51' south and 166° 41' east was chosen, and these were used for the four flights in October 1977. At this period the flight plan was manual and was fed manually by the crew into the aircraft's computer.

E In 1978 it was decided to store the flight plan for the Antarctic flights in the airline's central computer. Mr. Hewitt of the Navigation Section was responsible for carrying out the changeover from manually prepared to computerised flight plans. He did so by first preparing what is known as an ALPHA worksheet in which he wrote down as the co-ordinates of the southernmost waypoint the co-ordinates that had been used in the February 1977 flight plan that he obtained from a storage known as the NV 90 i.e. 77° 53' south and 166° 48' east; but in typing these into the computer terminal he made a mistake and typed a figure 4 instead of a figure 6, so that the longitudinal co-ordinates of the southernmost waypoint of the flight track that went into the computerised flight plan became 164° 48' east, (instead of 166° 48') which put it at a point in McMurdo Sound some 25 nautical miles to the west of the NDB where there was no physical feature by which it could be identified (“the Western Waypoint”). This is the error referred to in the Chippindale Report as having remained undetected for 14 months. Cogent evidence that this happened by mistake, albeit a mistake that involved negligence and was blameworthy, was supplied by the ALPHA worksheet and by the fact that no corresponding alterations were made in the track and distance information in the flight plan. The heading from Cape Hallett remained at 188.9° and the distance 337 nautical miles, whereas for a

longitudinal co-ordinate of 164° 48' east they would have been 191° and 343 nautical miles respectively.

A

The fourth and final change in the southernmost waypoint was that made in the airline computer on the night before the fatal flight and not reported to the aircrew at their pre-despatch briefing although it had been incorporated in the flight computerised track with which they were supplied. Notice had been given by the United States authorities of their intention to cease operating the NDB, thus leaving the TACAN as the only available navigation aid at McMurdo. The co-ordinates of the TACAN were 77° 52.7' south and 166° 58' east, i.e. a difference of 10' of longitude which represented a point some 2.1 nautical miles to the east of the NDB. The evidence of the members of the Navigation Section was that all that they intended and all that they believed that they were doing, was to substitute the co-ordinates of the TACAN for those of the NDB.

B

C

The judge deals with these changes of waypoint in considerable detail in paragraphs 224 to 255 of his report. They include repeated references to absence of contemporaneous documents recording and reporting the reasons for the successive changes. Mr. Davis in his evidence had explained that he preferred and had adopted in A.N.Z. an administrative system that relied upon oral communication between the executive officers concerned rather than spending time upon the preparation of written reports and instructions. The adoption of such a system is not of itself probative of any sinister intentions, although it may well be indicative of inefficient management particularly where, as in the case of the executive pilots, their time is divided between administrative and operational duties, with the result that they will not be aware of all that has been happening in Flight Operations Division during those periods while they have been away on actual flying duty.

D

E

A critical analysis of the reasoning of the judge in paragraphs 224 to 255 of his report is to be found in the sections of the Woodhouse judgment that bear the sub-headings "The Western Waypoint," "Correction of Co-ordinates" and "Advice of the change." Their Lordships are in broad agreement with this analysis. Throughout their consideration of this aspect of the inquiry into the judge's findings on which were factors that led to his accusation in paragraph 377 of conspiracy to commit perjury and have been relied upon before this Board as justification for it, their Lordships have been at pains to remind themselves, as did the Court of Appeal, that in relation to findings of fact made by the judge in his report they are not exercising the functions of an appellate court in civil litigation where they would be entitled, while paying due deference to the advantages enjoyed by the trial judge of seeing and hearing the witnesses give evidence in person, to make their own assessment of the weight of the evidence and to determine for themselves whether it is sufficient to justify the findings of fact that the trial judge has made. As courts whose functions in the instant case have been restricted to those of judicial review, both the Court of Appeal and this Board are disentitled to disturb findings of fact by the decision-maker whose decision is the subject of review, unless (1) the procedure by which such findings were reached was

F

G

H

A unlawful (in casu by failure to observe the rule of *audi alteram partem*) or (2) primary facts were found that were not supported by any probative evidence or (3) the reasoning by which the decision-maker justified inferences of fact that he had drawn is self-contradictory or otherwise based upon an evident logical fallacy.

B It is mainly, though not exclusively, on the first and third of these grounds that, in their Lordships' opinion, the Court of Appeal and this Board are entitled to reject the judge's findings of fact as to the intentional adoption of a new southernmost waypoint sited in McMurdo Sound, which formed in part the basis of his finding of a conspiracy to commit perjury.

C The Woodhouse judgment draws attention to various inconsistencies in the reasoning by which the judge reached the conclusion that the adoption of the Western Waypoint was intentional. One to which their Lordships would particularly draw attention is that the judge stated that he specifically refrained from finding that the substitution of the longitudinal co-ordinates 164° 48' east for 166° 48' when the Antarctic flight track was computerised in September 1978 was intentional and not due to a careless mistake by Mr. Hewitt. Forgetful of the evidence of the ALPHA worksheet that Mr. Hewitt had used on that occasion, the judge stated in paragraph 255(a) that the single reason for his refraining from making a positive finding that the change to the Western Waypoint at the time of computerisation of the flight track was deliberate, was that "it was not accompanied by the normal realignment of the aircraft's heading so as to join up with the new waypoint." He went on, however, to express his belief that long before November 1979 when it had been reported to Flight Operations by Captain Simpson, who had piloted the flight that had preceded the one on which the crash occurred, that he had discovered, to his surprise which he thought might be shared by other pilots, that the Western Waypoint was 27 nautical miles to the west of McMurdo Base, the Navigation Section had adopted it as the officially-approved southernmost waypoint.

E When, and by what member of the airline management, this adoption of the Western Waypoint as the southernmost waypoint, with a longitudinal co-ordinate known to be 164° 48' east and thus 25 miles to the west of the nearest navigational aid at McMurdo Base, was approved is not the subject of any finding by the judge; but whenever it was, the same reason as that which of itself had made him reject deliberate selection of the Western Waypoint at the earlier date, viz. failure to make corresponding adjustments to the heading and distance from Cape Hallett, would have been equally applicable to any officially approved adoption of the Western Waypoint whenever that is supposed to have occurred thereafter.

H In his finding of deliberate adoption the judge was greatly influenced by a document, Exhibit 164, of which there was evidence that it had been included (in circumstances that were not elucidated) among the documents contained in envelopes supplied to pilots at the time of the pre-despatch briefings for Antarctic flights in 1978 though not, so far as any evidence goes, in 1979. (It has never been suggested that members of the unit responsible for pre-despatch briefings and the preparation of

such envelopes for handing to departing aircrews have been parties to any conspiracy.) This document is a photocopy of an original diagram which does not extend as far south as Ross Island and McMurdo. The judge refers to it as "a track and distance diagram," incorporating a route southwards from Cape Hallett down McMurdo Sound to the west of Ross Island and another route northwards to Cape Hallett passing to the east of Ross Island along the longitude of 170° east. The lines treated by the judge as the southbound and northbound routes, from Cape Hallett and back to it, run off the southern edge of Exhibit 164 without joining up. If these lines were intended to represent a continuous route of an aircraft outbound and inbound for the purposes of sightseeing in the McMurdo area, the diagram is defective in that it fails to show the most southerly part of the route or any southernmost waypoint.

Furthermore, while Exhibit 164 does contain indications of headings and distances upon lines joining successive waypoints to the north of and including Cape Hallett, there are no such indications on the lines which the judge held to represent a track and distance diagram of a route southbound from Cape Hallett down McMurdo Sound or northbound back to Cape Hallett along longitude 170° east which is to the east of Ross Island itself. These lines form an acute-angled triangle of which the base is missing and the apex does not coincide with the position marked as Cape Hallett on the diagram. After close examination of Exhibit 164 and exhaustive consideration of the evidence relating to it to which, in view of the importance that the judge had attached to this document, his counsel has devoted considerable portions of his argument before the Board both in opening and in reply, the conclusion is, in their Lordships' opinion, inescapable that there was not any material of probative value before the judge that could justify a finding that Exhibit 164 incorporated a track and distance plan for a route southwards from Cape Hallett down McMurdo Sound or was intended or would be understood by any experienced pilot to be intended to be used for purposes of navigation.

The presence of Exhibit 164 among the documents included in the flight envelopes provided to aircrews at the pre-despatch briefings in 1978 appears to be the only reason given by the judge for his finding that the error made by Mr. Hewitt had been discovered long before November 1979, and had been followed by the adoption by A.N.Z., for use as the co-ordinates of an officially approved southernmost waypoint, of the co-ordinates of the Western Waypoint as they had been erroneously inserted in the computerised flight plan. As pointed out in the Woodhouse judgment, however, the judge's finding to this effect was accompanied by the suggestion that the management of A.N.Z. wanted to conceal its use of the route down McMurdo Sound from C.A.D., whose formal approval had been given only to a route that overflowed Ross Island. This suggestion was not only never put to any of the witnesses for A.N.Z. but also conflicts with the judge's own finding that approval from C.A.D. for the variation of the route to one down McMurdo Sound would have been automatic. Had the suggestion ever been put to the witnesses, evidence could have been called that official approval was not even required from C.A.D. for a lateral variation of this kind from a previously approved route.

A That A.N.Z. sightseeing aircraft were accustomed to fly to McMurdo from Cape Hallett down McMurdo Sound in VMC with visibility 20 kilometres or more was well known to the United States authorities at McMurdo. Navigational assistance for them was regularly given by ATC from the TACAN there. That the United States authorities would have objected to a direct flight track over Mt. Erebus to McMurdo, if they had known that such a route had received the formal approval of C.A.D., was information that the judge had gathered personally on a visit to Antarctica; but there was no evidence that A.N.Z. had ever been informed of this, nor was it put to any member of the Navigation Section in the course of their evidence at the hearing that they had any knowledge, or any reason to suspect, that a flight-path which overflew Mt. Erebus on a direct route from Cape Hallett would not have received United States approval.

C This omission was, to say the least, unfortunate, for it led to a finding by the judge that Mr. Brown, a member of the Navigation Section, had been guilty of deliberately heinous conduct. Mr. Brown's account of what he did, as having been due to an unwitting and, as he thought, harmless error, formed an important constituent of the so-called "litany of lies." It had been the practice of the Navigation Section to arrange for the transmission to ATC at McMurdo, before the departure of each Antarctic flight, of a flight plan giving the co-ordinates of the waypoints on the journey to McMurdo and back. After the erroneous Western Waypoint was incorporated in the computerised flight track in 1978, flight plans radioed to ATC McMurdo incorporated as the co-ordinates of the southernmost waypoint the figures 77°53' south, 164°48' east. The flight plan for the fatal flight on 28 November 1979 that was radioed to ATC was prepared by Mr. Brown from an ALPHA Sheet on which the co-ordinates of the southernmost waypoint appeared as the figures 77°53' south 166°48' east. This sheet contained a number of columns: the figure "5" entered in one of these columns would result in there being printed out in the radioed flight plan either the abbreviated name of a waypoint in letters or its co-ordinates in figures, depending upon the column in which the figure "5" was entered. F In the case of the southernmost waypoint Mr. Brown gave evidence that he had entered the figure "5" in the column that resulted in its appearing in the radioed flight plan as the name "McMurdo" and not as the co-ordinates of the new waypoint. Mr. Brown's evidence was that this had been inadvertent.

G At paragraph 255(e) of his report, however, the judge makes a finding in these terms:

H "In my opinion, the introduction of the word 'McMurdo' into the Air Traffic Control flight plan for the fatal flight was deliberately designed to conceal from the United States authorities that the flight path had been changed, and probably because it was known that the United States Air Traffic Control would lodge an objection to the new flight path."

No such suggestion was ever put to Mr. Brown when he gave evidence at the inquiry. He was accordingly given no opportunity of

dealing with the accusation of deliberately seeking to deceive the ATC as to the direction from which to expect the aircraft that was to be made against him by the judge. This was a clear breach of the rules of natural justice which flaws the judge's finding which their Lordships have just cited, and which was specifically identified later in paragraphs 376 and 377 as being part of the "litany of lies."

Once the judge, by a process of reasoning that was self-contradictory, had reached the fixed conviction that there had been a deliberate adoption by the airline management of the Western Waypoint as the southernmost waypoint for Antarctic flights, it was inevitable that he should reject as false all evidence of primary facts that conflicted with that finding. In order to satisfy themselves that there were not any other grounds, besides those which the judge himself had stated, upon which the inference that he had drawn about deliberate but dissimulated adoption could be supported, their Lordships have examined the evidence of primary facts relevant to this matter that was given at the hearings. This they did, not for the purpose of assessing its reliability, but simply to see whether any positive evidence that supported such an inference existed; and none was to be found.

Their Lordships accept that the report contains many other findings of fact by the judge upon which there had been conflicting evidence the reliability of which it was for him to assess; with his assessments a court whose functions are limited to judicial review has no jurisdiction to act otherwise than to accept them as correct. But those particular and crucial findings which their Lordships have discussed under the present heading and the previous heading "Destruction of documents" are each of them open to rejection on judicial review for the various reasons that their Lordships have given; and, as these findings admittedly constituted a substantial part of the material upon which were based the allegations contained in paragraph 377 of a "predetermined plan of deception" and "an orchestrated litany of lies," those accusations against the management of the airline must be treated as conclusions that, in the circumstances, he was not entitled to reach, and the costs order which constituted the punishment imposed upon A.N.Z. for the conduct found in that paragraph must accordingly be set aside.

The limits on the matters decided on the appeal to this Board

It may be appropriate in a case which has attracted such wide and intense interest in New Zealand that their Lordships should draw attention to the restricted nature of the matters which they have been called upon to decide.

The Royal Commission Report convincingly clears Captain Collins and First Officer Cassin of any suggestion that negligence on their part had in any way contributed to the disaster. That is unchallenged. The judge was able to displace Mr. Chippindale's attribution of the accident to pilot error, for two main reasons. The most important was that at the inquiry there was evidence from Captain Collins' widow and daughters, which had not been available to Mr. Chippindale at the time of his investigation and was previously unknown to the management of A.N.Z., that after the briefing of 9 November 1979 Captain Collins, who had

A made a note of the co-ordinates of the Western Waypoint that were on the flight plan used at that briefing, had, at his own home, plotted on an atlas and upon a larger topographical chart the track from the Cape Hallett waypoint to the Western Waypoint. There was evidence that he had taken this atlas and chart with him on the fatal flight and the inference was plain that in the course of piloting the aircraft he and First Officer Cassin had used the lines that he had plotted to show him where the aircraft was when he switched from nav track to heading select in order to make a descent to 2,000 feet while still to the north of Ross Island which he reported to ATC at McMurdo and to which he received ATC's consent. That on completing this descent he switched back to nav track is incapable of being reconciled with any other explanation than that he was relying upon the line he had himself plotted of the flight track on which he had been briefed. It was a combination of his own meticulous conscientiousness in taking the trouble to plot for himself on a topographical chart the flight track that had been referred to at his briefing, and the fact that he had no previous experience of "whiteout" and had been given no warning at any time that such a deceptive phenomenon even existed, that caused the disaster.

D The other principal reason why the judge felt able to displace Mr. Chippindale's ascription of the cause of the accident to pilot error was that certain remarks forming part of the conversations recorded in the CVR of the crashed aircraft and attributed by Mr. Chippindale to the flight engineers had suggested to him that shortly before the crash they were expressing to the pilot and navigator uncertainty about the aircraft's position. The tape from the CVR which had been recovered from the site of the crash proved difficult to interpret. The judge, with the thoroughness that characterised him throughout his investigations, went to great pains to obtain the best possible expert assistance in the interpretation of the tape. The result was that he was able to conclude that the remarks attributed by Mr. Chippindale to the flight engineers could not have been made by them, and that there was nothing recorded in the CVR that was capable of throwing any doubt upon the confident belief of all members of the crew that the nav track was taking the aircraft on the flight path as it had been plotted by Captain Collins on his atlas and chart, and thus down the middle of McMurdo Sound well to the west of Mt. Erebus.

G The judge's report contains numerous examples and criticisms of A.N.Z.'s slipshod system of administration and absence of liaison both between sections and between individual members of sections in the branch of management that was concerned with flight operations. Grave deficiencies are exposed in the briefing for Antarctic flights; and the explanation advanced by witnesses for the airline as to how it came about that Captain Collins and First Officer Cassin were briefed on a flight path that took the aircraft over the ice-covered waters of McMurdo Sound well to the west of Mt. Erebus but were issued, for use in the aircraft's computer, as the nav track a flight path which went directly over Mt. Erebus itself, without the aircrew being told of the change, involved admissions of a whole succession of inexcusable blunders by individual members of the executive staff. None of this was challenged

before their Lordships. No attempt was made on behalf of A.N.Z. to advance excuses for it.

A

These appalling blunders and deficiencies, the existence of which emerged piecemeal in the course of the 75 days of hearings, had caused the loss of 257 lives. Their Lordships can well understand the growing indignation of the judge when, after completing the hearings and for the purpose of preparing his report, he brought them together in his own mind and reflected upon them. In relation to the three matters that were principally canvassed in this appeal and upon which he based his finding that there had been a pre-determined plan to deceive the Royal Commission and a conspiracy to commit perjury at its hearings, their Lordships have very reluctantly felt compelled to hold that, in the various respects to which their Lordships have referred, the judge failed to adhere to those rules of natural justice that are appropriate to an inquiry of the kind that he was conducting and that in consequence it was not open to him to make the finding that he did in paragraph 377 of his report.

B

C

To say of a person who holds judicial office, that he has failed to observe a rule of natural justice, may sound to a lay ear as if it were a severe criticism of his conduct which carries with it moral overtones. But this is far from being the case. It is a criticism which may be, and in the instant case is certainly intended by their Lordships in making it to be, wholly disassociated from any moral overtones. In an earlier section of this judgment their Lordships have set out what they regard as the two rules of natural justice that apply to this appeal. It is easy enough to slip up over one or other of them in civil litigation, particularly when one is subject to pressure of time in preparing a judgment after hearing masses of evidence in a long and highly complex suit. In the case of a judgment in ordinary civil litigation this kind of failure to observe rules of natural justice is simply one possible ground of appeal among many others and attracts no particular attention. All their Lordships can remember highly respected colleagues who, as trial judges, have had appeals against judgments they had delivered allowed on this ground; and no one thought any the worse of them for it. So their Lordships' recommendation that the appeal ought to be dismissed cannot have any adverse effect upon the reputation of the judge among those who understand the legal position, and it should not do so with anyone else.

D

E

F

As respects the judge's findings that some at least of the executive pilots had given evidence as to their lack of specific knowledge that aircraft on Antarctic flights flew at altitudes lower than 6,000 feet over McMurdo Sound and in the McMurdo area which was false, their Lordships accept that there was probative material before the judge from which he was entitled to draw this inference. After the conclusion of the hearings when all the evidence had been pieced together, it became apparent, for reasons given earlier in this judgment, that official tolerance of the practice of flying lower than 6,000 feet was in no way causative of the accident. But when the executive pilots were giving evidence the causes of the crash still remained undetermined, and it is an understandable human weakness on the part of individual members of the airline management having responsibility for flight operations that

G

H

1 A.C.

Mahon v. Air New Zealand (P.C.)

- A they should shrink from acknowledging, even to themselves, that something that they had done or failed to do might have been a cause of so horrendous a disaster.

The jurisdiction of the judge to make findings of the kind challenged in the appeal

- B In both the Woodhouse and the Cooke judgments it was held by the Court of Appeal that the judge's finding in paragraph 377 of a conspiracy to commit perjury at the inquiry was not only invalidated by its having been reached through non-observance of the rules of natural justice but also fell outside his terms of reference and accordingly that in making it he acted in excess of jurisdiction.

- C The gravamen of the finding was that ten members of the airline management were guilty of the crime of conspiracy to commit perjury. It was so understood and in fact resulted in a police investigation which was pursued for some time but was ultimately dropped. The finding had been reached without the safeguards of trial by jury, or the benefit of the onus of proof applied in criminal prosecutions. In paragraph 74 of his report the judge expressly stated:

- D "I am not required to insist that some particular conclusion, whether founded on direct evidence or inference, shall be established beyond reasonable doubt."

- E In *Cock v. Attorney-General* (1909) 28 N.Z.L.R. 405 it had been held by a New Zealand Court of Appeal that there was no jurisdiction vested in the Governor-General either under the Letters Patent or the Commissions of Inquiry Act 1908, as it then stood, to appoint a Royal Commission to inquire into a crime. At the time when the judgments of the Court of Appeal were delivered in the instant case there was pending before them an appeal in an application for judicial review entitled *Re Royal Commission on Thomas Case* which raised directly this very point and would necessitate re-examination of the 70 year old decision in *Cock v. Attorney-General*. The *Re Royal Commission on Thomas Case* [1982] 1 N.Z.L.R. 252 has now been heard by the Court of Appeal and judgment in it was delivered on 30 July 1982. In that judgment it was held that an amendment made in 1970 (Commissions of Inquiry Amendment Act 1970 (No. 53 of 1970) section 2) to the Commissions of Inquiry Act 1908 did empower the Governor-General to appoint a Royal Commission with terms of reference that included jurisdiction to inquire into a crime if to do so is necessarily incidental to the subject matter of the inquiry.

- G This is a particular aspect of administrative law which is currently in the process of development by the New Zealand courts. Their Lordships can well appreciate that, where the crime concerned is one of perjury at the inquiry itself, there may well be a grey area between what is permissible comment upon evidence given before the Royal Commissioner that he has rejected, and what is a finding of criminal conduct by a witness which does not fall within the commissioner's terms of reference. The demarcation of the division of the grey area into those parts which will ultimately be held to be black and white respectively is one that can

only be arrived at on a case to case basis; and the most suitable forum in which this can be done is (for reasons that have been earlier stated) provided by the New Zealand courts themselves. Their Lordships think that it would be both premature and unwise for them to make this an occasion to formulate principles for the future guidance of the New Zealand courts on this particular matter, since the instant appeal can be decided and dismissed on the alternative ground that the finding in paragraph 377, that was the judge's reason for making the costs order, was invalidated by its having been reached in breach of rules of natural justice.

For the like reasons their Lordships will refrain from going into the question whether upon an application for judicial review of a report of a tribunal of inquiry there is jurisdiction in the reviewing court to set aside a finding of fact that is gravely defamatory of the applicant for review, or to make a declaration that such finding is invalid. This too is a matter which, in their Lordships' view, is best left to be developed by the New Zealand courts, particularly as these remedies, if they do exist, are discretionary. In the instant case all five members of the Court of Appeal were of opinion that the reputations of those who were the subjects of the finding in paragraph 377 would be sufficiently vindicated by a judgment setting aside the costs order, and that no further remedy, even if one were available, was necessary.

The quantum of the costs order

The Court of Appeal had held that the costs order was in any event invalid to the extent that it exceeded a maximum of \$600 fixed by a rule made by judges in 1908 under section 12 of the Commissioners Act 1903. Brief arguments, on the one hand, that this rule was ultra vires and, on the other hand, that it was still in force and effective, were addressed to their Lordships by counsel for the judge and counsel for the Attorney-General respectively. The point of law is one that depends upon a detailed examination of the legislative history of New Zealand statutes and subordinate legislation. It is not one which this Board would have regarded as a suitable subject matter for the grant of any leave to appeal from a decision of the New Zealand Court of Appeal. It has no relevance to the vindication of the reputations of the parties which were at stake in the instant appeal, and since the costs order must be set aside, irrespective of its amount, it is unnecessary for their Lordships to go into the point, and they accordingly refrain from doing so.

The costs of the appeal to the Board

Their Lordships cannot close this lengthy judgment without expressing their conviction that the time has now come for all parties to let bygones be bygones so far as the aftermath of the Mt. Erebus disaster is concerned. There were what in retrospect can be recognised as having been faults or mistakes at the inquiry but which, in the circumstances in which the inquiry had to be held and the judge's report prepared, appear to their Lordships for the most part to have been manifestations

1 A.C.

Mahon v. Air New Zealand (P.C.)

A of human fallibility that are easy to understand and to excuse. The time has surely come by now for them to be allowed to be forgotten.

It is in that hope and in that spirit that their Lordships propose to make no order as to the costs of the appeal to this Board. It is true that the costs of the judge are in any event being met by the New Zealand Government, and that as the sole shareholder in A.N.Z. the legal costs incurred by the airline in the appeal will also fall ultimately upon the New Zealand Government, so that the main financial consequences of their Lordships' decision to make no order as to costs may be limited to avoiding the expense of taxation of the parties' costs. It is nevertheless intended also to be indicative of their Lordships' view that the time for bitter feelings is over although their Lordships appreciate that nothing can console the relatives and friends of the victims of the disaster.

C. Their Lordships will accordingly humbly advise Her Majesty that the appeal ought to be dismissed.

Solicitors: Macfarlanes; Linklaters & Paines; Allen & Overy.

H. J.

D

E

F

G

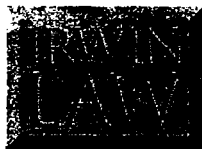
H

Onglet 4

The Conduct of Public Inquiries

law, policy, and practice

ED RATUSHNY



The Conduct of Public Inquiries: Law, Policy, and Practice

© Irwin Law Inc., 2009

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the prior written permission of the publisher or, in the case of photocopying or other reprographic copying, a licence from Access Copyright (Canadian Copyright Licensing Agency), 1 Yonge Street, Suite 800, Toronto, ON, M5E 1E5.

Published in 2009 by

Irwin Law Inc.
14 Duncan Street
Suite 206
Toronto, ON
M5H 3G8

www.irwinlaw.com

ISBN 978-1-55221-168-7

Library and Archives Canada Cataloguing in Publication

Ratushny, Ed, 1942–

The conduct of public inquiries : law, policy and practice / Ed Ratushny.

Includes bibliographical references and index.

ISBN 978-1-55221-168-7

1. Governmental investigations—Canada. I. Title.

KE4765.R38 2009

342.71'066

C2009-904913-9

KF5422.R38 2009

The publisher acknowledges the financial support of the Government of Canada through the Book Publishing Industry Development Program (BPIDP) for its publishing activities.

We acknowledge the assistance of the OMDC Book Fund, an initiative of Ontario Media Development Corporation.

Printed and bound in Canada.

1 2 3 4 5 13 12 11 10 09

3) Actual Findings

Findings of misconduct should be viewed in the context of the commissioner's broader role. Justice Cory did so, in what he described as an "overly simplified" summary in *Krever*:⁵⁷

- A commissioner has the power to make all relevant findings of fact necessary to explain the recommendations, even if these findings reflect adversely upon individuals;
- A commissioner may make findings of misconduct based on the factual findings, provided they are necessary to fulfill the purpose of the inquiry as it is described in the terms of reference;
- Such findings must not be based on the application of legal standards that would amount to a finding of civil or criminal liability but other standards of conduct may be applied;
- Such findings should not be couched in the specific language of criminal culpability or civil liability.

What is the nature of the misconduct that may be found? How should it be characterized or described? What standards of conduct may be applied in making such findings? What standard of proof should be applied? How should the credibility of witnesses be determined? When are such findings "necessary" to fulfill the inquiry's purpose?

The nature of a finding of misconduct is important since it allows the identification of those findings for which notice is required, either by legislation or by the principle of fairness. Section 13 of the *Inquiries Act* refers to a "charge of misconduct." Prince Edward Island and Newfoundland and Labrador use the same phrase. British Columbia, Ontario, New Brunswick, and the Northwest Territories refer to "findings of misconduct" and Alberta refers to a "report that alleges misconduct." The remaining jurisdictions do not contain a notice requirement so that the requirement there arises from the common law principle of fairness.

The *Inquiries Act* is the most formal of all in contemplating "a charge" being "made in the course of an investigation." This suggests a formal or explicit accusation. In the Stevens Inquiry, it was explicit in the terms of reference that asked whether he "was in real or apparent conflict of interest." Usually the misconduct will become more apparent during

⁵⁷ Above note 3 at para. 57.

the investigation and preparation stage and more developed during the hearings. It is discovered or understood in the course of addressing the broader question of "what happened and why."

In *Krever*, Justice Cory freely used the word "misconduct" but also referred to findings that "reflect adversely" on individuals. In *Kingsclear*, Chief Justice Daigle sought a definition of misconduct but noted that

I was unable to find a definition in the statutes of the other Canadian provinces or any judicial interpretation of the term in a context similar to that of our legislation. I am prepared to adopt, however, the definition suggested in the reports of the Ontario Law Reform Commission and of the Alberta Law Reform Institute (*supra*) as "any findings or conclusion that could reasonably be construed as bringing discredit on an individual."⁵⁸

In my view, there is not much difference between "reflect adversely" and "bring discredit" but they both appear to be broader than "misconduct." It seems that "misconduct" moves closer to a more specific act judged by more specific criteria.

Justice Campbell drew a distinction between the two but had a difficult time identifying the boundary between them. He made the following suggestion: "It may be that the problem of adverse findings and findings of misconduct can be avoided by simply saying what happened; instead of characterizing it legalistically."⁵⁹ It certainly should not be characterized "legalistically" since to apply legal standards would run afoul of the prohibition against findings of civil or criminal responsibility. But "simply saying what happened" is not enough since, as noted above,⁶⁰ the government and the public should be entitled to know the inferences and opinions the commissioner draws from "what happened."

The best approach is simply to apply the broader definition of any findings that could "reflect adversely" on an individual. This would encompass misconduct but also extend to inferences about such things as "incompetence" or "an attitude of callous disregard." Of course, these would have to be supported by a factual foundation and the dangers of

⁵⁸ Above note 48 at para. 29.

⁵⁹ Above note 1 at 394.

⁶⁰ Above note 3.

subjectivity avoided. But they might be obvious from the findings of what happened and they could well “reflect adversely” on an individual.

In *Kingsclear*, Chief Justice Daigle concluded that findings of lack of credibility do not amount to misconduct:

I think that an alleged misconduct of a witness, or some other person, must relate to discreditable conduct by that person with respect to incidents or matters under investigation. “Misconduct” cannot refer to a commissioner’s observation or conclusion regarding a witness’ demeanour or lack of candour during his or her testimony before the inquiry except perhaps, under certain circumstances, a conclusion that a witness has committed perjury.⁶¹

This may be true with respect to a finding of “misconduct” but most findings of lack of credibility would “reflect adversely” on the person who is not believed. Nothing is lost if this broader “nature” of misconduct is adopted for the purpose of identifying when notice should be given. And it may generate helpful explanations or qualifications from the person affected. It also may be required by the principle of fairness, even where the legislation, such as the *Inquiries Act*, may contemplate a more narrow definition.

The nature of “misconduct” for our purposes, then, is any finding that would reflect adversely on someone. This could be the result of a mere finding of fact. For example, “Company X knew the product was unsafe but failed to withdraw it.” Or the commissioner could go further and characterize the failure to act as “unacceptable conduct.”⁶² Each would be an “adverse finding.”

Sometimes the adverse inference may not be apparent from the description of a fact (or facts) in itself. But the commissioner may still characterize the conduct related to those facts in a critical or adverse manner. This may result from the analysis and evaluation of those facts:

According to the Concise Oxford Dictionary (8th ed. 1990), misconduct is “improper or unprofessional behaviour” or “bad management.” Without the power to evaluate and weigh testimony, it would be impossible for a commissioner to determine whether behaviour was “improper” as opposed to “proper,” or what constituted “bad management” as opposed to

61 Above note 48 at para. 30.

62 This example was used in *Krever*, above note 3 at para. 41.

"good management." The authority to make these evaluations of the facts established during an inquiry must, by necessary implication, be included in the authorization to make findings of misconduct contained in s. 13.⁶³

In the course of that evaluation, standards of conduct may be invoked, quite apart from standards of civil or criminal liability. As Justice Cory pointed out, there are many different types of normative standards. He referred to "moral, legal, scientific, social or political" and "professional ethical" standards as examples.⁶⁴

Sometimes, the applicable standard will be established by the terms of reference. The Stevens Inquiry was directed to determine whether he "was in real or apparent conflict of interest" as established by a written code and a letter from the prime minister⁶⁵ (although these "standards" proved to be elusive). The Taman Inquiry was required to determine whether the services provided to the family of the victim were sufficient with respect to the *Manitoba Victim's Bill of Rights*. The Arar Inquiry was required to address "the actions of Canadian officials" in relation to his treatment. No standard was expressed for assessing that conduct. Counsel for some officials and RCMP officers argued that no adverse findings should be made about them unless it could be found as a fact that their actions "caused or contributed to" that treatment. Commissioner O'Connor rejected that argument and provided this example:

in this Report I have pointed out that some information provided to American agencies by the RCMP was inaccurate and unfair to Mr. Arar and that the RCMP did not follow its established information-sharing policies. In order to properly report on these actions, I have set out how and why they took place and, importantly, why they were unacceptable, creating unfair risks for Mr. Arar. . . . In several places in the Report, I comment on the actions of Canadian officials that created or increased a risk that Mr. Arar would be subjected to unacceptable treatment. While creating or increasing an unacceptable risk may sometimes fall short of establishing causation as that term is used in a strictly legal sense, creating an unacceptable risk is still something that should be avoided.⁶⁶

⁶³ *Ibid.* at para. 40.

⁶⁴ *Ibid.* at paras. 19 and 62.

⁶⁵ See Chapter 3, Section B(2).

⁶⁶ Arar Inquiry, "Analysis and Recommendations" at 288. See also the reference to "standards" in Section C(1), below in this chapter.

In the case of the RCMP, they had failed to comply with their own policies. But both the RCMP and the officials had created or increased an “unacceptable risk” and the commissioner explained why he considered this to be unacceptable.

The terms of reference for the Mulroney-Schreiber Inquiry included the following questions:

11. Were these business and financial dealings appropriate considering the position of Mr. Mulroney ... ?
12. Was there appropriate disclosure and reporting ... ?
13. Were there ethical rules or guidelines ... ? Were they followed?

Commissioner Oliphant conducted a special hearing to address the standards that he should apply in determining these questions. The subsequent ruling provides an excellent analysis for the guidance of future commissioners.⁶⁷

The standard for Question 13 did not pose much difficulty since the 1985 Ethics Code⁶⁸ and the *Guidance for Ministers*⁶⁹ were both applicable at the relevant times. But these did not resolve the issue of what was “appropriate” in Questions 11 and 12. Even if the conduct were not in breach of the Code, it did not necessarily follow that the conduct was appropriate. The ruling elaborates on why Canadians were entitled to expect the conduct of public office holders to be “exemplary” whether in their official or personal capacity. It concludes that Mulroney’s conduct would be assessed by whether it conformed to the “highest standards of conduct ... so scrupulous that it can bear the closest possible scrutiny.” But this standard also would be applied on an “objective basis.”

In discussing the problem of standards for scientific assessment,⁷⁰ the “determination of risk” was described as much more complex when applied to such matters as nuclear safety. When assessing the risk of

67 Mulroney-Schreiber Inquiry, Ruling on Standards of Conduct (25 February 2009).

This analysis also includes a discussion of the approach taken by Commissioner Iacobucci in determining the standard he would apply to whether the actions of certain Canadian officials “were deficient in the circumstances” of his terms of reference.

68 *Conflict of Interest and Post-employment Code for Public Office Holders* (Ottawa: Office of the Prime Minister, 1985).

69 (Ottawa: Privy Council Office, 1988).

70 See Chapter 4, Section A(2).

exposing a Canadian citizen to torture in Syria, it should not take much to reach the standard of "unacceptable."

The characterization of conduct that may reflect adversely can be described in various ways:

- mistaken;
- unfortunate; inappropriate; ill-advised;
- irresponsible; failure to act; wilful blindness;
- improper; negligent; bad judgment; or
- grossly negligent; malicious; corrupt.

Of course, these may overlap and a myriad of additional characterizations can be found simply by reference to a thesaurus. The description will depend on the factual circumstances and how the commissioner assesses them and often a simple characterization may require qualification. For example, a mistake may be simple, honest, and not unusual (there but for the grace of God go I). Or it may amount to negligence or gross negligence. The "corruption" may be "noble cause corruption," often identified as a companion of "tunnel vision" in the wrongful-conviction cases.⁷¹

Commissioner Kaufman explained that the standards he adopted in assessing credibility were analogous to those used by a trial judge in a criminal case: "These include the demeanour of witnesses, the plausibility of evidence measured both internally and in relation to other evidence, prior statements or testimony, and the motivations and possible unconscious biases of parties." He also took into account criminal records or other discreditable conduct as well as evidence of good character.⁷²

Is there a standard of proof that should be applied to the findings of a commission of inquiry? Does that standard vary when the finding may reflect adversely on an individual? In *Erebus*, the Privy Council contrasted the role of a commissioner with that of a trial judge:

Where facts are in dispute in civil litigation . . . the Judge has to decide where, on a balance of probabilities, he thinks the truth lies as between the evidence which the parties . . . adduce before him. He has no right to travel outside that evidence . . . and if the parties' evidence is so in-

⁷¹ See generally Chapter 3, Section D.

⁷² See also Chapter 8, Section C(5).

conclusive as to leave him uncertain . . . he must decide the case by applying the rules as to onus of proof⁷³

In contrast, a commissioner may take the initiative to go where the evidence leads and pursue new lines of investigation. There is no legal onus of proof on the parties to a commission of inquiry and no standard of proof by which evidence must be evaluated.

This gives the commissioner freedom to report her findings on the basis of whatever standard she considers most appropriate. Commissioner O'Connor reached various conclusions with a range of qualifications from "probability" to "remote possibilities."⁷⁴ Reporting on "remote possibilities" still may help to shed light on what happened without determinative conclusions.

These observations do not apply when the findings reflect adversely on an individual. Such findings must be made in accordance with the principle of fairness. Where adverse findings potentially affect professional reputations, the standard of proof in a civil case should be applied. This is the standard of proof on a balance of probabilities. The evidence must be clear, convincing, and cogent and must be scrutinized with care, taking into account the seriousness of the potential findings.⁷⁵ This civil standard should be appropriate to withstand scrutiny under the principle of fairness on judicial review.⁷⁶

Krever said that findings of misconduct may be made provided they are "necessary to fulfill the purpose of the inquiry."⁷⁷ In her inquiry into a riot at the Kingston Prison for Women, Commissioner Louise Arbour simply declined to make any such findings:

I have concluded that it would not be fair for me to embark upon personal attribution of responsibility, for many reasons. Many persons were not called to testify and had therefore no opportunity to address allegations that might have been made against them. The witnesses who were called were not meant to be singled out as blameworthy, but were called for the sake of expediency, as the ones who had the most to contribute to the

73 *Re Erebus Royal Commission: Air New Zealand Ltd. v. Mahon*, [1983] N.Z.L.R. 662 at 666 (P.C.) [*Erebus*].

74 Described in Section A(1), above in this chapter.

75 *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53.

76 The relevant considerations are discussed in Chapter 7, Section D(3).

77 Above note 3 at paras. 53 and 57.

unfolding of the narrative. Many individuals who, by their own account, made errors, or whose actions I found did not meet a legal or policy standard or expectation, are otherwise persons greatly committed to correctional ideals for women prisoners.⁷⁸

The terms of reference contemplated the usual investigative commission that would include the investigation of individual conduct. It referred to certain "incidents" and the response of Correctional Services to them. They also included reference to:

- actions and decisions taken;
- deployment of an all-male emergency response team;
- the team's conduct;
- the circumstances of segregation confinement; and
- the treatment of inmates in segregation.

The commissioner did make findings, including the conclusion that the treatment of inmates was "cruel, inhumane and degrading." But those responsible for individual acts were not named.

The commissioner chose to focus mainly on broader systemic issues. In the context of polarized and conflicting accounts of what occurred, that may have been a reasonable, strategic decision. The failure to identify individual responsibility for the treatment of prisoners did not seem to attract criticism.

The report of the Iacobucci Inquiry also declined to make specific findings of personal misconduct. The commissioner did detail a series of investigatory and diplomatic failures with respect to three Canadians tortured in Syria and Egypt: "However, the judge did not single out any individual for blame. Instead, he said the officials involved conscientiously carried out their duties at a time—post 9/11—when there was 'intense pressure' on intelligence and law enforcement agencies."⁷⁹ While his terms of reference referred to "actions of Canadian officials," he tended to refer to actions generally rather than of individuals. This omission was the subject of strong criticism from human-rights activists

78 Canada, *Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston*, (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 1996) at xiii (Chair: Louise Arbour).

79 Alexander Duffy, "Critics Demand Review of 'Culture of Impunity' in Security" *Ottawa Citizen* (24 October 2008).

such as author Kerry Pither, Amnesty International Canada head Alex Neve, and former solicitor general Warren Allmand.⁸⁰

There is a danger in making sweeping generalizations about misconduct without specifying the individuals involved, so that proper notice and an opportunity to respond may be given to those who might be affected. The Somalia Inquiry made a “blanket statement” about “individuals who blamed others for their actions, who failed to question the appropriateness of the commands they received and who failed in their duty to advise against improper actions.” Another “blanket statement” condemned many senior officers who testified because they “exhibited a pattern of evasion and deception, betrayed the public trust and . . . if they still remained in the military, they should have their status reviewed.” In *Morneault*, the applicant argued that this characterized unnamed individuals as liars, who lacked personal and moral integrity. This blackened everybody’s reputation without regard to individual conduct. Justice Barbara Reed granted a declaration that the record of the commission did not support a finding that the applicant’s own conduct fell within the scope of these general statements.⁸¹

4) Systemic Explanations

Justice Campbell provides an excellent exposition of the importance of systemic explanations and the need for systemic solutions.⁸² He found that, although the Bernardo investigation had its share of human errors, it also reflected great skill and dedication. But more was required:

The *Bernardo* case shows that motivation, investigative skill, and dedication are not enough. The work of the most dedicated, skillful, and highly motivated investigators, supervisors, and forensic scientists can be defeated by the lack of effective case management systems and the lack of systems to ensure communication and co-operation among law enforcement agencies.

He provided this advice to commissioners:

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Above note 4 at paras. 21, 22, and 29. Upheld on this issue in *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.).

⁸² Above note 1 at 399.

Onglet 5

The Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst and Dr. Andrew Kaegi and Bayer Inc. and Baxter Corporation *Appellants*

v.

The Honourable Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada *Respondent*

and

The Canadian Hemophilia Society, the Canadian Aids Society, Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR, the HIV-T Group (Blood Transfused), the Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society, the Hepatitis C Survivors' Society, the Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs and Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY ON THE BLOOD SYSTEM)

File No.: 25810.

1997: June 25; 1997: September 26.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Public inquiry — Jurisdiction — Notices of possible findings of misconduct — Whether Commission had jurisdiction to

La Société canadienne de la Croix-Rouge, George Weber, le docteur Roger A. Perrault, le docteur Martin G. Davey, le docteur Terry Stout, le docteur Joseph Ernest Côme Rousseau, le docteur Noel Adams Buskard, le docteur Raymond M. Guevin, le docteur John Sinclair MacKay, le docteur Max Gorelick, le docteur Roslyn Herst et le docteur Andrew Kaegi et Bayer Inc. et Baxter Corporation *Appellants*

c.

L'honorable Horace Krever, ès qualités de Commissaire de l'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada *Intimé*

et

La Société canadienne de l'hémophilie, la Société canadienne du SIDA, Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR, HIV-T Group (Blood Transfused), Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society, la Société des survivant(e)s d'hépatite C, Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs et Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE SYSTÈME D'APPROVISIONNEMENT EN SANG AU CANADA)

N° du greffe: 25810.

1997: 25 juin; 1997: 26 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Enquête publique — Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Le commissaire

make findings of misconduct — Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 12, 13.

Public inquiries — Jurisdiction — Notices of potential findings of misconduct — Whether notices unfair.

The Commission of Inquiry appointed to examine the blood system after thousands contracted HIV and Hepatitis C from blood and blood products held exhaustive hearings governed by rules of procedure agreed to by all parties. Twenty-five interested parties were granted standing. The Baxter Corporation did not seek standing but subsequently participated in the proceedings by supplying relevant documents and providing witnesses. The Commission, on the final day of scheduled hearings, sent out confidential notices that the Commission might reach certain conclusions based on the evidence before it, that these conclusions might amount to misconduct with the meaning of s. 13 of the *Inquiries Act* (setting out jurisdiction to make findings of misconduct), and that the recipients had the right to respond as to whether the Commissioner ought to reach these conclusions. A number of the recipients of notices brought applications for judicial review in the Federal Court, Trial Division. That court declared that no findings of misconduct could be made against 47 of the applicants for judicial review, but otherwise dismissed the applications. Many recipients whose notices were not quashed appealed. The Federal Court of Appeal quashed one notice but dismissed the remaining appeals. At issue here are: (1) whether the Commissioner exceeded his jurisdiction by the nature and extent of the allegations of misconduct set out in the notices; (2) if the Commissioner originally had such jurisdiction, did he lose it by failing to provide adequate procedural protections or by the timing of the release of the notices; (3) whether Commission counsel should be prohibited from taking part in the drafting of the final report because of their receipt of confidential information not disclosed to the Commissioner or the other parties; and, (4) whether the appellant Baxter Corporation should be treated differently from the other appellants.

Held: The appeal should be dismissed.

avait-il compétence pour conclure à l'existence d'une faute? — Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 12, 13.

Enquêtes publiques — Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Les préavis étaient-ils équitables?

La commission d'enquête chargée d'examiner le système d'approvisionnement en sang après que des milliers de citoyens eurent été infectés par le VIH et par le virus de l'hépatite C véhiculés par le sang et les produits sanguins a tenu des audiences exhaustives régies par des règles de procédure acceptées par toutes les parties. Vingt-cinq parties intéressées ont obtenu la reconnaissance de leur qualité pour agir. Baxter Corporation a choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir, mais elle a par la suite participé aux procédures en produisant des documents pertinents et des témoins. Le dernier jour des audiences prévues, la commission a expédié des préavis confidentiels portant que la commission pourrait tirer certaines conclusions fondées sur les éléments de preuve produits devant elle, que ces conclusions pourraient être assimilables à l'imputation d'une faute au sens de l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes* (conférant le pouvoir d'imputer une faute), et que les destinataires avaient le droit de se faire entendre sur le point de savoir si le commissaire devait ou non tirer ces conclusions. Un certain nombre des destinataires ont présenté des demandes de contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Cette cour a déclaré qu'aucune conclusion faisant état d'une faute ne pouvait être tirée à l'endroit de 47 des requérants, mais elle a par ailleurs rejeté les demandes de contrôle judiciaire. Bon nombre des destinataires dont les préavis n'avaient pas été annulés ont interjeté appel. La Cour d'appel fédérale a annulé un préavis, mais a rejeté les autres appels. Les questions suivantes sont soulevées par le pourvoi: (1) Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence par la nature et l'étendue des allégations de faute exposées dans les préavis? (2) Si le commissaire avait initialement cette compétence, l'a-t-il perdue en omettant de donner des garanties procédurales adéquates ou en fixant une date tardive pour la délivrance des préavis? (3) Y a-t-il lieu d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport final parce qu'ils ont reçu des renseignements confidentiels qui n'ont pas été communiqués au commissaire ni aux autres parties? (4) L'appelante Baxter Corporation devrait-elle être traitée différemment des autres appelants?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Several basic principles are applicable to inquiries. A commission of inquiry is not a court or tribunal and has no authority to determine legal liability; it does not necessarily follow the same laws of evidence or procedure that a court or tribunal would observe. A commissioner accordingly should endeavour to avoid setting out conclusions that are couched in the specific language of criminal culpability or civil liability for the public perception may be that specific findings of criminal or civil liability have been made. A commissioner has the power to make all relevant findings of fact necessary to explain or support the recommendations, even if these findings reflect adversely upon individuals. Further, a commissioner may make findings of misconduct based on the factual findings, provided that they are necessary to fulfill the purpose of the inquiry as it is described in the terms of reference. In addition, a commissioner may make a finding that there has been a failure to comply with a certain standard of conduct, so long as it is clear that the standard is not a legally binding one such that the finding amounts to a conclusion of law pertaining to criminal or civil liability. Finally, a commissioner must ensure that there is procedural fairness in the conduct of the inquiry.

Notices warning of potential findings of misconduct, if issued in confidence to the recipient, should not be subject to as strict scrutiny as the formal findings because their purpose is to allow parties to prepare for or respond to any possible findings of misconduct. The more detail included in the notice, the greater the assistance to the party. The only possible harm would be to a party's reputation and this could not be an issue if the notices are released only to the party against whom the finding may be made. Even if the content of the notice appears to amount to a finding that would exceed the jurisdiction of the commissioner, it must be assumed that commissioners will not exceed their jurisdiction. The final report may demonstrate the assumption to be erroneous.

The Commissioner here stated that he would not be making findings of civil or criminal responsibility and, in the interests of fairness to the parties and witnesses, must be bound by these statements. It was not neces-

Plusieurs principes de base sont applicables aux enquêtes. La commission d'enquête ne constitue pas une cour de justice ni un tribunal, et n'est aucunement habilitée à déterminer la responsabilité légale; elle ne suit pas nécessairement les mêmes règles de preuve ou de procédure qu'une cour de justice ou un tribunal. Le commissaire devrait par conséquent s'efforcer de ne pas exprimer ses conclusions selon le libellé précis de la culpabilité criminelle ou de la responsabilité civile car ses conclusions risquent d'être perçues par le public comme des déclarations précises de responsabilité criminelle ou civile. Le commissaire a le pouvoir de tirer toutes les conclusions de fait pertinentes qui sont nécessaires pour expliquer ou appuyer les recommandations, même si ces conclusions peuvent nuire à la réputation de certaines personnes. De plus, le commissaire peut conclure à l'existence d'une faute sur la foi des conclusions de fait, pourvu qu'elles soient nécessaires à la réalisation de l'objet de l'enquête tel qu'il est décrit dans le mandat. Le commissaire peut en outre conclure qu'il y a eu manquement à une norme de conduite, pourvu qu'il ressorte clairement qu'il ne s'agit pas d'une norme légalement contraignante telle que la conclusion soit assimilable à une conclusion de droit au sujet de la responsabilité criminelle ou civile. Enfin, le commissaire doit assurer le respect de l'équité procédurale dans le déroulement de l'enquête.

Tant qu'ils lui sont remis sous le sceau de la confidentialité, les préavis informant la partie visée des conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées à son égard ne devraient pas être assujettis à un degré d'examen aussi strict que les conclusions finales car les préavis ont pour objet de permettre aux parties de se préparer ou de répondre aux conclusions faisant état d'une faute qui pourraient éventuellement être tirées contre elles. Plus le préavis est détaillé, plus il peut être utile à la partie. Le seul tort qui pourrait être causé se limite à la réputation d'une partie, mais tant que les préavis ne sont délivrés qu'à la partie susceptible d'être visée par une conclusion, il n'y a rien à redire. Même si les allégations exposées dans les préavis semblent équivaloir à une conclusion qui risque d'outrepasser la compétence du commissaire, il faut supposer que les commissaires n'outrepasseront pas leurs pouvoirs. Le rapport final peut démontrer que cette supposition était erronée.

Le commissaire a déclaré qu'il ne tirerait pas de conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale et, dans l'intérêt de l'équité à l'endroit des parties et des témoins, il doit être lié par ces déclarations. Par consé-

sary, therefore, to deal with the ultimate scope of the findings that a commissioner might make in a report.

The Commissioner did not exceed his jurisdiction in the notices delivered to the appellants. The inquiry's mandate was extremely broad and the potential findings of misconduct covered areas that were within the Commissioner's mandate to investigate. The appellants' challenge was launched prematurely. As a general rule, such a challenge should not be brought before the publication of the report unless there are reasonable grounds to believe that the Commissioner is likely to exceed his or her jurisdiction. Further consideration of this issue might have been warranted if the Commissioner's report had made findings worded in the same manner as the notices. Even if the challenges were not premature, the notices would not be objectionable. While many of the notices come close to alleging all the necessary elements of civil liability, none appeared to exceed the Commissioner's jurisdiction. The use of the words "failure" and "responsible" in the notices does not mean, absent something more indicating legal responsibility, that the person breached a criminal or civil standard of conduct. The use of these words was not objectionable.

The procedural protections offered to parties to the Inquiry and to individual witnesses were extensive and eminently fair. The appellants could not have been misled or suffered prejudice as a result of any "misunderstanding" about the type of findings which would be made by the Commissioner.

Although the notices of potential findings of misconduct should be given as soon as it is feasible, it is unreasonable to insist that the notice of misconduct must always be given early. So long as adequate time is given to the recipients of the notices to allow them to call the evidence and make the submissions they deem necessary, the late delivery of notices will not constitute unfair procedure. The timing of notices will always depend upon the circumstances. Here, it was within the discretion of the Commissioner to issue notices when he did because, given the enormous amount of information gathered and the nature and purposes of this Inquiry, it was impossible to give adequate detail in the notices before all the evidence had been heard. The appellants were given an adequate opportunity to respond to the

quent, il n'était pas nécessaire d'examiner la question de l'étendue maximale des conclusions qu'un commissaire peut tirer dans un rapport.

Le commissaire n'a pas outrepassé sa compétence dans les préavis délivrés aux appelants. Le mandat de la commission était extrêmement vaste et les conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées couvraient des domaines qui relevaient du pouvoir d'enquête du commissaire. Les appelants ont engagé leur contestation prématurément. En règle générale, une contestation comme celle-ci ne devrait pas être engagée avant la publication du rapport, à moins que les parties n'aient des motifs raisonnables de croire que le commissaire outrepassera probablement sa compétence. Un examen plus approfondi aurait pu être justifié si le rapport du commissaire avait comporté des conclusions formulées de la même façon que les préavis. Même si la contestation n'était pas prématurée, les préavis ne seraient pas attaques. Bien que bon nombre des préavis ne soient pas loin d'alléguer tous les éléments nécessaires de la responsabilité civile, aucun ne paraît excéder la compétence du commissaire. L'emploi des termes «déficiences» et «responsable» dans les préavis ne signifie pas, en l'absence d'un élément supplémentaire indiquant la responsabilité légale, que cette personne a manqué à une norme de conduite au criminel ou au civil. L'emploi de ces termes n'était pas attaquant.

Les garanties procédurales offertes aux parties à l'enquête et aux particuliers appelés à témoigner étaient étendues et éminemment justes. Les appelants n'ont pu être induits en erreur ni subir quelque préjudice par suite d'un «malentendu» au sujet du type de conclusions que le commissaire pouvait tirer.

Même si les préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute devraient être donnés dès que possible, il est déraisonnable d'insister pour que ces préavis soient toujours donnés hâtivement. Tant que les personnes visées par ces préavis disposent de suffisamment de temps pour pouvoir appeler des témoins et présenter les observations qu'elles estiment nécessaires, la signification tardive des préavis ne constitue pas une procédure inéquitable. La date de signification des préavis dépend toujours des circonstances. Dans la présente espèce, le commissaire avait le pouvoir discrétionnaire de délivrer les préavis au moment où il l'a fait parce que, compte tenu de la masse énorme de renseignements recueillis et de la nature et des objets de la présente enquête, il était impossible de donner des détails adéquats dans les préavis avant que toute la preuve n'ait été entendue. Les appelants disposaient d'une possibilité adéquate de répondre aux préavis et de produire les élé-

notices, and to adduce additional evidence, if they deemed it necessary.

It was premature to forbid Commission counsel from taking part in the drafting of the report. The Commissioner did not indicate that he intended to rely upon his counsel to draft the final report. In addition, it is not clear from the record what was contained in the confidential submissions reviewed by counsel.

Baxter Corporation should not be treated any differently than the other appellants. Although it must have realized that its conduct would be under scrutiny in the proceedings it took a calculated risk and elected not to seek standing before the Commission. It should not now be allowed to escape the consequences of that decision.

Cases Cited

Distinguished: *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; **considered:** *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 13.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 12, 13.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Third Session of the Thirty-fourth Parliament, 1991-92-93. Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. Sub-Committee on Health Issues. Report of the Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. *Tragedy and Challenge: Canada's Blood*

ments de preuve supplémentaires qu'ils pouvaient juger nécessaires.

Il était prématuré d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport. Le commissaire n'a pas indiqué qu'il entendait faire appel à ses avocats pour la rédaction du rapport final. De plus, le dossier ne révèle pas clairement la teneur des observations confidentielles examinées par les avocats.

Baxter Corporation ne devrait pas être traitée différemment des autres appelants. Même si Baxter aurait dû savoir que sa conduite serait examinée au cours de l'enquête, elle a pris un risque calculé et a choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir devant la commission. Elle ne devrait pas pouvoir maintenant se soustraire aux conséquences de cette décision.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; **arrêts examinés:** *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527; *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 13.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 12, 13.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Troisième session de la trente-quatrième législature, 1991-1992-1993. Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. Sous-comité sur les questions de santé. Rapport du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et

System and HIV. (Wilbee Report, May 1993.) Ottawa: 1993.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, “misconduct”.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] F.C.J. No 17 (QL), dismissing an appeal from a judgment of the Richard J., [1996] 3 F.C. 259, 115 F.T.R. 81, 136 D.L.R. (4th) 449, 37 Admin. L.R. (2d) 260, [1996] F.C.J. No. 864. Appeal dismissed.

Earl A. Cherniak, Q.C., Kirk F. Stevens, Maureen B. Currie and Christopher I. Morrison, for the appellants the Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst and Dr. Andrew Kaegi.

Randal T. Hughes, Christopher D. Woodbury and Tracey N. Patel, for the appellant Bayer Inc.

Philip Spencer, Q.C., and Tim Farrell, for the appellant Baxter Corporation.

P. S. A. Lamek, Q.C., Angus T. McKinnon and Michele J. Lawford, for the respondent.

Bonnie A. Tough and Kathryn Podrebarac, for the intervener the Canadian Hemophilia Society.

R. Douglas Elliott and Patricia A. LeFebour, for the intervener the Canadian Aids Society.

William A. Selnes, for the intervener Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR.

Allan D. J. Dick, for the intervener the HIV-T Group (Blood Transfused).

David Harvey, for the intervener the Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

de la condition féminine. *Tragédie et enjeu: La transfusion sanguine au Canada et le VIH*. (Rapport Wilbee, mai 1993.) Ottawa: 1993.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, “misconduct”.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [1997] A.C.F. n° 17 (QL), qui a rejeté l’appel d’un jugement du juge Richard, [1996] 3 C.F. 259, 115 F.T.R. 81, 136 D.L.R. (4th) 449, 37 Admin. L.R. (2d) 260, [1996] A.C.F. n° 864. Pourvoi rejeté.

Earl A. Cherniak, c.r., Kirk F. Stevens, Maureen B. Currie et Christopher I. Morrison, pour les appelants la Société canadienne de la Croix-Rouge, George Weber, le docteur Roger A. Perrault, le docteur Martin G. Davey, le docteur Terry Stout, le docteur Joseph Ernest Côme Rousseau, le docteur Noel Adams Buskard, le docteur Raymond M. Guevin, le docteur John Sinclair MacKay, le docteur Max Gorelick, le docteur Roslyn Herst et le docteur Andrew Kaegi.

Randal T. Hughes, Christopher D. Woodbury et Tracey N. Patel, pour l’appelante Bayer Inc.

Philip Spencer, c.r., et Tim Farrell, pour l’appelante Baxter Corporation.

P. S. A. Lamek, c.r., Angus T. McKinnon et Michele J. Lawford, pour l’intimé.

Bonnie A. Tough et Kathryn Podrebarac, pour l’intervenante la Société canadienne de l’hémophilie.

R. Douglas Elliott et Patricia A. LeFebour, pour l’intervenante la Société canadienne du SIDA.

William A. Selnes, pour l’intervenante Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR.

Allan D. J. Dick, pour l’intervenante HIV-T Group (Blood Transfused).

David Harvey, pour l’intervenante Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

Philip S. Tinkler, for the intervener the Hepatitis C Survivors' Society.

Pierre R. Lavigne, for the intervener the Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs.

Dawna J. Ring, for the intervener Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — What limits, if any, should be imposed upon the findings of a commission of inquiry? Can a commission make findings which may indicate that there was conduct on the part of corporations or individuals which could amount to criminal culpability or civil liability? Should different limitations apply to notices warning of potential findings of misconduct? It is questions like these which must be considered on this appeal.

Factual Background

² More than 1,000 Canadians became directly infected with Human Immunodeficiency Virus (HIV) from blood and blood products in the early 1980s. Approximately 12,000 Canadians became infected with Hepatitis C from blood and blood products during the same time period. This tragedy prompted the federal, provincial and territorial ministers of health to agree in September of 1993 to convene an inquiry which would examine the blood system.

³ On October 4, 1993, pursuant to Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11 (the Act), the Government of Canada appointed Krever J.A. of the Ontario Court of Appeal (the Commissioner) to review and report on the blood system in Canada. Specifically, the Order in Council directed the Commission to:

... review and report on the mandate, organization, management, operations, financing and regulation of all

Philip S. Tinkler, pour l'intervenante la Société des survivant(e)s d'hépatite C.

Pierre R. Lavigne, pour l'intervenante Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs.

Dawna J. Ring, pour l'intervenante Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Quelles limites, s'il y a lieu, convient-il d'imposer aux conclusions d'une commission d'enquête? Une commission peut-elle tirer, quant à la conduite de sociétés ou de particuliers, des conclusions assimilables à des déclarations de responsabilité civile ou pénale? Y a-t-il lieu d'imposer des limites différentes aux préavis annonçant l'éventuelle imputation d'une faute? Voilà le genre de questions qui doivent être examinées dans le présent pourvoi.

Contexte factuel

Plus de 1 000 Canadiens ont été directement infectés par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) véhiculé par le sang et les produits sanguins au début des années 1980. Environ 12 000 Canadiens ont été infectés par le virus de l'hépatite C véhiculé par le sang et les produits sanguins au cours de la même période. Cette tragédie a poussé les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux à s'entendre en septembre 1993 sur la création d'une commission d'enquête chargée d'examiner le système d'approvisionnement en sang.

Le 4 octobre 1993, en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11 (la Loi), le gouvernement du Canada a chargé le juge Krever, de la Cour d'appel de l'Ontario (le commissaire), de faire enquête et rapport sur le système d'approvisionnement en sang au Canada. Le décret ordonnait expressément à la commission de:

... faire enquête et rapport sur le mandat, l'organisation, la gestion, les opérations, le financement et la

activities of the blood system in Canada, including the events surrounding the contamination of the blood system in Canada in the early 1980s, by examining, without limiting the generality of the inquiry,

- the organization and effectiveness of past and current systems designed to supply blood and blood products in Canada;
- the roles, views, and ideas of relevant interest groups; and
- the structures and experiences of other countries, especially those with comparable federal systems.

On November 3, 1993, an announcement of the Commissioner's appointment and a description of his mandate was published in newspapers across Canada. Subsequently, all those with an interest were provided with an opportunity to apply for standing before the Inquiry and for funding. Twenty-five interested parties were granted standing, including the appellants, The Canadian Red Cross Society and Bayer Inc., the federal government and each of the provincial governments except for Quebec. The appellant Baxter Corporation chose not to seek standing, but subsequently participated in the proceedings by supplying relevant documents and providing witnesses.

The Order in Council authorized the Commissioner to "adopt such procedures and methods as he may consider expedient for the proper conduct of the inquiry". In consultation with the parties, the Commissioner adopted rules of procedure and practice. The rules, which were agreed to by all parties, provided that in the ordinary course, Commission counsel would question witnesses first, although other counsel could apply to be the first to question any particular witness. The rules included these procedural protections:

all parties with standing and all witnesses appearing before the Inquiry had the right to

réglementation de toutes les activités du système canadien d'approvisionnement en sang, y compris les événements entourant la contamination de réserves de sang au début des années 1980, en examinant, sans limiter la portée générale de l'enquête,

- l'organisation et l'efficacité des systèmes actuels et antérieurs d'approvisionnement en sang et en produits du sang au Canada;
- les rôles, opinions et idées des groupes d'intérêts concernés; et
- les structures et expériences d'autres pays, particulièrement ceux qui ont des systèmes fédéraux comparables.

Le 3 novembre 1993, un avis annonçant la nomination du commissaire et décrivant son mandat a été publié dans les journaux à l'échelle du Canada. Par la suite, tous ceux qui avaient un intérêt ont eu l'occasion de demander la reconnaissance de leur qualité pour agir devant la commission ainsi que de l'aide financière. Vingt-cinq parties intéressées, dont les appelantes, la Société canadienne de la Croix-Rouge et Bayer Inc., le gouvernement fédéral et chacun des gouvernements provinciaux, à l'exception du Québec, ont obtenu la reconnaissance de leur qualité pour agir. L'appelante Baxter Corporation a choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir, mais elle a par la suite participé aux procédures en produisant des documents pertinents et des témoins.

Le décret habilitait le commissaire à «adopter les méthodes et procédures qui lui apparaîtront les plus indiquées pour la conduite de l'enquête». Après avoir consulté les parties, le commissaire a adopté des règles de procédure et de pratique. Ces règles, qui furent acceptées par toutes les parties, prévoyaient que, en règle générale, ce serait les avocats de la commission qui interrogeraient d'abord les témoins, mais que d'autres avocats pourraient demander d'être les premiers à interroger un témoin particulier. Les règles comprenaient les garanties procédurales suivantes:

toutes les parties ayant qualité pour agir et tous les témoins assignés devant la commission d'en-

counsel, both at the Inquiry and during their pre-testimony interviews;

each party had the right to have its counsel cross-examine any witness who testified and counsel for a witness who did not have standing was afforded the right to examine that witness;

all parties had the right to apply to the Commissioner to have any witness called whom Commission counsel had elected not to call;

all parties had the right to receive copies of all documents entered into evidence and the right to introduce their own documentary evidence;

all hearings would be held in public unless application was made to preserve the confidentiality of information; and

although evidence could be received by the Commissioner that might not be admissible in a court of law, the Commissioner would be mindful of the dangers of such evidence and, in particular, its possible effect on reputation.

quête avaient le droit d'être représentés par un avocat, à l'enquête comme à l'entrevue préalable;

chaque partie avait le droit de faire contre-interroger par son avocat tout témoin ayant déposé, et l'avocat d'un témoin qui n'avait pas qualité pour agir avait le droit d'interroger ce témoin;

toutes les parties avaient le droit de demander au commissaire d'assigner des témoins que l'avocat de la commission n'avait pas jugé bon d'appeler;

toutes les parties avaient le droit de recevoir des copies de tous les documents déposés en preuve et le droit de déposer leurs propres éléments de preuve documentaire;

toutes les audiences devaient se dérouler en public, sauf en cas de demande visant à préserver le caractère confidentiel des renseignements;

même s'il pouvait recevoir des éléments de preuve susceptibles d'être jugés irrecevables devant une cour de justice, le commissaire devait tenir compte des risques d'une telle preuve et, en particulier, de son effet sur la réputation d'une personne.

⁵ The Commission held public hearings throughout Canada between November 1993 and December 1995. In describing his mandate and intention, the Commissioner emphasized that the Inquiry "is not and it will not be a witch hunt. It is not concerned with criminal or civil liability". He said the reason the Inquiry was called was not to advance the interests of those involved with or contemplating litigation of any kind, and that he would not permit the hearings to be used for ulterior purposes. At the same time, he made it clear that he interpreted his mandate as including a fact-finding process focusing upon the events of the early 1980s and that he intended to "get to the bottom" of those events. "For those purposes it is essential to determine what caused or contributed to the contamination of the blood system in Canada in the early 1980's", he warned.

La commission a tenu des audiences publiques partout au Canada entre novembre 1993 et décembre 1995. Décrivant son mandat et ses intentions, le commissaire a souligné qu' [TRADUCTION] «il ne s'agit pas d'une chasse aux sorcières. La présente enquête ne porte pas sur la responsabilité civile ou criminelle». Il a dit que l'enquête n'avait pas pour objet de défendre les intérêts de qui que ce soit dans quelque poursuite en cours ou à venir et qu'il ne permettrait pas que les audiences servent à d'autres fins. Il a en outre clairement indiqué qu'il interprétait son mandat comme incluant un processus d'établissement des faits relatifs aux événements du début des années 1980 et qu'il entendait [TRADUCTION] «aller jusqu'au fond» des choses. [TRADUCTION] «À cette fin, a-t-il déclaré, il est essentiel de déterminer ce qui a causé ou contribué à causer la contamination de réserves de sang au Canada au début des années 1980.»

⁶ On October 26, 1995, Commission counsel delivered a memorandum to all parties inviting

Le 26 octobre 1995, les avocats de la commission ont remis à toutes les parties une note les invi-

them to inform the Commission of the findings of misconduct they felt should be made by the Commission. The memorandum explained that under s. 13 of the Act, the Commissioner is required to give notice to any person against whom he intends to make findings of misconduct. The parties' submissions would help ensure that the notices gave warning of all the possible findings of misconduct which might be made by the Commission. These confidential submissions would be read only by Commission counsel, and would be considered for inclusion in notices issued by the Commissioner. Only those possible findings which were supported by evidence adduced in the public hearings and which were anticipated to be within the scope of the Commissioner's final report were included in the notices.

On December 21, 1995, the final day of scheduled hearings, 45 confidential notices naming 95 individuals, corporations and governments, each containing between one and 100 allegations, were delivered pursuant to s. 13 of the Act. The notices advised that the Commission might reach certain conclusions based on the evidence before it, that these conclusions may amount to misconduct within the meaning of s. 13, and that the recipients had the right to respond as to whether the Commissioner ought to reach these conclusions. The recipients were given until January 10, 1996 to announce whether and how they would respond to the notices in their final submissions.

A number of the recipients of notices brought applications for judicial review in the Federal Court. On June 27, 1996, Richard J. ([1996] 3 F.C. 259) declared that no findings of misconduct could be made against 47 of the applicants for judicial review, but otherwise dismissed the applications. Many recipients whose notices were not quashed appealed. The Federal Court of Appeal, [1997] F.C.J. No. 17 (QL), quashed the notice against Dr. Craig Anhorn, but dismissed the remaining appeals.

tant à transmettre à la commission les allégations de faute qu'elles jugeaient devoir figurer dans les conclusions de la commission. La note expliquait qu'aux termes de l'art. 13 de la Loi, le commissaire était tenu de prévenir toute personne à laquelle il prévoyait imputer une faute. Les observations devaient faire en sorte que les préavis renferment toutes les conclusions faisant état d'une faute que la commission pourrait tirer. Ces observations confidentielles ne devaient être lues que par les avocats de la commission et elles pouvaient être incluses dans les préavis que donnerait le commissaire. Seules les conclusions fondées sur des éléments de preuve produits au cours des audiences publiques et devant s'inscrire dans le cadre du rapport final du commissaire ont été incluses dans les préavis.

Le 21 décembre 1995, dernier jour des audiences prévues, 45 préavis confidentiels désignant nommément 95 particuliers, personnes morales et gouvernements et comportant chacun de une à 100 allégations furent transmis conformément à l'art. 13 de la Loi. Les préavis informaient les intéressés que la commission pourrait tirer certaines conclusions fondées sur les éléments de preuve produits devant elle, que ces conclusions pourraient être assimilables à l'imputation d'une faute au sens de l'art. 13 et que les intéressés avaient le droit de se faire entendre sur le point de savoir si le commissaire devait ou non tirer ces conclusions. Les destinataires avaient jusqu'au 10 janvier 1996 pour faire savoir si et comment ils entendaient répondre aux préavis dans leurs observations finales.

Un certain nombre des destinataires ont présenté des demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Le 27 juin 1996, le juge Richard ([1996] 3 C.F. 259) a déclaré qu'aucune conclusion faisant état d'une faute ne pouvait être tirée à l'endroit de 47 des requérants, mais il a par ailleurs rejeté les demandes de contrôle judiciaire. Bon nombre des destinataires dont les préavis n'avaient pas été annulés ont interjeté appel. La Cour d'appel fédérale, [1997] A.C.F. n° 17 (QL), a annulé le préavis visant le Dr Craig Anhorn, mais a rejeté les autres appels.

Relevant Statutory Provisions

9

Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11

2. The Governor in Council may, whenever the Governor in Council deems it expedient, cause inquiry to be made into and concerning any matter connected with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business thereof.

. . . .

12. The commissioners may allow any person whose conduct is being investigated under this Act, and shall allow any person against whom any charge is made in the course of an investigation, to be represented by counsel.

13. No report shall be made against any person until reasonable notice has been given to the person of the charge of misconduct alleged against him and the person has been allowed full opportunity to be heard in person or by counsel.

Decisions Below*Federal Court, Trial Division*, [1996] 3 F.C. 259

10

The appellants made four principal arguments before Richard J. of the Federal Court, Trial Division. They argued that the notices contained conclusions of law in relation to their civil or criminal liability and that the Commissioner did not have the power to make such conclusions. Alternatively, if the Commissioner did have the power to make the conclusions set out in the notices, they submitted that he was precluded from exercising it because he had given assurances that he would not do so, and without these assurances the parties would never have agreed to the procedure for the conduct of the inquiry. Third, they said that delivering the notices at the very end of the proceedings violated the rules of procedural fairness. Finally, the Red Cross contended that Commission counsel should not participate in the preparation of the final report because they had assisted in preparing the notices and had thereby taken a position against the appellants, and because they had seen confidential submissions that were not brought to

Les dispositions législatives pertinentes*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11

2. Le gouverneur en conseil peut, s'il l'estime utile, faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques.

. . . .

12. Les commissaires peuvent autoriser la personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête dans le cadre de la présente loi à se faire représenter par un avocat. Si, au cours de l'enquête, une accusation est portée contre cette personne, le recours à un avocat devient un droit pour celle-ci.

13. La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.

Les juridictions inférieures*La Section de première instance de la Cour fédérale*, [1996] 3 C.F. 259

Les appelants ont présenté quatre arguments principaux devant le juge Richard de la Cour fédérale (Section de première instance). Ils ont fait valoir que les préavis comportaient des conclusions de droit concernant leur responsabilité civile ou criminelle et que le commissaire n'était pas habilité à tirer de telles conclusions. Ils ont prétendu subsidiairement que, s'il s'avérait que le commissaire était habilité à tirer les conclusions exposées dans les préavis, c'était un pouvoir qu'il ne pouvait exercer parce qu'il avait assuré les parties qu'il s'en abstenait et que, sans ces assurances, celles-ci n'auraient jamais donné leur aval à la procédure devant régir l'enquête. Ils ont soutenu en troisième lieu que la délivrance des préavis à la toute fin des procédures violait les règles de l'équité procédurale. La Croix-Rouge a enfin prétendu que les avocats de la commission ne devraient pas participer à la rédaction du rapport final parce qu'ils avaient pris part à la rédaction des préavis et ainsi pris position à l'encontre des

the attention of all the parties and persons concerned.

Richard J. noted that s. 13 of the Act clearly contemplates that an inquiry's investigation may lead to a finding of misconduct against a person. This, he stated, covers any conduct, regardless of whether or not it exposes that person to civil or criminal liability. In his view, the finding of facts, and in particular facts that reveal what went wrong or why a disaster occurred, can be an essential precondition to the making of useful, reliable recommendations as to how to avoid a repetition of the events under review. He noted that the Supreme Court of Canada has upheld many inquiries where the focus of the investigation was to uncover facts related to misconduct, including inquiries focused specifically on whether there was misconduct on the part of particular individuals. In none of these cases, he continued, did the Court question the jurisdiction of the inquiry to make findings of fact showing misconduct.

Richard J. found that the Inquiry had both an investigatory and an advisory role. In order to fulfil this role, the Commissioner had a wide discretion to determine the Inquiry's agenda and the procedures under which it would operate. He rejected the appellants' argument that they had a legitimate expectation, based on assurances given by the Commissioner during the hearings, that he would not make factual findings that could be interpreted as amounting to findings of legal liability. He held that the legitimate expectation doctrine was limited to procedural rights. In his view, it could not be used to alter the substantive jurisdiction of the Commission.

Richard J. found that the appellants had failed to show that they would be prejudiced by future criminal or civil trials. They were protected, in his view, by the limits on the use of their testimony in criminal proceedings provided by ss. 7 and 13 of

appellants, et parce qu'ils avaient pris connaissance d'observations confidentielles n'ayant pas été portées à l'attention de toutes les parties et personnes concernées.

Le juge Richard a noté que l'art. 13 de la Loi prévoit clairement qu'une enquête peut mener à l'imputation d'une faute. Il a précisé que toute conduite, peu importe qu'elle puisse ou non entraîner la responsabilité civile ou pénale, peut être visée. Selon lui, la conclusion de fait, en particulier celle qui se rapporte aux faits qui révèlent les défaillances ou expliquent les raisons d'un désastre, peut constituer une condition préalable essentielle à la formulation de recommandations utiles et fiables quant aux moyens d'éviter la répétition des événements en cause. Il a noté que la Cour suprême du Canada avait reconnu la validité de bon nombre d'enquêtes axées sur la recherche des faits touchant des actes répréhensibles, y compris sur la question expresse de savoir si des actes répréhensibles pouvaient être reprochés à des personnes en particulier. Dans aucune de ces causes, a-t-il poursuivi, la Cour n'a mis en doute la compétence de la commission d'enquête de tirer des conclusions de fait établissant une faute.

Le juge Richard a estimé que la commission joue à la fois un rôle consultatif et un rôle d'enquête. Afin de remplir ce double rôle, le commissaire a un pouvoir discrétionnaire étendu en ce qui concerne la détermination de l'ordre du jour de l'enquête et de sa procédure. Le juge Richard a rejeté l'argument de l'expectative légitime qu'auraient eue les appelants en se fondant sur les assurances données au cours des audiences par le commissaire, savoir qu'il ne tirerait pas de conclusion de fait susceptible d'être assimilée à une déclaration de responsabilité légale. Il a conclu que la théorie de l'expectative légitime se limitait aux droits procéduraux. À son avis, elle ne pouvait être invoquée pour modifier la compétence de la commission sur le fond.

Le juge Richard a conclu que les appelants n'avaient pas réussi à établir qu'ils subiraient un préjudice au cours d'un procès pénal ou civil ultérieur. Selon lui, ils étaient protégés par les limites imposées à l'utilisation de leur déposition dans des

11

12

13

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. He further noted that he had not been referred to any legal authority for the proposition that the findings of the Commissioner, much less the contents of the notices, would be admissible in evidence in subsequent civil proceedings. In any case, he said, the trial judge will be better placed to determine whether the evidence in the report should be admitted into evidence and if so, what weight should be accorded to it.

poursuites pénales par les art. 7 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Il a en outre noté qu'on ne lui avait cité aucune source appuyant la proposition voulant que les conclusions du commissaire — et encore moins le contenu des préavis — soient admissibles en preuve dans le cadre de procédures civiles ultérieures. De toute façon, a-t-il dit, le juge du procès sera mieux placé pour déterminer si les éléments de preuve dans le rapport devraient être admis en preuve et, dans l'affirmative, quelle valeur devrait leur être accordée.

14 Richard J. held that the challenges to potential findings of misconduct were, at this stage, purely speculative. The Commissioner had undertaken not to make any findings of civil or criminal liability, and all persons receiving notices are allowed full opportunity to argue against adoption of the allegations. He held that the Commissioner had not exceeded his mandate by conducting an investigation of the commission of particular crimes. He concluded that when released, the findings of the Commissioner might be set aside on the basis that they exceeded the mandate of the Commission. Here, he stated, all that was before him was the administrative decision to give statutory notice to affected parties.

Le juge Richard a conclu que la contestation de l'éventuelle imputation d'une faute n'était, à cette étape, que pure spéculation. Le commissaire s'était engagé à ne tirer aucune conclusion concernant la responsabilité civile ou criminelle, et tous les destinataires des préavis avaient pleine possibilité de faire valoir des arguments contre l'adoption de ces allégations. Il a conclu que le commissaire n'avait pas outrepassé son mandat en procédant à une enquête sur la perpétration de crimes précis. Il a jugé que les conclusions du commissaire, une fois publiées, pourraient être annulées si elles outrepassaient le mandat de la commission. En l'espèce toutefois, la cour n'était saisie que de l'acte administratif consistant à signifier le préavis prescrit par la loi aux parties intéressées.

15 With respect to the procedure adopted by the Commissioner, Richard J. found that s. 7 of the *Charter* did not apply to protect reputation, and even if it did, the issuance of the notices accorded with the principles of fundamental justice. The procedural safeguards recommended under the Act had been provided to the appellants. He rejected the appellants' complaints regarding the evidence accepted by the Commission, the confidential submissions, the timing of the notices, the fairness of the hearings and the conduct of Commission counsel.

En ce qui a trait à la procédure adoptée par le commissaire, le juge Richard a conclu que l'art. 7 de la *Charte* ne s'appliquait pas à la protection de la réputation et que, même s'il s'appliquait, la délivrance des avis respectait les principes de justice fondamentale. Les garanties procédurales prescrites par la Loi avaient été accordées aux appelants. Il a rejeté les plaintes des appelants au sujet des éléments de preuve acceptés par la commission, des observations confidentielles, du moment des avis, de l'équité des audiences et de la conduite des avocats de la commission.

16 Richard J. declared that no explicit findings of misconduct could be made against 47 of the persons who received notices. Counsel for the Commissioner had confirmed that these persons would not be named in any adverse findings of fact

Le juge Richard a statué qu'aucune conclusion explicite faisant état d'une faute ne pouvait être tirée à l'égard de 47 des particuliers destinataires de préavis. Les avocats de la commission avaient confirmé que ces personnes ne seraient nommées

resulting from the notices. He dismissed the remaining applications for judicial review. He further declared that all of the appellants were to be allowed to respond to the notices.

Federal Court of Appeal, [1997] F.C.J. No. 17 (QL)

Décary J.A., writing for the court, found that the challenge to the Commissioner's jurisdiction was not premature. In his view, the fact that the Commissioner had not yet prepared his final report was not significant. If the Commissioner did not have jurisdiction to make the findings in his final report which were being suggested in the notices, he would also be without jurisdiction to give notice that such findings might be made. Décary J.A. emphasized, however, that courts must show extreme restraint before intervening at this stage in order to avoid disrupting the work of inquiries. The courts should only intervene, he concluded, when it is clear that the Commissioner is about to exceed his jurisdiction.

Décary J.A. went on to examine whether the Commissioner had the authority to make the findings contained within the notices. He noted that public inquiries into tragedies inevitably tarnish reputations and raise questions about the responsibility borne by certain individuals. Consequently, Parliament and the courts have imposed strict limits on the use of these findings in civil and criminal trials. The findings made by a commissioner, moreover, are merely statements of the commissioner's opinion with respect to the conduct of a person. Such an opinion does not have the weight, force or effect of a judgment.

Décary J.A. noted that s. 13 of the Act expressly permits a commissioner to make findings of "misconduct". He concluded that this encompasses the power of a commissioner to find that an individual breached a standard of conduct. Since that standard may be moral, legal, scientific, social or political, a conclusion that someone breached a duty does not

dans aucune conclusion de fait défavorable résultant de ces préavis. Il a rejeté les autres demandes de contrôle judiciaire. Il a en outre déclaré que tous les appelants devaient être autorisés à répondre aux préavis.

La Cour d'appel fédérale, [1997] A.C.F. n° 17 (QL)

Le juge Décary, qui a prononcé les motifs de la Cour d'appel, a conclu que la contestation de la compétence du commissaire n'était pas prématurée. À son avis, le fait que le commissaire n'avait pas encore préparé son rapport final n'était pas déterminant. Si le commissaire n'a pas compétence pour formuler dans son rapport final les conclusions qu'il annonce dans les préavis, il n'a pas davantage compétence pour en faire l'objet d'un préavis. Le juge Décary a toutefois souligné que les tribunaux doivent faire preuve de retenue extrême avant d'intervenir à ce stade afin de ne pas nuire aux enquêtes. Les tribunaux ne devraient intervenir, a-t-il conclu, que lorsqu'il est évident que le commissaire est sur le point d'excéder sa compétence.

Le juge Décary a ensuite examiné la question de savoir si le commissaire avait le pouvoir de tirer les conclusions exposées dans les préavis. Il a souligné qu'il est presque inévitable que les enquêtes publiques sur des tragédies ternissent des réputations et soulèvent des interrogations relativement à la responsabilité de certaines personnes. C'est pour ces raisons que le législateur et les tribunaux ont imposé des restrictions sévères à l'utilisation de ces conclusions dans les procès, au civil comme au criminel. De plus, les conclusions d'un commissaire ne sont que la formulation de l'opinion qu'il s'est faite sur la conduite d'une personne. Cette opinion n'a pas la valeur, la force ni l'effet d'un jugement.

Le juge Décary a fait remarquer que l'art. 13 de la Loi permet expressément à un commissaire d'imputer une «faute». Il a conclu que cela englobe le pouvoir d'un commissaire de conclure qu'une personne a manqué à une norme de conduite. Puisque cette norme peut être morale, légale, scientifique, sociale ou politique, la conclusion

17

18

19

necessarily mean that the individual in question broke the law. It simply means that the individual failed to meet a standard proposed by the commissioner. To hold otherwise would completely muzzle public inquiries and would be inconsistent with s. 13.

qu'il y a eu manquement à un devoir ne signifie pas nécessairement que son auteur a violé la loi. Cela signifie simplement que la personne n'a pas satisfait à une norme proposée par le commissaire. Soutenir le contraire, ce serait bâillonner complètement les enquêtes publiques et aller à l'encontre de l'art. 13.

20 Décary J.A. left open the question of whether a Commissioner could ever make a finding of civil or criminal liability, but found that in this particular case the Commissioner was precluded from doing so both by his own assurances that he would not and because of an absence of authority within the terms of the Order in Council appointing the Inquiry. The question, therefore, became whether the notices sent to the appellants contained findings or threatened findings of civil or criminal liability.

Le juge Décary ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si un commissaire peut être habilité à tirer des conclusions concernant la responsabilité civile ou criminelle, mais il a décidé qu'en l'espèce le commissaire en était empêché en raison des assurances qu'il avait lui-même données à cet égard et du silence sur ce point du décret créant la commission d'enquête. Il ne s'agissait donc que de savoir si les préavis expédiés aux appelants comportaient des conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale ou évoquaient la possibilité que de telles conclusions soient tirées.

21 In *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), the test adopted for this question was whether the findings would have the weight of a decision or determination of civil or criminal liability in the eyes of the public. This case was cited with approval by this Court in *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at p. 1398. However, Décary J.A. said that approach should be restricted to inquiries into the commission of particular crimes. First, he said, the strict test would paralyse the work of most broad inquiries such as this one. In addition, he observed that the test is inconsistent with the approach taken by this Court in other cases, such as *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 596, and *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97. Although none of these decisions examined the actual findings made by a commissioner, he concluded that the Supreme Court would not have authorized inquiries leading inevitably to findings of fact that would determine responsibility in the eyes of the public if those findings were prohibited.

Dans l'arrêt *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), le critère adopté à l'égard de cette question était celui de savoir si les conclusions auraient valeur de décision ou de détermination de la responsabilité civile ou pénale aux yeux du public. Cet arrêt a été cité et approuvé par notre Cour dans *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, à la p. 1398. Le juge Décary a toutefois dit que cette approche devrait se limiter aux enquêtes sur la perpétration de crimes précis. Il a d'abord affirmé que le critère strict aurait pour effet de paralyser les travaux de la plupart des commissions d'enquête générales comme celle dont il est question en l'espèce. Il a ensuite ajouté que le critère ne peut être concilié avec l'approche adoptée par notre Cour dans d'autres affaires, dont *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 596, et *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97. Même si aucune de ces décisions ne portait sur les conclusions mêmes qu'avait tirées un commissaire, il a conclu que la Cour suprême n'aurait pas autorisé la poursuite d'enquêtes menant inévitablement à des conclusions de fait ayant valeur de détermination de responsabilité aux yeux du public, si de telles conclusions étaient interdites.

Décary J.A. noted that the Commissioner cannot make findings of civil or criminal liability, and he cannot escape this prohibition simply by using language that is less precise but essentially suggests the same thing. The more a commissioner uses terms with “hallowed legal meaning” (at para. 55), the more likely it is that a court will find the conclusions to be determinations of legal responsibility.

Décary J.A. then applied this approach to the notices in this case. He acknowledged that the choice of certain expressions, such as “responsible for” and “despite knowing” indicated potential findings of legal liability, but he was not prepared to quash the notices on that basis alone. However, he went on to state at para. 69:

I am certain that the Commissioner will understand that he would be venturing onto dangerous ground if, in his final report, he were to persist in using some of the terms he used in the notices and in adopting turns of phrase that bear too close a resemblance to the expression of a conclusion of law.

Subject to this caveat, he held that the Commissioner had the power to issue the notices and rejected the appellants’ first argument.

Décary J.A. rejected the claim that the late delivery of the notices had violated rules of procedural fairness. He noted that the Commissioner had broad latitude and discretion in determining the Inquiry’s procedures, and that those adopted were in accordance with procedural fairness. He said he could see no objection to a commissioner’s waiting until the end of the hearings to give notices. The appellants were given the opportunity to respond to the notices and to adduce additional evidence in a short but flexible time period, which they chose to ignore.

Décary J.A. then reviewed the situation of two appellants who were not parties to the inquiry, and were, therefore, unrepresented there; Baxter Corporation, and Craig A. Anhorn, a former employee

Le juge Décary a fait remarquer que le commissaire ne peut tirer de conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale ni contourner cette interdiction en employant des termes qui, sans être aussi précis, laisseraient essentiellement la même impression. Plus un commissaire emploiera des termes «consacrés sur le plan juridique» (au par. 55), plus il s’exposera à ce que ses conclusions soient considérées par les tribunaux comme des déterminations de responsabilité légale.

Le juge Décary a ensuite appliqué cette approche aux préavis en cause. Il a reconnu que le choix de certaines expressions comme «*responsible for*» et «*despite knowing*» avait des relents de déclaration de responsabilité légale, mais il n’était pas disposé à annuler les préavis pour ce seul motif. Il a toutefois déclaré au par. 69:

Le Commissaire comprendra, j’en suis certain, qu’il s’aventurerait en terrain dangereux s’il persistait, dans son rapport final, à utiliser certains des termes qu’il a utilisés dans les préavis et à adopter des tournures de phrases qui s’apparenteraient de trop près à l’expression d’une conclusion juridique.

Sous réserve de cette mise en garde, il a conclu que le commissaire avait le pouvoir de donner les préavis et il a rejeté le premier argument des appelants.

Le juge Décary a rejeté la prétention selon laquelle la délivrance tardive des préavis avait violé les règles d’équité procédurale. Il a souligné que le commissaire dispose d’une grande marge de manœuvre et a toute la discrétion voulue pour établir les procédures de l’enquête et que celles qui furent adoptées en l’espèce respectaient les principes d’équité procédurale. Il a dit ne voir aucune objection à ce qu’un commissaire attende la fin des audiences avant de donner des préavis. Les appelants ont eu la possibilité de répondre aux préavis et de produire de nouveaux éléments de preuve dans un délai court mais souple, mais ils ont choisi de ne pas le faire.

Le juge Décary a ensuite examiné le cas de deux appelants qui n’étaient pas du nombre des parties à l’enquête et qui, partant, n’y avaient pas été représentés, à savoir Baxter Corporation et Craig A.

22

23

24

25

of the Red Cross. They both claimed that since they were not parties they should have received their notices earlier, and the notices should have set out the evidence which was relied upon for the allegations of misconduct. Décary J.A. rejected Baxter Corporation's claim, holding that the company knew that it would be a likely subject of investigation and had deliberately chosen not to seek standing at the inquiry. Having taken this calculated risk, he stated, it must now bear the consequences. On the other hand, in light of the unique position of Craig Anhorn, he found that it was appropriate to quash the notices issued to him.

Anhorn, ancien employé de la Croix-Rouge. Ils ont tous deux fait valoir que, comme ils n'étaient pas parties à l'enquête, les préavis auraient dû leur parvenir plus tôt et indiquer les éléments de preuve sur lesquels étaient fondées les allégations de faute. Le juge Décary a rejeté la prétention de Baxter Corporation, parce que la société savait qu'elle serait probablement visée par l'enquête et qu'elle avait choisi délibérément de ne pas demander la reconnaissance de sa qualité pour agir. Celle-ci ayant, selon lui, couru un risque calculé, il lui fallait dès lors en assumer les conséquences. Quant à Craig Anhorn, étant donnée sa situation particulière, le juge Décary a conclu qu'il y avait lieu d'annuler les préavis le visant.

²⁶ Finally, Décary J.A. turned to the submission that Commission counsel should be prohibited from participating in the final report because they had reviewed confidential documents which had not been disclosed to the other parties or the respondent. He seemed sympathetic to the appellants' claim, but held that it was premature, since the Commissioner had not stated any intention to rely on Commission counsel in the drafting of the final report. Décary J.A. cautioned that he did not think the Commissioner should seek advice from those of his counsel who knew of matters which he and the appellants did not.

Le juge Décary a en dernier lieu examiné la prétention voulant que les avocats de la commission ne puissent participer à la rédaction du rapport final parce qu'ils avaient examiné des documents confidentiels qui n'avaient pas été communiqués aux autres parties ni à l'intimé. Il a semblé sensible à la prétention des appelants, mais il a conclu que la démarche était prématurée car le commissaire n'avait pas indiqué avoir l'intention de faire appel aux avocats de la commission pour la rédaction du rapport final. Le juge Décary a ajouté ne pas croire que le commissaire chercherait conseil auprès de ceux de ses avocats qui savent des choses que lui-même et les appelants ignorent.

²⁷ Accordingly, he allowed the cross-appeal by Craig Anhorn, but dismissed all other appeals.

Il a donc accueilli l'appel incident de Craig Anhorn, mais rejeté tous les autres appels.

Issues

Questions soulevées par le pourvoi

- ²⁸
1. Did the Commissioner exceed his jurisdiction by the nature and extent of the allegations of misconduct set out in the notices?
 2. If the Commissioner originally had such jurisdiction, did he lose it by failing to provide adequate procedural protections or by the timing of the release of the notices?
 3. Should Commission counsel be prohibited from taking part in the drafting of the final report because of their receipt of confidential informa-

1. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence par la nature et l'étendue des allégations de faute exposées dans les préavis?
2. Si le commissaire avait initialement cette compétence, l'a-t-il perdue en omettant de donner des garanties procédurales adéquates ou en fixant une date tardive pour la délivrance des préavis?
3. Y a-t-il lieu d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport final parce qu'ils ont reçu des renseigne-

tion not disclosed to the Commissioner or the other parties?

4. Should the appellant Baxter Corporation be treated differently from the other appellants?

Analysis

Did the Commissioner Exceed his Jurisdiction by the Nature and Extent of the Allegations of Misconduct Set Out in the Notices?

A. Introduction — Commissions of Inquiry

Commissions of inquiry have a long history in Canada, and have become a significant and useful part of our tradition. They have frequently played a key role in the investigation of tragedies and made a great many helpful recommendations aimed at rectifying dangerous situations.

It may be of assistance to set out what was said regarding the history and role of commissions of inquiry in *Phillips, supra*, at pp. 137-38:

As *ad hoc* bodies, commissions of inquiry are free of many of the institutional impediments which at times constrain the operation of the various branches of government. They are created as needed, although it is an unfortunate reality that their establishment is often prompted by tragedies such as industrial disasters, plane crashes, unexplained infant deaths, allegations of widespread child sexual abuse, or grave miscarriages of justice.

At least three major studies on the topic have stressed the utility of public inquiries and recommended their retention: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry* (1977); Ontario Law Reform Commission, *Report on Public Inquiries* (1992); and Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). They have identified many benefits flowing from commissions of inquiry. Although the particular advantages of any given inquiry will depend upon the circumstances in which it is created and the powers it is given, it may be helpful to review some of the most common functions of commissions of inquiry.

ments confidentiels qui n'ont pas été communiqués au commissaire ni aux autres parties?

4. L'appelante Baxter Corporation devrait-elle être traitée différemment des autres appelants?

Analyse

Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence par la nature et l'étendue des allégations de faute exposées dans les préavis?

A. Introduction — Les commissions d'enquête

Les commissions d'enquête existent depuis longtemps au Canada et sont devenues un élément important et utile de notre tradition. Elles ont souvent joué un rôle de premier plan dans l'examen de tragédies et proposé nombre de recommandations efficaces pour corriger des situations dangereuses.

Il peut être utile de reprendre ce qui a été dit au sujet de l'histoire et du rôle des commissions d'enquête dans l'arrêt *Phillips*, précité, aux pp. 137 et 138:

En tant qu'organismes *ad hoc*, les commissions d'enquête sont libres d'un bon nombre des entraves institutionnelles qui limitent parfois l'action des diverses branches de gouvernement. Elles sont constituées pour répondre à un besoin, bien qu'il faille malheureusement admettre qu'elles doivent souvent leur existence à des tragédies comme un désastre industriel, des écrasements d'avions, des décès inexpliqués de jeunes enfants, des allégations d'exploitation sexuelle d'enfants largement répandue ou des erreurs judiciaires graves.

Au moins trois études d'importance sur le sujet ont mis en évidence l'utilité des enquêtes publiques et ont recommandé qu'elles soient maintenues: Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Droit administratif: les commissions d'enquête* (1977); Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Public Inquiries* (1992); Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). D'après ces études, les commissions d'enquête présentent de nombreux avantages. Bien que ces avantages dépendent du contexte de la création de chaque commission et des pouvoirs qui lui sont conférés, il peut être utile de passer en revue certaines des fonctions les plus courantes de ces commissions.

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover “the truth”. Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their mandates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public.

Undoubtedly, the ability of an inquiry to investigate, educate and inform Canadians benefits our society. A public inquiry before an impartial and independent commissioner which investigates the cause of tragedy and makes recommendations for change can help to prevent a recurrence of such tragedies in the future, and to restore public confidence in the industry or process being reviewed.

L’une des principales fonctions des commissions d’enquête est d’établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la «vérité», en réaction au choc, au sentiment d’horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elles sont souvent dotées de vastes pouvoirs d’enquête. Dans l’accomplissement de leur mandat, les commissions d’enquête sont, idéalement, dépourvues d’esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d’étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d’enquête, parce qu’elles seraient un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d’interrogation, de grande tension et d’inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d’informer les Canadiens sur le contexte d’un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l’institution ou la situation visées par l’enquête, mais aussi dans l’ensemble de l’appareil de l’État. Elles constituent un excellent moyen d’informer et d’éduquer les citoyens inquiets.

Incontestablement, la capacité d’une commission d’enquête de procéder à des examens et d’éduquer et d’informer les Canadiens profite à notre société. Une enquête publique devant un commissaire impartial et indépendant qui cherche la cause d’une tragédie et qui recommande des changements peut aider à prévenir la répétition de tragédies semblables à l’avenir et rétablir la confiance du public envers le secteur ou le processus visé par l’enquête.

31 The inquiry’s roles of investigation and education of the public are of great importance. Yet those roles should not be fulfilled at the expense of the denial of the rights of those being investigated. The need for the careful balancing was recognized by Décary J.A. when he stated at para. 32 “[t]he search for truth does not excuse the violation of the rights of the individuals being investigated”. This means that no matter how important the work of an inquiry may be, it cannot be achieved at the

Les rôles d’enquête et d’éducation du public qui sont conférés à une commission d’enquête ont une très grande importance. Ces rôles ne devraient cependant pas être remplis aux dépens du respect des droits des personnes faisant l’objet de l’enquête. La nécessité de parvenir à un juste équilibre a été reconnue par le juge Décary lorsqu’il a dit, au par. 32, que «[l]a recherche de la vérité n’excuse pas la violation des droits des personnes sous enquête». Cela signifie que si important que soit le

expense of the fundamental right of each citizen to be treated fairly.

travail d'une commission, il ne peut se faire aux dépens du droit fondamental de tout citoyen d'être traité équitablement.

The Background of This Inquiry

The circumstances which gave rise to this Inquiry cannot be forgotten. The factual background underlines the importance of the Commission and places the hearings in their proper context. More than 1,000 Canadians became directly infected with HIV from blood and blood products in the early 1980s, and approximately 12,000 more were infected with and exposed to the dangers of Hepatitis C. These infections were caused by the very system Canadians rely upon to restore their health in times of illness or accident. It is a system which operates throughout the country. The Wilbee Report (Report of the Sub-Committee on Health Issues of the Standing Committee of the House of Commons on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and Status of Women, *Tragedy and Challenge: Canada's Blood System and HIV* (May 13, 1993)), a 1993 parliamentary study of the blood system, observed that every 20 seconds of every single day someone in Canada requires a blood transfusion. A great many Canadian families are touched in some way by the urgent and continuous need for blood and blood products. Clearly, the blood system is an essential part of Canada's health care system. The answers to questions as to how and why this vitally important system failed Canadians are crucial both to ensuring that this terrible tragedy never recurs and to restoring public confidence in our system of health care.

It is against that background that the assessment must be made of the jurisdiction of the Commissioner to issue notices indicating potential findings of misconduct against the appellants.

Le contexte de la présente enquête

Les circonstances ayant donné lieu à la présente enquête ne peuvent être oubliées. Le contexte factuel met en lumière l'importance de la commission et permet de situer les audiences dans leur juste perspective. Plus de 1 000 Canadiens ont été directement infectés par le VIH véhiculé par le sang et les produits sanguins au début des années 1980, et environ 12 000 autres Canadiens ont été infectés par le virus de l'hépatite C et exposés aux dangers qu'il représente. Ces infections ont été causées par le système même auquel les Canadiens font appel pour le rétablissement de leur santé en cas de maladie ou d'accident. C'est un système mis en œuvre à l'échelle du pays. D'après le rapport Wilbee (Rapport du Sous-comité sur les questions de santé du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine, *Tragédie et enjeu: La transfusion sanguine au Canada et le VIH* (13 mai 1993)), étude parlementaire sur le système d'approvisionnement en sang au Canada, chaque jour au Canada, toutes les 20 secondes, une personne a besoin d'une transfusion sanguine. Bon nombre de familles canadiennes sont touchées d'une façon ou d'une autre par le besoin urgent et continu de sang et de produits du sang. Le système d'approvisionnement en sang constitue clairement une partie essentielle du système de santé au Canada. Il importe au plus haut point de comprendre comment et pourquoi ce système d'une importance vitale a fait défaut aux Canadiens, pour faire en sorte que cette terrible tragédie ne se reproduise plus jamais et pour rétablir la confiance du public dans notre système de soins de la santé.

C'est dans ce contexte que doit être examiné le pouvoir du commissaire de délivrer des préavis annonçant l'éventuelle imputation d'une faute aux appelants.

B. The Scope of a Commissioner's Power to Make Findings of Misconduct

34

A commission of inquiry is neither a criminal trial nor a civil action for the determination of liability. It cannot establish either criminal culpability or civil responsibility for damages. Rather, an inquiry is an investigation into an issue, event or series of events. The findings of a commissioner relating to that investigation are simply findings of fact and statements of opinion reached by the commissioner at the end of the inquiry. They are unconnected to normal legal criteria. They are based upon and flow from a procedure which is not bound by the evidentiary or procedural rules of a courtroom. There are no legal consequences attached to the determinations of a commissioner. They are not enforceable and do not bind courts considering the same subject matter. The nature of an inquiry and its limited consequences were correctly set out in *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527, at para. 23:

A public inquiry is not equivalent to a civil or criminal trial. . . . In a trial, the judge sits as an adjudicator, and it is the responsibility of the parties alone to present the evidence. In an inquiry, the commissioners are endowed with wide-ranging investigative powers to fulfil their investigative mandate. . . . The rules of evidence and procedure are therefore considerably less strict for an inquiry than for a court. Judges determine rights as between parties; the Commission can only "inquire" and "report". . . . Judges may impose monetary or penal sanctions; the only potential consequence of an adverse finding . . . is that reputations could be tarnished.

Thus, although the findings of a commissioner may affect public opinion, they cannot have either penal or civil consequences. To put it another way, even if a commissioner's findings could possibly be seen as determinations of responsibility by

B. L'étendue du pouvoir du commissaire de conclure à l'existence d'une faute

Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d'une cour de justice. Les conclusions d'un commissaire n'entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet. La nature et les conséquences limitées des enquêtes ont été correctement décrites dans l'arrêt *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527, au par. 23:

Une enquête publique n'est pas du tout un procès civil ou criminel [. . .] Dans un procès, le juge assume un rôle juridictionnel et seules les parties ont la responsabilité de présenter la preuve. Dans une enquête, les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d'enquête pour accomplir leur mandat d'enquête [. . .] Les règles de preuve et de procédure sont donc considérablement moins contraignantes dans le cas d'une commission d'enquête que dans le cas d'une cour de justice. Les juges décident des droits visant les rapports entre les parties, une commission d'enquête ne peut que «faire enquête» et «faire rapport» [. . .] Les juges peuvent imposer des sanctions pécuniaires ou pénales; la seule conséquence susceptible de découler d'une conclusion défavorable de la Commission d'enquête [. . .] est que des réputations pourraient être ternies.

Par conséquent, même si les conclusions d'un commissaire peuvent avoir un effet sur l'opinion publique, elles ne peuvent entraîner de conséquences ni au pénal ni au civil. En d'autres termes, même s'il se peut qu'elles soient perçues par le public comme des déterminations de responsabilité, les conclusions d'un commissaire ne sont ni

members of the public, they are not and cannot be findings of civil or criminal responsibility.

What then should be the result of the appellants' submission that a commissioner conducting a public inquiry does not have the jurisdiction to make findings that would be considered by reasonably informed members of the public to be a determination of criminal or civil liability? Since it is clear that a commissioner's findings cannot constitute findings of legal liability, it would appear that the appellants are asserting that in light of the potential harm to the reputations of parties or witnesses, a commissioner should not be permitted to allocate blame or assign responsibility for the events under scrutiny. While they acknowledge that a commissioner does have the authority to make findings of fact, they appear to challenge his ability to assess those facts or to evaluate what happened according to a standard of conduct. In order to demonstrate why this argument must be rejected it will be necessary to first look at the *Inquiries Act*, and then at decisions which have reviewed the jurisdiction and authority of other commissions of inquiry.

The Inquiries Act

The *Inquiries Act* provides for two types of investigations. The first is described in s. 2 of the Act. It provides that when the Governor in Council deems it appropriate, an inquiry may be held "concerning any matter connected with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business" of the government. The second is described in s. 6 of the Act. It provides for the appointment of "a commissioner or commissioners to investigate and report on the state and management of the business . . . of [a] department" of government or "the conduct of any person in that service". It is this second type of inquiry that is more often specifically concerned with the conduct of individuals.

Justice Krever recognized from the outset that his inquiry was not to be directed at investigating misconduct of individuals, but rather was to be

ne peuvent être des déclarations de responsabilité civile ou pénale.

Quel sort donc réserver à la prétention des appelants portant qu'un commissaire chargé d'une enquête publique n'est pas habilité à tirer des conclusions susceptibles d'être considérées par le public raisonnablement bien informé comme une détermination de responsabilité pénale ou civile? Puisqu'il ressort clairement que les conclusions d'un commissaire ne peuvent constituer des déclarations de responsabilité légale, les appelants semblent soutenir que, compte tenu du tort susceptible d'être causé à la réputation des parties ou des témoins, il ne devrait pas être loisible au commissaire d'exprimer un blâme ni d'imputer une responsabilité pour les événements visés par l'enquête. Même s'ils reconnaissent qu'un commissaire a le pouvoir de tirer des conclusions de fait, les appelants paraissent contester son pouvoir d'apprécier ces faits ou encore d'évaluer ce qui s'est produit par rapport à une norme de conduite. Pour démontrer pourquoi il y a lieu de rejeter cet argument, il faudra examiner d'abord la *Loi sur les enquêtes*, puis des décisions où les tribunaux se sont penchés sur la compétence et les pouvoirs d'autres commissions d'enquête.

La Loi sur les enquêtes

La *Loi sur les enquêtes* prévoit deux types d'enquête. Le premier type est décrit à l'art. 2 de la Loi. Cette disposition porte que le gouverneur en conseil, s'il l'estime utile, peut faire procéder à une enquête sur toute question «touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques». Le deuxième type est décrit à l'art. 6 de la Loi. Cet article prévoit la nomination d'«un ou plusieurs commissaires pour faire enquête et rapport sur toute question touchant l'état et l'administration des affaires [d'un] ministère» ou sur la «conduite [...] de toute personne y travaillant». C'est ce deuxième type d'enquête qui, le plus souvent, porte expressément sur la conduite de particuliers.

Le juge Krever a reconnu d'entrée de jeu que son enquête ne visait pas à examiner la conduite de particuliers, mais qu'elle devait plutôt se concen-

35

36

37

focused upon ensuring that there would be a safe, efficient and effective blood system in Canada. On November 22, 1993, he stated that:

As I interpret the terms of reference, the focus of the inquiry is to determine whether Canada's blood supply is as safe as it could be and whether the blood system is sound enough that no future tragedy will occur. For those purposes it is essential to determine what caused or contributed to the contamination of the blood system in Canada in the early 1980's.

trer sur les moyens d'assurer un système d'approvisionnement en sang au Canada qui soit sûr, efficient et efficace. Le 22 novembre 1993, il a déclaré:

[TRADUCTION] Suivant l'interprétation que je fais de mon mandat, l'enquête vise d'abord et avant tout à déterminer si les réserves de sang du Canada sont aussi sûres qu'elles pourraient l'être et à déterminer si le système canadien d'approvisionnement en sang est suffisamment sans danger pour garantir qu'aucune autre tragédie ne se produira. À cette fin, il est essentiel de déterminer ce qui a causé ou contribué à causer la contamination de réserves de sang au Canada au début des années 1980.

38

Section 13 of the Act makes it clear that commissioners have the power to make findings of misconduct. In order to do so, commissioners must also have the necessary authority to set out the facts upon which the findings of misconduct are based, even if those facts reflect adversely on some parties. If this were not so, the inquiry process would be essentially pointless. Inquiries would produce reports composed solely of recommendations for change, but there could be no factual findings to demonstrate why the changes were necessary. If an inquiry is to be useful in its roles of investigation, education and the making of recommendations, it must make findings of fact. It is these findings which will eventually lead to the recommendations which will seek to prevent the recurrence of future tragedies.

L'article 13 de la Loi énonce clairement que les commissaires ont le pouvoir d'imputer une faute. Pour exercer ce pouvoir, les commissaires doivent aussi être habilités à établir les faits sur lesquels sont fondées les conclusions faisant état d'une faute, même s'ils nuisent à la réputation de certaines parties. S'il en était autrement, le processus d'enquête ne servirait essentiellement à rien. Les enquêtes produiraient des rapports se limitant uniquement à des recommandations de changements, mais ne comprendraient aucune conclusion factuelle qui permette de démontrer pourquoi les changements proposés sont nécessaires. Pour être en mesure de remplir utilement ses rôles d'enquête, d'éducation et de recommandation, une commission d'enquête doit tirer des conclusions de fait. Ce sont ces conclusions qui conduiront finalement aux recommandations susceptibles d'empêcher d'autres tragédies.

39

These findings of fact may well indicate those individuals and organizations which were at fault. Obviously, reputations will be affected. But damaged reputations may be the price which must be paid to ensure that if a tragedy such as that presented to the Commission in this case can be prevented, it will be. As Richard J. stated in the Federal Court Trial Division, at para. 71:

The finding of facts, and in particular facts that reveal what went wrong or why a disaster occurred, can be an essential precondition to the making of useful, reliable

Ces conclusions de fait peuvent fort bien désigner nommément les particuliers et les organismes qui sont pris en faute. Il y aura manifestement des réputations qui seront ternies. Mais le risque de voir des réputations ternies peut être le prix à payer pour faire en sorte que, dans la mesure où elle est évitable, une tragédie comme celle que devait examiner la commission en l'espèce ne se reproduise plus. Comme le juge Richard l'a dit dans le jugement de la Section de première instance au par. 71:

La conclusion de fait, en particulier en ce qui a trait aux faits qui expliquent ce qui s'est produit ou la cause du désastre, peut constituer une condition préalable

recommendations to the government as to how to avoid a repetition of the events under review.

And as Décary J.A. put it in the Federal Court of Appeal, at para. 35:

... a public inquiry into a tragedy would be quite pointless if it did not lead to identification of the causes and players for fear of harming reputations and because of the danger that certain findings of fact might be invoked in civil or criminal proceedings. It is almost inevitable that somewhere along the way, or in a final report, such an inquiry will tarnish reputations and raise questions in the public's mind concerning the responsibility borne by certain individuals. I doubt that it would be possible to meet the need for public inquiries whose aim is to shed light on a particular incident without in some way interfering with the reputations of the individuals involved.

I am in agreement with these observations. In my view, it is clear that commissioners must have the authority to make those findings of fact which are relevant to explain and support their recommendations even though they reflect adversely upon individuals.

The appellants do not appear to challenge the power of a commissioner to make findings of fact; their objection is to the commissioner's assessment of those facts. However, in my view, the power of commissioners to make findings of misconduct must encompass not only finding the facts, but also evaluating and interpreting them. This means that commissioners must be able to weigh the testimony of witnesses appearing before them and to make findings of credibility. This authority flows from the wording of s. 13 of the Act, which refers to a commissioner's jurisdiction to make findings of "misconduct". According to the *Concise Oxford Dictionary* (8th ed. 1990), misconduct is "improper or unprofessional behaviour" or "bad management". Without the power to evaluate and weigh testimony, it would be impossible for a commissioner to determine whether behaviour was "improper" as opposed to "proper", or what constituted "bad management" as opposed to "good management". The authority to make these evaluations of the facts established during an inquiry must, by necessary implication, be included in the

essentielle à la formulation d'une recommandation utile et fiable à l'intention du gouvernement quant à la façon d'éviter la répétition des événements en cause.

Et comme le juge Décary l'a dit dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale au par. 35:

... une enquête publique sur une tragédie serait bien inutile si elle ne permettait pas d'en identifier les causes et les acteurs de crainte d'atteinte à la réputation et en raison du danger que certaines des conclusions de fait ne soient invoquées dans le cadre de poursuites civiles ou pénales. Il est presque inévitable qu'en cours de route ou dans un rapport final, une telle enquête ternisse des réputations et soulève des interrogations dans le public relativement à la responsabilité de certaines personnes. Je doute qu'il soit possible de satisfaire le besoin d'enquêtes publiques destinées à faire la lumière sur un incident donné, sans porter atteinte de quelque façon à la réputation des personnes impliquées.

Je suis d'accord avec ces observations. À mon avis, il est clair que les commissaires doivent avoir le pouvoir de tirer les conclusions de fait qui sont pertinentes pour expliquer et appuyer leurs recommandations, même si elles peuvent nuire à la réputation de certaines personnes.

Les appelants ne semblent pas contester le pouvoir du commissaire de tirer des conclusions de fait; leur objection vise l'évaluation de ces faits par le commissaire. À mon avis toutefois, le pouvoir des commissaires de conclure à l'existence d'une faute doit comprendre non seulement la constatation des faits, mais aussi leur évaluation et leur interprétation. Cela signifie que les commissaires doivent être en mesure d'apprécier la déposition des témoins qui se présentent devant eux et de juger de leur crédibilité. Ce pouvoir découle du libellé de l'art. 13 de la Loi, qui renvoie au pouvoir du commissaire d'imputer une «faute» («*misconduct*» dans le texte anglais). Selon le *Concise Oxford Dictionary* (8^e éd. 1990), le terme «*misconduct*» est une [TRADUCTION] «mauvaise» conduite ou une [TRADUCTION] «gestion irrégulière». Sans le pouvoir d'évaluer et d'apprécier les dépositions, le commissaire se trouverait dans l'impossibilité de déterminer si la conduite était «mauvaise» par opposition à «bonne», ou encore s'il s'agissait d'une «gestion irrégulière» par opposition à une «saine gestion». Le pouvoir de procéder à ces éva-

authorization to make findings of misconduct contained in s. 13. Further, it simply would not make sense for the government to appoint a commissioner who necessarily becomes very knowledgeable about all aspects of the events under investigation, and then prevent the commissioner from relying upon this knowledge to make informed evaluations of the evidence presented.

lutions des faits établis au cours d'une enquête doit nécessairement être compris implicitement dans le pouvoir d'imputer une faute prévu à l'art. 13. De plus, il serait absurde que le gouvernement nomme un commissaire, qui acquiert forcément une connaissance approfondie de tous les aspects des événements visés par l'enquête, et l'empêche ensuite de faire appel à cette connaissance pour procéder à des évaluations éclairées de la preuve produite.

41

The principal argument presented to prohibit commissioners from making findings which include evaluations of the conduct of individuals is that those findings may harm the reputations of the named parties. However, I am not convinced that a commissioner's evaluation of facts found to be unfavourable to a party will necessarily aggravate the damage caused to the reputation of the party by the unfavourable findings of fact standing by themselves. For example, suppose an inquiry made the following unfavourable factual findings:

Company X learned by late summer or early fall 1984 that its manufacturing process for producing untreated factor concentrates was ineffective in destroying the causative agent of AIDS. A safer, viable process for producing heat-treated factor concentrates was available and in use. Company X did not withdraw its products produced by the ineffective and unsafe process.

Le principal argument avancé pour empêcher les commissaires de tirer des conclusions englobant des évaluations de la conduite de particuliers a trait à la possibilité que ces conclusions ternissent la réputation des parties désignées nommément. Je ne suis toutefois pas convaincu qu'une évaluation défavorable des faits par le commissaire aggrave nécessairement le tort causé à la réputation de la partie visée par les conclusions de fait défavorables elles-mêmes. Supposons, par exemple, qu'une enquête ait tiré la conclusion de fait défavorable suivante:

La société X a appris à la fin de l'été ou au début de l'automne 1984 que son procédé de fabrication de concentrés de facteur non traités était inefficace pour détruire l'agent responsable du SIDA. Un procédé exploitable et plus sûr pour la fabrication de concentrés de facteur traités par la chaleur était offert sur le marché et utilisé. La société X n'a pas retiré ses produits fabriqués selon le procédé inefficace et dangereux.

Is the damage to the reputation of the party caused by these findings increased if the commissioner's evaluation of them is included, as in the following example?

Company X learned by late summer or early fall 1984 that its manufacturing process for producing untreated factor concentrates was ineffective in destroying the causative agent of AIDS, and that a safer, viable process for producing heat-treated factor concentrates was available and in use. Despite its knowledge of the grave dangers to the public, Company X failed to withdraw those products produced by what it knew to be

Le tort causé à la réputation de la partie par ces conclusions est-il amplifié si l'évaluation du commissaire vient s'y ajouter, comme dans l'exemple suivant?

La société X a appris à la fin de l'été ou au début de l'automne 1984 que son procédé de fabrication de concentrés de facteur non traités était inefficace pour détruire l'agent responsable du SIDA et qu'un procédé exploitable et plus sûr pour la fabrication de concentrés de facteur traités par la chaleur était offert sur le marché et utilisé. Même si elle avait connaissance des graves dangers que cela présentait pour le

an ineffective and unsafe process. This was unacceptable conduct.

It cannot be said that there would be any real difference between the public's impression of Company X's conduct if the findings were phrased in the second manner rather than the first. The harm to the company's reputation must result from setting out the factual findings. Since this is clearly within the commissioner's jurisdiction, I see no reason why the commissioner should be prevented from drawing the appropriate evaluations or conclusions which flow from those facts.

In addition, to limit a commissioner solely to findings of fact would require first the commissioner and, subsequently, the courts to wrestle with the difficult issue of distinguishing between fact and opinion. On my interpretation of the statute it is not necessary to consider that question. The wording of s. 13 by necessary inference authorizes a commissioner to make findings of fact and to reach conclusions based upon those facts, even if the findings and conclusions may adversely affect the reputation of individuals or corporations.

The Jurisprudence

The appellants contend that even if findings of misconduct are authorized by the Act, this power has been restricted by decisions of the courts. They argue that the judicial restriction is such that the authority cannot be exercised if the findings would appear in the eyes of the public to be determinations of liability. In support of their position, they rely on comments made by the Ontario Court of Appeal in *Nelles*, *supra*, which were favourably referred to by this Court in *Starr v. Houlden*, *supra*, at p. 1398. In *Nelles*, the court prohibited a provincially appointed commissioner from expressing his opinion as to whether the death of any child was the result of the action, accidental or otherwise, of any named persons. This restriction, the court held, flowed from the terms of the

public, la société X a omis de retirer ces produits fabriqués selon le procédé qu'elle savait être inefficace et dangereux. C'était là une conduite inacceptable.

Il est impossible de dire s'il y aurait véritablement une différence en ce qui concerne l'impression laissée auprès du public au sujet de la conduite de la société X si les conclusions étaient libellées selon la deuxième formulation au lieu de la première. Le tort causé à la réputation de la société doit provenir de l'établissement des conclusions de fait. Comme cela fait clairement partie des attributions du commissaire, je ne puis voir pourquoi le commissaire devrait être empêché de faire les évaluations ou de tirer les conclusions appropriées découlant de ces faits.

De plus, pour limiter le rôle d'un commissaire à la seule constatation des faits, il faudrait d'abord que le commissaire, puis ensuite les tribunaux, se penchent sur l'épineuse question de distinguer les faits des opinions. D'après l'interprétation que je fais de la Loi, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question. Le libellé de l'art. 13 autorise implicitement un commissaire à constater des faits et à tirer des conclusions fondées sur ces faits, même si les constatations et les conclusions sont susceptibles de nuire à la réputation de personnes physiques ou morales.

La jurisprudence

Selon les appelants, même si la loi autorise les commissaires à imputer une faute, ce pouvoir a été limité par des décisions judiciaires. L'encadrement judiciaire de ce pouvoir serait tel qu'il ne peut être exercé si les conclusions passent aux yeux du public pour des déterminations de responsabilité. Les appelants fondent leur position sur les commentaires faits par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Nelles*, précité, qui a été approuvé par notre Cour dans *Starr c. Houlden*, précité, à la p. 1398. Dans *Nelles*, la cour a interdit à un commissaire nommé par la province d'exprimer son opinion quant à savoir si le décès d'un enfant était le résultat d'un acte, accidentel ou autre, d'une ou de plusieurs personnes nommément désignées. Cette restriction, selon la cour, découlait des

42

43

inquiry's authorizing order, which forbade the commissioner from expressing "any conclusion of law regarding civil or criminal responsibility" (p. 215). That provision stemmed from the concern that, in its absence, the inquiry would intrude upon the federal criminal law power. The Court of Appeal described this concern in these words at p. 220:

... the fact that the findings or conclusions made by the commissioner are not binding or final in future proceedings is not determinative of what he will decide. What is important is that a finding or conclusion stated by the commissioner would be considered by the public as a determination and might well be seriously prejudicial if a person named by the commissioner as responsible for the deaths in the circumstances were to face such accusations in further proceedings. Of equal importance, if no charge is subsequently laid, a person found responsible by the commissioner would have no recourse to clear his or her name.

The appellants rely upon this statement to support their position that a commissioner cannot make findings which would appear in the eyes of the public to be determinations of legal liability.

44 I cannot accept this position. The test set out above is appropriate when dealing with commissions investigating a particular crime. However, it should not be applied to inquiries which are engaged in a wider investigation, such as that of the tragedy presented in this case. I agree with the Federal Court of Appeal that if the comments made in *Nelles* were taken as a legal principle of law applicable to every inquiry, the task of many if not most commissions of inquiry would be rendered impossible.

45 The decisions in *Nelles* and *Starr* are distinguishable from the case at bar. In *Nelles*, the court found that the purpose of the inquiry was to discover who had committed the specific crime of killing several babies at the Hospital for Sick Children in Toronto. By the time the case reached the Court of Appeal, one criminal prosecution for the deaths had failed and an extensive police investigation into the deaths was still continuing. When it

termes du décret instituant l'enquête, lesquels interdisaient au commissaire d'exprimer [TRADUCTION] «toute conclusion de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle» (p. 215). Faute de cette disposition, craignait-on, l'enquête risquait d'empiéter sur la compétence législative fédérale en matière criminelle. La Cour d'appel a exprimé cette préoccupation en ces termes à la p. 220:

[TRADUCTION] ... le fait que les constatations ou les conclusions tirées par le commissaire ne soient pas impératives ni décisives à l'égard des procédures ultérieures n'est pas un élément déterminant dans sa décision. Ce qui importe c'est qu'une conclusion du commissaire serait considérée comme une décision par le public et serait susceptible de causer un préjudice grave si une personne désignée par le commissaire comme responsable du décès dans les circonstances devait faire face à de telles accusations dans d'autres procédures. Ce qui importe tout autant, c'est que, si aucune accusation n'était portée par la suite, la personne déclarée responsable par le commissaire n'aurait aucun recours pour défendre sa réputation.

Les appelants invoquent cet énoncé à l'appui de leur position voulant qu'un commissaire ne puisse tirer des conclusions valant, aux yeux du public, détermination de la responsabilité légale.

Je ne puis accepter cette position. Le critère énoncé plus haut est approprié lorsqu'il s'agit d'enquêtes portant sur un crime précis. Toutefois, il ne devrait pas être appliqué à des enquêtes qui portent sur un objet plus vaste, comme la tragédie visée en l'espèce. Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que si les commentaires faits dans l'arrêt *Nelles* devaient être considérés comme un principe de droit applicable à chaque enquête, la mission de bon nombre, voire de la majorité des commissions d'enquête deviendrait impossible à remplir.

Une distinction peut être établie entre les arrêts *Nelles* et *Starr* et la présente espèce. Dans l'arrêt *Nelles*, la cour a conclu que l'enquête avait pour objet de découvrir qui avait perpétré un crime précis, à savoir l'assassinat de plusieurs bébés à l'hôpital pour enfants de Toronto. Au moment où l'affaire a été portée devant la Cour d'appel, une poursuite criminelle n'avait rien donné et une enquête policière poussée sur les décès était tou-

established the commission, the government described it as an inquiry into deaths thought to have been the result of deliberate criminal acts. Further, the Attorney General had stated that if further evidence became available which would warrant the laying of additional charges, they would be laid and the parties vigorously prosecuted. The court clearly viewed the proceedings as tantamount to a preliminary inquiry into a specific crime. For the commissioner to have named the persons he considered responsible would, in those circumstances, have amounted to a clear attribution of criminal responsibility.

Starr can be similarly distinguished. The public inquiry in that case arose out of widely publicized allegations of conflict of interest and possible criminal activity by Patricia Starr and Tridel Corporation. The Order in Council establishing the inquiry named both Starr and Tridel and, without providing any requirement for making recommendations, mandated an investigation into their conduct in language virtually indistinguishable from the pertinent *Criminal Code* provisions. This Court concluded that the purpose of the inquiry was to conduct an investigation solely for the purpose of obtaining evidence, determining its sufficiency and deciding whether a *prima facie* criminal case had been established against either of the named parties. In the reasons, this observation was made at p. 1403:

... there seems to be a complete absence of any broad, policy basis for the inquiry. This is not, for example, a commission of inquiry into the relationship of charities and public officials. There is no express mandate for the Commissioner to inquire into anything other than the specific allegations of the relationship between dealings by public officials with the two named individuals and any benefits that may have been conferred to the officials.

At page 1405, this conclusion was reached regarding the aim of the commission:

There is nothing on the surface of the terms of reference or in the background facts leading up to the inquiry to convince me that it is designed to restore confidence in

jours en cours. Lorsqu'il a établi la commission, le gouvernement l'a décrite comme une enquête portant sur des décès paraissant résulter d'actes criminels délibérés. Le procureur général avait en outre déclaré qu'en cas de découverte de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier le dépôt de nouvelles accusations, ces accusations seraient déposées et les poursuites seraient menées avec vigueur. La cour a clairement perçu les procédures comme équivalant à une enquête préliminaire visant un crime précis. Le fait pour le commissaire de nommer les personnes qu'il estimait responsables aurait, dans ces circonstances, été l'équivalent d'une attribution claire de responsabilité criminelle.

Il est aussi possible d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Starr*. Dans cette affaire, l'enquête publique avait été engagée à la suite d'allégations très médiatisées de conflit d'intérêts et d'activités criminelles de la part de Patricia Starr et de Tridel Corporation. Le décret instituant l'enquête nommait à la fois Starr et Tridel et, sans prévoir d'obligation de formuler des recommandations, donnait le mandat de procéder à une enquête sur leur conduite dans des termes pratiquement identiques à ceux des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Notre Cour a conclu que l'enquête visait uniquement à obtenir des éléments de preuve, à déterminer s'ils étaient suffisants et à décider si une preuve *prima facie* avait été établie à l'endroit des parties nommées. L'observation suivante est tirée des motifs, à la p. 1403:

... il semble n'y avoir absolument aucun principe général sous-jacent à l'enquête. Il ne s'agit pas, par exemple, d'une commission d'enquête sur les liens entre les organismes charitables et les fonctionnaires publics. Le commissaire n'a pas le mandat exprès de faire enquête sur autre chose que des allégations précises d'un lien qui existerait entre des relations d'affaires intervenues entre des fonctionnaires publics et les deux personnes et les avantages qui peuvent avoir été conférés à ces fonctionnaires publics.

À la page 1405, la Cour a tiré la conclusion suivante au sujet de l'objet de la commission:

Il n'y a rien dans la formulation même du mandat, ni dans les circonstances qui ont donné lieu à l'enquête, qui me convainque qu'elle vise à rétablir la confiance en

the integrity and institutions of government or to review the regime governing the conduct of public officials. Any such objectives are clearly incidental to the central feature of the inquiry, which is the investigation and the making of findings of fact in respect of named individuals in relation to a specific criminal offence.

The Court concluded that the inquiry was *ultra vires* the province.

47 Clearly, those two inquiries were unique. They dealt with specific incidents and specific individuals, during the course of criminal investigations. Their findings would inevitably reflect adversely on individuals or parties and could well be interpreted as findings of liability by some members of the public. In those circumstances, it was appropriate to adopt a strict test to protect those who might be the subject of criminal investigations. However, those commissions were very different from broad inquiries such as an investigation into the contamination of Canada's blood system, as presented in this case.

48 The strict test set out in *Nelles* has not been followed in other cases dealing with commissions of inquiry. In *Phillips*, *supra*, the Court refused, at para. 19, to suspend an inquiry which had the stated purpose of investigating the explosion at the Westray mine, including "(b) whether the occurrence was or was not preventable; (c) whether any neglect caused or contributed to the occurrence; . . . (f) whether there was compliance with applicable statutes, regulations, orders, rules, or directions. . . ."

49 In *O'Hara*, *supra*, an inquiry was upheld in circumstances where the commissioner was to report on whether a prisoner sustained injuries while detained in police custody, and if so, the extent of the injuries, the person or persons who inflicted them, and the reason they were inflicted. The Court made a distinction between inquiries aimed at answering broad policy questions and those with a predominantly criminal law purpose. The inquiry was upheld, despite the fact that it would inevitably lead to findings of misconduct against particular individuals, because it was not aimed at investi-

l'intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les fonctionnaires publics sont assujettis. Ces objets sont manifestement accessoires à la caractéristique principale de l'enquête, qui consiste à mener une enquête et à constater des faits à l'égard de personnes nommément désignées au sujet d'une infraction criminelle précise.

La Cour a conclu que l'enquête était *ultra vires* de la province.

Ces deux enquêtes étaient manifestement exceptionnelles. Elles portaient sur des incidents particuliers et sur des personnes précises, concurremment à des enquêtes criminelles. Leurs conclusions ne pouvaient que nuire à la réputation des particuliers ou des parties et elles pouvaient fort bien être interprétées comme des déclarations de responsabilité par des citoyens. Dans ces circonstances, il y avait lieu d'adopter un critère strict pour protéger les personnes susceptibles de faire l'objet d'enquêtes criminelles. Ces commissions étaient toutes très différentes des enquêtes générales telle celle sur la contamination des réserves de sang au Canada, en cause en l'espèce.

Le critère strict établi dans l'arrêt *Nelles* n'a pas été suivi dans d'autres affaires portant sur des commissions d'enquête. Dans l'arrêt *Phillips*, précité, la Cour a refusé, au par. 19, de suspendre une enquête dont l'objet déclaré était de faire la lumière sur l'explosion survenue dans la mine Westray, notamment d'établir [TRADUCTION] «b) si ces faits auraient pu être évités; c) si la négligence a pu causer ces faits ou y contribuer; [. . .] f) si les lois, règlements, arrêtés, règles ou directives applicables ont été respectés».

Dans l'arrêt *O'Hara*, précité, notre Cour a confirmé la validité d'une enquête dans des circonstances où le commissaire devait faire rapport sur la question de savoir si un prisonnier avait subi des blessures pendant la période où il était détenu sous la garde de la police et, le cas échéant, sur l'étendue des blessures, sur la ou les personnes qui les lui avaient infligées et sur les raisons pour lesquelles celles-ci les lui avaient infligées. La Cour a établi une distinction entre les enquêtes visant à répondre à des questions de politique générales et celles dont l'objet relève principalement du droit

gating a specific crime, but rather at the broad goal of ensuring the proper treatment by police officers of persons in custody.

Nor was a strict approach taken in the earlier case of *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218, at pp. 226-27, where this Court upheld an inquiry into “the conduct of all persons involved in . . . [an] illegal entry made during January 1973 . . . setting fire to a farm . . . [and] theft of dynamite”.

Clearly, the findings that may be made in *Phillips* and that were made in *O'Hara* and *Keable* would fail the strict test set out in *Nelles* and referred to in *Starr*. Yet each of these commissioners has made or may make findings of misconduct, as authorized by the Act. This they could not and cannot do without stating findings of fact that are likely to have an adverse effect on the reputation of individuals. Nonetheless, the inquiries were upheld by this Court. It follows that the strict test advanced by the appellants cannot be of general application. A more flexible approach must be taken in cases where inquiries are general in nature, and are established for a valid public purpose and not as a means of furthering a criminal investigation.

What Can be Included in a Commissioner's Report?

What then can commissioners include in their reports? The primary role, indeed the *raison d'être*, of an inquiry investigating a matter is to make findings of fact. In order to do so, the commissioner may have to assess and make findings as to the credibility of witnesses. From the findings of fact the commissioner may draw appropriate conclusions as to whether there has been misconduct and who appears to be responsible for it. However,

pénal. L'enquête a été confirmée, même si elle devait inévitablement conduire à l'imputation d'une faute à des particuliers précis, parce qu'elle visait non pas un crime particulier, mais bien l'objectif plus large d'assurer un traitement adéquat aux personnes placées sous la garde d'agents de police.

Ce n'est pas non plus une approche stricte qui avait été retenue antérieurement dans l'affaire *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218, aux pp. 226 et 227, où notre Cour a confirmé la validité d'une enquête visant «le comportement de toutes les personnes impliquées dans . . . l'entrée illégale effectuée au cours du mois de janvier 1973, [. . .] l'incendie d'une ferme [. . .] [et] un vol de dynamite».

Manifestement, les conclusions qui peuvent être tirées dans l'affaire *Phillips* et celles qui l'ont été dans les affaires *O'Hara* et *Keable* ne satisferaient pas au critère strict établi dans l'arrêt *Nelles* et repris dans l'arrêt *Starr*. Pourtant, tous ces commissaires ont conclu ou peuvent conclure à l'existence d'une faute ainsi que les y habilitent les dispositions de la Loi. Ils ne peuvent ni ne pourraient toutefois le faire sans énoncer des conclusions de fait susceptibles de ternir la réputation de certaines personnes. La validité de ces enquêtes a néanmoins été confirmée par notre Cour. Cela veut dire que le critère strict invoqué par les appelants ne peut recevoir une application générale. Il y a lieu d'adopter une approche plus souple dans les cas où les enquêtes sont de nature générale et sont établies pour atteindre un objet public valide et non comme moyen de faire avancer une enquête criminelle.

Qu'est-ce qui peut être inclus dans le rapport d'un commissaire?

Qu'est-ce que les commissaires peuvent donc inclure dans leurs rapports? Le rôle premier, voire la raison d'être d'une enquête sur une question donnée est de tirer des conclusions de fait. Pour ce faire, il se peut que le commissaire doive évaluer la crédibilité des témoins et en tirer des conclusions. À partir des conclusions de fait, le commissaire peut tirer les conclusions qui s'imposent sur l'existence ou non d'une faute et sur l'identité des per-

50

51

52

the conclusions of a commissioner should not duplicate the wording of the *Code* defining a specific offence. If this were done it could be taken that a commissioner was finding a person guilty of a crime. This might well indicate that the commission was, in reality, a criminal investigation carried out under the guise of a commission of inquiry. Similarly, commissioners should endeavour to avoid making evaluations of their findings of fact in terms that are the same as those used by courts to express findings of civil liability. As well, efforts should be made to avoid language that is so equivocal that it appears to be a finding of civil or criminal liability. Despite these words of caution, however, commissioners should not be expected to perform linguistic contortions to avoid language that might conceivably be interpreted as importing a legal finding.

sonnes qui semblent en être responsables. Les conclusions du commissaire ne devraient toutefois pas reprendre le libellé des dispositions du *Code* qui définissent une infraction précise, sinon on pourrait penser que le commissaire reconnaît une personne coupable d'un crime. Cela pourrait fort bien indiquer que la commission était en réalité une enquête pénale déguisée en commission d'enquête. De même, les commissaires devraient chercher à ne pas évaluer les conclusions de fait en des termes identiques à ceux qu'emploient les tribunaux pour conclure à la responsabilité civile. Ils devraient aussi s'efforcer d'éviter tout libellé si ambigu qu'il semble constituer une déclaration de responsabilité civile ou pénale. Malgré ces mises en garde toutefois, il ne faudrait pas imposer aux commissaires de s'astreindre à des contorsions linguistiques afin d'éviter un libellé qui pourrait bien être interprété comme comportant une conclusion légale.

53 Findings of misconduct should not be the principal focus of this kind of public inquiry. Rather, they should be made only in those circumstances where they are required to carry out the mandate of the inquiry. A public inquiry was never intended to be used as a means of finding criminal or civil liability. No matter how carefully the inquiry hearings are conducted they cannot provide the evidentiary or procedural safeguards which prevail at a trial. Indeed, the very relaxation of the evidentiary rules which is so common to inquiries makes it readily apparent that findings of criminal or civil liability not only should not be made, they cannot be made.

L'imputation d'une faute ne devrait pas être l'objet principal de cette sorte d'enquête publique. Les conclusions faisant état d'une faute devraient plutôt n'être tirées que dans des circonstances où elles sont nécessaires pour la réalisation du mandat de la commission d'enquête. L'enquête publique n'est jamais instituée pour déterminer la responsabilité pénale ou civile. Peu importe le soin apporté à la conduite de ses audiences, jamais une enquête ne peut offrir les mêmes garanties qu'un procès en matière de preuve ou de procédure. En fait, l'assouplissement même des règles de preuve, si courant dans les enquêtes, indique de façon évidente non seulement que le commissaire ne devrait pas conclure à la responsabilité pénale ou civile, mais qu'il n'en a pas le pouvoir.

54 Perhaps commissions of inquiry should preface their reports with the notice that the findings of fact and conclusions they contain cannot be taken as findings of criminal or civil liability. A commissioner could emphasize that the rules of evidence and the procedure adopted at the inquiry are very different from those of the courts. Therefore, findings of fact reached in an inquiry may not necessarily be the same as those which would be reached in a court. This may help ensure that the public

Peut-être y aurait-il lieu d'inviter les commissions d'enquête à inclure, dans la préface de leurs rapports, une note indiquant que la constatation des faits et les conclusions qu'ils comportent ne peuvent être considérées comme des déclarations de responsabilité pénale ou civile. Les commissaires pourraient souligner que les règles de preuve et de procédure adoptées lors de l'enquête sont très différentes de celles qui régissent les cours de justice et que, partant, il se peut que les conclusions

understands what the findings of a commissioner are — and what they are not.

The Need for Procedural Fairness

The findings of fact and the conclusions of the commissioner may well have an adverse effect upon a witness or a party to the inquiry. Yet they must be made in order to define the nature of and responsibility for the tragedy under investigation and to make the helpful suggestions needed to rectify the problem. It is true that the findings of a commissioner cannot result in either penal or civil consequences for a witness. Further, every witness enjoys the protection of the *Canada Evidence Act* and the *Charter* which ensures that the evidence given cannot be used in other proceedings against the witness. Nonetheless, procedural fairness is essential for the findings of commissions may damage the reputation of a witness. For most, a good reputation is their most highly prized attribute. It follows that it is essential that procedural fairness be demonstrated in the hearings of the commission.

Fairness in Notices

That same principle of fairness must be extended to the notices pertaining to misconduct required by s. 13 of the *Inquiries Act*. A commission is required to give parties a notice warning of potential findings of misconduct which may be made against them in the final report. As long as the notices are issued in confidence to the party receiving them, they should not be subject to as strict a degree of scrutiny as the formal findings. This is because the purpose of issuing notices is to allow parties to prepare for or respond to any possible findings of misconduct which may be made against them. The more detail included in the notice, the greater the assistance it will be to the party. In addition, the only harm which could be caused by the issuing of detailed notices would be

de fait tirées au cours d'une enquête ne correspondent pas nécessairement à celles qu'un tribunal aurait tirées. Cela pourrait aider le public à mieux comprendre ce que sont les conclusions d'un commissaire — et ce qu'elles ne sont pas.

L'exigence de l'équité procédurale

Il se peut fort bien que la constatation des faits et les conclusions du commissaire portent préjudice à un témoin ou à une partie à l'enquête. Il faut néanmoins les tirer pour que lumière soit faite sur la nature de la tragédie visée par l'enquête et les responsabilités engagées afin que puissent être formulées des suggestions utiles susceptibles de corriger le problème. Il est vrai que les conclusions d'un commissaire ne peuvent donner lieu à des conséquences pénales ou civiles pour un témoin. De plus, chaque témoin jouit de la protection que lui garantissent la *Loi sur la preuve au Canada* et la *Charte*, qui prévoient que son témoignage ne peut être utilisé dans d'autres procédures contre lui. Il n'en demeure pas moins que le respect de l'équité procédurale est un élément essentiel, puisque les conclusions d'une commission peuvent ternir la réputation d'un témoin. Une bonne réputation représentant la valeur la plus précisée par la plupart des gens, il est essentiel de démontrer le respect des principes de l'équité procédurale dans les audiences de la commission.

L'équité dans les préavis

Le même principe d'équité doit s'étendre aux préavis concernant la faute exigés par l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Toute commission est tenue de donner aux parties un préavis les informant des conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées à leur égard dans le rapport final. Tant qu'ils sont remis à la partie visée sous le sceau de la confidentialité, les préavis ne devraient pas être assujettis à un degré d'examen aussi strict que les conclusions finales. C'est que les préavis ont pour objet de permettre aux parties de se préparer ou de répondre aux conclusions faisant état d'une faute que la commission pourrait tirer à leur égard. Plus le préavis est détaillé, plus il peut être utile à la partie. En outre, le seul tort qui pourrait être causé par la délivrance de préavis détaillés se limite à la

55

56

to a party's reputation. But so long as notices are released only to the party against whom the finding may be made, this cannot be an issue. The only way the public could find out about the alleged misconduct is if the party receiving the notice chose to make it public, and thus any harm to reputation would be of its own doing. Therefore, in fairness to witnesses or parties who may be the subject of findings of misconduct, the notices should be as detailed as possible. Even if the content of the notice appears to amount to a finding that would exceed the jurisdiction of the commissioner, that does not mean that the final, publicized findings will do so. It must be assumed, unless the final report demonstrates otherwise, that commissioners will not exceed their jurisdiction.

Summary

57

Perhaps the basic principles applicable to inquiries held pursuant to Part I of the Act may be summarized in an overly simplified manner in this way:

- (a) (i) a commission of inquiry is not a court or tribunal, and has no authority to determine legal liability;
- (ii) a commission of inquiry does not necessarily follow the same laws of evidence or procedure that a court or tribunal would observe.
- (iii) It follows from (i) and (ii) above that a commissioner should endeavour to avoid setting out conclusions that are couched in the specific language of criminal culpability or civil liability. Otherwise the public perception may be that specific findings of criminal or civil liability have been made.
- (b) a commissioner has the power to make all relevant findings of fact necessary to explain or support the recommendations, even if these findings reflect adversely upon individuals;

réputation d'une partie. Mais tant que les préavis ne sont délivrés qu'à la partie susceptible d'être visée par une conclusion, il n'y a rien à redire. Le public ne peut prendre connaissance de la faute reprochée que si la partie ayant reçu le préavis choisit de le rendre public, auquel cas elle est elle-même responsable du tort ainsi causé à sa réputation. Par conséquent, en toute justice pour les témoins ou les parties qui peuvent faire l'objet de conclusions faisant état d'une faute, les préavis devraient être le plus détaillés possible. Même si les allégations exposées dans les préavis semblent équivaloir à une conclusion qui risque d'outrepasser la compétence du commissaire, cela ne signifie pas qu'il en serait ainsi des conclusions finales destinées à être divulguées. Il faut supposer, jusqu'à preuve du contraire à la communication du rapport final, que les commissaires n'outrepasseront pas leurs pouvoirs.

Sommaire

Les principes de base applicables aux enquêtes menées en vertu de la partie I de la Loi peuvent être résumés très sommairement de la façon suivante:

- a) (i) la commission d'enquête ne constitue pas une cour de justice ni un tribunal, et n'est aucunement habilitée à déterminer la responsabilité légale;
- (ii) la commission d'enquête ne suit pas nécessairement les mêmes règles de preuve ou de procédure qu'une cour de justice ou un tribunal;
- (iii) étant donné les points (i) et (ii) susmentionnés, le commissaire devrait s'efforcer de ne pas exprimer ses conclusions selon le libellé précis de la culpabilité criminelle ou de la responsabilité civile, sinon ses conclusions risquent d'être perçues par le public comme des déclarations de responsabilité criminelle ou civile;
- b) le commissaire a le pouvoir de tirer toutes les conclusions de fait pertinentes qui sont nécessaires pour expliquer ou appuyer les recommandations, même si ces conclusions peuvent nuire à la réputation de certaines personnes;

- (c) a commissioner may make findings of misconduct based on the factual findings, provided that they are necessary to fulfill the purpose of the inquiry as it is described in the terms of reference;
- (d) a commissioner may make a finding that there has been a failure to comply with a certain standard of conduct, so long as it is clear that the standard is not a legally binding one such that the finding amounts to a conclusion of law pertaining to criminal or civil liability;
- (e) a commissioner must ensure that there is procedural fairness in the conduct of the inquiry.

C. Application of the Principles to the Case at Bar

It must be remembered that in this case, the challenge brought by the appellants was triggered not by any findings of the Commission but by the s. 13 notices. Therefore, these reasons are not concerned with any challenge to the contents of the commission report or any specific findings. It will also be remembered that the Commissioner very properly stated that he would not be making findings of civil or criminal responsibility. In the interests of fairness to the parties and witnesses, the Commissioner must be bound by these statements and I am certain he will honour them. It follows that it is not appropriate in these reasons to deal with the ultimate scope of the findings that a commissioner might make in a report. The resolution of this issue will so often be governed by the nature and wording of the mandate of the commissioner and will have to be decided on that basis in each case.

The question then is whether the Commissioner exceeded his jurisdiction in the notices delivered to the appellants; I think not. The potential findings of misconduct cover areas that were within the Commissioner's responsibility to investigate. The mandate of the Inquiry was extremely broad, requiring the Commissioner to review and report on "the events surrounding the contamination of

- c) le commissaire peut conclure à l'existence d'une faute sur la foi des conclusions de fait, pourvu que ces conclusions soient nécessaires à la réalisation de l'objet de l'enquête tel qu'il est décrit dans le mandat;
- d) le commissaire peut conclure qu'il y a eu manquement à une norme de conduite, pourvu qu'il ressorte clairement qu'il ne s'agit pas d'une norme légalement contraignante telle que la conclusion soit assimilable à une conclusion de droit au sujet de la responsabilité criminelle ou civile;
- e) le commissaire doit assurer le respect de l'équité procédurale dans le déroulement de l'enquête.

C. Application des principes à la présente espèce

Il faut se rappeler qu'en l'espèce la contestation engagée par les appelants découlait non des conclusions de la commission, mais bien des préavis donnés en application de l'art. 13. Par conséquent, les présents motifs ne portent aucunement sur la contestation du contenu du rapport de la commission ni de quelque conclusion précise. Il faut aussi se rappeler que le commissaire a déclaré, comme il se devait, qu'il ne tirerait pas de conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale. Dans l'intérêt de l'équité à l'endroit des parties et des témoins, le commissaire doit être lié par ces déclarations et je suis certain qu'il les respectera. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner dans les présents motifs la question de l'étendue maximale des conclusions qu'un commissaire peut tirer dans un rapport. La solution à cette question sera souvent fonction de la nature et de la formulation du mandat du commissaire, et il faudra trancher sur cette base dans chaque cas.

Il s'agit donc de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence dans les préavis délivrés aux appelants; j'opine pour la négative. Les conclusions faisant état d'une faute qui pourraient être tirées couvrent des domaines qui relevaient de la mission du commissaire. Le mandat de la commission était extrêmement vaste et il obligeait le commissaire à faire enquête et rapport sur «les événe-

58

59

the blood system in Canada in the early 1980s, by examining . . . the organization and effectiveness of past and current systems designed to supply blood and blood products in Canada”. This must encompass a review of the conduct and practices of the institutions and persons responsible for the blood system. The content of the notices does not indicate that the Commissioner investigated or contemplated reporting on areas that were outside his mandate.

ments entourant la contamination de réserves de sang au début des années 1980, en examinant [. . .] l’organisation et l’efficacité des systèmes actuels et antérieurs d’approvisionnement en sang et en produits du sang au Canada». Cela doit englober l’examen de la conduite et des pratiques des institutions et des personnes responsables du système d’approvisionnement en sang. Le contenu des préavis n’indique aucunement que le commissaire ait enquêté ou songé à faire rapport dans des domaines qui étaient extérieurs à son mandat.

⁶⁰ If the Commissioner’s report had made findings worded in the same manner as the notices, then further consideration might have been warranted. However, the appellants launched this application before the Commissioner’s findings had been released. Therefore, it is impossible to say what findings he will make or how they will be framed. Quite simply the appellants have launched their challenge prematurely. As a general rule, a challenge such as this should not be brought before the publication of the report, unless there are reasonable grounds to believe that the Commissioner is likely to exceed his or her jurisdiction.

Si le commissaire avait tiré dans son rapport des conclusions formulées de la même façon que les préavis, un examen plus approfondi aurait pu être justifié. Toutefois, les appelants ont présenté leur demande avant la communication des conclusions du commissaire. Par conséquent, il est impossible de dire quelles conclusions il tirera ni comment il les formulera. À vrai dire, les appelants ont engagé leur contestation prématurément. En règle générale, une contestation comme celle-ci ne devrait pas être engagée avant la publication du rapport, à moins que les parties n’aient des motifs raisonnables de croire que le commissaire outrepassera probablement sa compétence.

⁶¹ Even if it could be said that the challenge was not premature, the notices are not objectionable. They indicated that there was a possibility that the Commissioner would make certain findings of fact which might amount to misconduct. While they are not all worded in the same manner, the reproduction of some of them may help illustrate the basis for this conclusion. Many of the doctors and the Red Cross received notice of a general allegation that they:

À supposer même que la contestation ne soit pas prématurée, les préavis ne sont pas attaquables. Ils annonçaient qu’il se pouvait que le commissaire tire certaines conclusions de fait susceptibles d’être assimilées à l’imputation d’une faute. Même s’ils ne sont pas tous libellés de la même manière, il peut être utile d’en reprendre certains pour illustrer le fondement de la présente conclusion. Bon nombre des médecins ainsi que la Croix-Rouge ont reçu un préavis qui incluait une allégation générale portant qu’ils:

. . . failed adequately to oversee, direct and provide resources for the operation of the Blood Transfusion Service (BTS) and Blood Donor Recruitment (BDR) at both the national and local level, and as a result contributed to and are responsible for the failures set out below. . . .

[TRADUCTION] . . . ont omis d’assurer adéquatement la surveillance, la direction et l’apport de ressources pour le fonctionnement du Service des transfusions sanguines (STS) et du programme de recrutement de donneurs de sang (PRDS) à l’échelle nationale comme locale, et, par conséquent, ont contribué aux déficiences énoncées plus loin, pour lesquelles ils sont responsables . . .

This was followed by a series of specific allegations, such as the following:

Cette allégation était suivie d’allégations particulières comme celle qui suit:

Red Cross

5. The CRC failed to implement in a timely manner, during January 13 — March 10, 1983, any national donor-screening measures to reduce the risk of transfusion-associated AIDS, this failure causing unnecessary cases of transfusion-associated HIV infection and AIDS to occur.

The notice served on the appellant Baxter contained only one allegation:

1. After becoming aware in 1982 and thereafter of the possibility or likelihood that its factor concentrates transmitted the causative agent of AIDS, Baxter failed to take adequate steps to notify consumers and physicians of the risks associated with the use of its products and to advise that they consider alternative therapies.

It will be remembered that the Commissioner, from the outset of the Inquiry, wisely emphasized that he did not have the intention or the authority to make any legal determinations. Rather, his stated goal was to examine what went wrong with the blood system in the 1980s and to assess ways of resolving the problems in order to protect the blood system in the future. Thus, it was clear from the beginning that his findings would have nothing to do with criminal or civil liability.

Further, while many of the notices come close to alleging all the necessary elements of civil liability, none of them appears to exceed the Commissioner's jurisdiction. For example, if his factual findings led him to conclude that the Red Cross and its doctors failed to supervise adequately the Blood Transfusion Service and Blood Donor Recruitment, it would be appropriate and within his mandate to reach that conclusion. Some of the appellants object to the use of the word "failure" in the notices; I do not share their concern. As the Court of Appeal pointed out, there are many different types of normative standards, including moral, scientific and professional-ethical. To state that a person "failed" to do something that should have been done does not necessarily mean that the person breached a criminal or civil standard of conduct. The same is true of the word "responsible".

[TRADUCTION] Croix-Rouge

5. La CRC a omis de mettre en œuvre, en temps utile, au cours de la période du 13 janvier au 10 mars 1983, des mesures nationales de sélection des donneurs pour réduire le risque de transmission du SIDA lié aux transfusions, omission qui a donné lieu à des cas d'infection par le VIH liée aux transfusions et de SIDA qui n'auraient pas dû se produire.

Le préavis signifié à l'appelante Baxter ne comportait qu'une allégation:

[TRADUCTION] 1. Après avoir pris connaissance en 1982 et par la suite de la possibilité ou de la probabilité que ses concentrés de facteur transmettent l'agent responsable du SIDA, Baxter a omis de prendre les mesures adéquates pour aviser les consommateurs et les médecins des risques liés à l'utilisation de ses produits et de leur conseiller d'envisager d'autres thérapies.

Il faut se rappeler que le commissaire a, dès le début de l'enquête, souligné avec sagesse qu'il n'avait ni l'intention ni le pouvoir de tirer des conclusions de droit. L'objectif précis visé était plutôt d'examiner les défaillances du système d'approvisionnement en sang au début des années 1980 et d'évaluer les solutions à apporter aux problèmes afin de protéger les réserves de sang à l'avenir. Il était par conséquent clair d'entrée de jeu que ses conclusions n'auraient rien à voir avec la responsabilité pénale ou civile.

De plus, même si bon nombre des préavis ne sont pas loin d'alléguer tous les éléments nécessaires de la responsabilité civile, aucun ne paraît excéder la compétence du commissaire. Si, par exemple, les conclusions de fait du commissaire l'amenaient à conclure que la Croix-Rouge et ses médecins ont omis de surveiller adéquatement le fonctionnement du Service des transfusions sanguines et le programme de recrutement de donneurs de sang, il lui serait loisible, aux termes de son mandat, de tirer cette conclusion. Certains des appelants s'opposent à l'emploi du terme [TRADUCTION] «déficiences» dans les préavis; je ne partage pas leur appréhension. Comme l'a souligné la Cour d'appel, il existe plusieurs types différents de critères normatifs, y compris d'ordre moral, scientifique, professionnel et déontologique. Déclarer qu'une personne a «omis» de faire quelque chose

Unless there is something more to indicate that the recipient of the notice is legally responsible, there is no reason why this should be presumed. It was noted in *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440, at p. 455:

A fact taken by itself apart from any notion of legal obligations has no meaning in itself and cannot be a cause; it only becomes a legal fact when it is characterized in accordance with some rule of law. The same body of facts may well be characterized in a number of ways and give rise to completely separate causes. . . .

[I]t is by the intellectual exercise of characterization, of the linking of the fact and the law, that the cause is revealed.

While the Court in *Rocois* was concerned only with facts, I believe the same principle can be applied to conclusions of fault based on standards of conduct. Unless there is something to show that the standard applied is a legal one, no conclusion of law can be said to have been reached.

63

There are phrases which, if used, might indicate a legal standard had been applied, such as a finding that someone “breached a duty of care”, engaged in a “conspiracy”, or was guilty of “criminal negligence”. None of these words has been used by the Commissioner. The potential findings as set out in the notices may imply civil liability, but the Commissioner has stated that he will not make a finding of legal liability, and I am sure he will not. In my view, no error was made by the Commissioner in sending out these notices.

If the Commissioner Originally had such Jurisdiction, did he Lose it by Failing to Provide Adequate Procedural Protections or by the Timing of the Release of the Notices?

qui aurait dû être fait ne signifie pas nécessairement que cette personne a manqué à une norme de conduite au criminel ou au civil. Il en va de même du terme «responsable». À moins qu'un élément supplémentaire ne vienne préciser que le destinataire du préavis est légalement responsable, il n'y a aucune raison de présumer qu'il en est ainsi. C'est ce qui a été souligné dans l'arrêt *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, à la p. 455:

Le fait détaché du domaine des obligations juridiques n'est pas significatif en soi et ne saurait constituer une cause; il ne devient fait juridique qu'en vertu d'une qualification qu'on lui attribue à la lumière d'une règle de droit. Le même ensemble de faits peut très bien se voir attribuer plusieurs qualifications donnant lieu à des causes parfaitement distinctes . . .

[C]'est par l'exercice intellectuel de la qualification, de la liaison entre le fait et le droit que la cause se révèle.

Bien que dans *Rocois*, la Cour ne se soit penchée que sur des faits, je crois que les mêmes principes peuvent s'appliquer à des constatations de faute fondées sur des normes de conduite. À moins que quelque chose n'indique que la norme appliquée est une norme juridique, nul ne peut prétendre qu'une conclusion de droit a été tirée.

Il est des expressions qui, si elles étaient employées, pourraient indiquer qu'une norme juridique a été appliquée, notamment si une conclusion portait que quelqu'un a «manqué à une obligation de diligence», a participé à un «complot», ou s'est rendu coupable de «négligence criminelle». Le commissaire n'a employé aucune de ces expressions. Les conclusions éventuelles décrites dans les préavis peuvent suggérer la responsabilité civile, mais le commissaire a déclaré qu'il ne tirerait pas de conclusion au sujet de la responsabilité en droit, et je suis convaincu qu'il ne le fera pas. À mon avis, le commissaire n'a commis aucune erreur en expédiant ces préavis.

Si le commissaire avait initialement cette compétence, l'a-t-il perdue en omettant de donner des garanties procédurales adéquates ou en fixant une date tardive pour la délivrance des préavis?

a. Procedural Protections

The appellants argue that they did not have the benefit of adequate procedural protections. As a result, they contend that the Commissioner has lost the authority to make the type of findings which are referred to in the notices. They submit that they interpreted comments made by the Commissioner during the Inquiry as assurances that he had no intention of making the type of findings suggested by the notices. If these assurances had not been given the appellants say that they would have insisted upon tighter evidentiary procedures, greater ability to cross-examine, and other procedural protections.

Yet the three corporate appellants were not uninformed bystanders. Rather, they had detailed and intimate knowledge of the blood system, of the terrible tragedy resulting from its contamination with HIV, and of the public outcry and investigation which followed. The Canadian Red Cross Society and Bayer Inc. participated in the proceedings of the Inquiry. As a result it is difficult to accept that they could have been surprised by the fact that the notices were critical. In fact, the prospect of the Commissioner's ultimately making findings adverse to a witness was specifically raised by counsel for the Red Cross during discussions among counsel in November 1993 concerning the procedural rules. In response, counsel for the Commission referred to s. 13 of the Act and indicated that a notice would have to be provided to any party who might face an adverse finding. No concern about the procedure was raised at that time. The third corporate appellant, Baxter Corporation, was not involved in the meeting and was not a party at the Inquiry. However, it knew about the Inquiry and its goals, and participated by offering witnesses and entering documentary evidence.

The position of the intervener the Canadian Hemophilia Society is both illuminating and helpful on this point. Like the appellants, the Society

a. Garanties procédurales

Les appelants prétendent ne pas avoir bénéficié de garanties procédurales adéquates. Le commissaire aurait donc, selon eux, perdu le pouvoir de tirer le type de conclusions mentionnées dans les préavis. Ils auraient interprété les commentaires faits par le commissaire au cours de l'enquête comme des assurances que celui-ci n'entendait aucunement tirer le type de conclusions évoquées dans les préavis. Les appelants prétendent que si ces assurances ne leur avaient pas été données, ils auraient insisté pour obtenir des procédures plus strictes en matière de preuve, plus de latitude dans leur pouvoir de contre-interroger et d'autres garanties procédurales.

Pourtant, les trois sociétés appelantes n'étaient pas de simples spectateurs mal renseignés. Au contraire, elles avaient une connaissance détaillée et approfondie du système d'approvisionnement en sang, de la terrible tragédie engendrée par la contamination du sang par le VIH ainsi que du tollé général et de l'enquête qui ont suivi. La Société canadienne de la Croix-Rouge et Bayer Inc. ont participé aux procédures de l'enquête. Voilà pourquoi il est difficile d'accepter qu'elles aient été surprises par le caractère critique des préavis. En fait, la possibilité que le commissaire tire finalement des conclusions défavorables à l'endroit d'un témoin a expressément été soulevée par les avocats de la Croix-Rouge lors des discussions tenues entre les procureurs en novembre 1993 au sujet des règles de procédure. En réponse, les avocats de la commission ont cité l'art. 13 de la Loi et indiqué qu'un préavis devait être signifié à toute partie susceptible d'être visée par une conclusion défavorable. Aucune préoccupation relative à la procédure n'a été soulevée à l'époque. La troisième société appelante, Baxter Corporation, n'a pas participé à cette rencontre ni comparu à titre de partie à l'enquête. Elle était toutefois au courant de l'enquête et de ses objets, et elle y a pris part en produisant des témoins et des éléments de preuve documentaire.

La position de la Société canadienne de l'hémo-philie, intervenante, est à la fois éclairante et utile sur ce point. À l'instar des appelants, la Société a

64

65

66

received a notice of a potential finding of misconduct. The Society was a party to the Inquiry, and accepted and adapted to the same procedures as the appellants. However, unlike the appellants, it continues to support the Commissioner's right to make findings of misconduct. The Society submitted and confirmed that the practices and procedures adopted at the Inquiry were, in light of its mandate, fair and appropriate. As well, it emphasized that it knew from the outset of the Inquiry that there was a risk that the Commissioner would make findings of misconduct against the group as a result of its involvement in the Canadian blood system.

reçu un préavis annonçant l'éventuelle imputation d'une faute. La Société était partie à l'enquête, elle a accepté les mêmes procédures que les appelants et elle s'y est adaptée. Toutefois, contrairement aux appelants, elle continue à appuyer le droit du commissaire de conclure à l'existence d'une faute. La Société a prétendu et confirmé que les pratiques et procédures adoptées à l'enquête étaient, compte tenu du mandat de la commission, justes et appropriées. Elle a en outre souligné qu'elle savait dès le début de l'enquête qu'il y avait un risque que le commissaire impute une faute au groupe dans ses conclusions par suite de sa participation au système canadien d'approvisionnement en sang.

⁶⁷ Significantly, the procedural protections offered to parties to the Inquiry and to individual witnesses were extensive and exemplary. The Commission, with the full consent of the parties, offered a commendably wide range of protections. For example;

Fait significatif, les garanties procédurales offertes aux parties à l'enquête et aux particuliers appelés à témoigner étaient étendues et exemplaires. La commission, avec l'accord unanime des parties, a offert une gamme de protections digne de louanges. À titre d'exemple:

all parties with standing and all witness appearing before the Inquiry had the right to counsel, both at the Inquiry and during their pre-testimony interviews;

toutes les parties ayant qualité pour agir et tous les témoins assignés devant la commission d'enquête avaient le droit d'être représentés par un avocat, lors de l'enquête comme lors de leur entrevue préalable;

each party had the right to have its counsel cross-examine any witness who testified, and counsel for a witness who did not have standing was afforded the right to examine that witness;

chaque partie avait le droit de faire contre-interroger par son avocat tout témoin ayant déposé, et l'avocat d'un témoin qui n'avait pas qualité pour agir avait le droit d'interroger ce témoin;

all parties had the right to apply to the Commissioner to have any witness called whom Commission counsel had elected not to call;

toutes les parties avaient le droit de demander au commissaire d'assigner des témoins que l'avocat de la commission n'avait pas jugé bon d'appeler;

all parties had the right to receive copies of all documents entered into evidence and the right to introduce their own documentary evidence;

toutes les parties avaient le droit de recevoir des copies de tous les documents déposés en preuve et le droit de déposer leurs propres éléments de preuve documentaire;

all hearings would be held in public unless application was made to preserve the confidentiality of information; and

toutes les audiences devaient se dérouler en public, sauf en cas de demande visant à préserver le caractère confidentiel des renseignements;

although evidence could be received by the Commissioner that might not be admissible in a court of law, the Commissioner would be mind-

même s'il pouvait recevoir des éléments de preuve susceptibles d'être jugés irrecevables devant une cour de justice, le commissaire

ful of the dangers of such evidence and, in particular, its possible effect on reputation.

These procedures were adopted on a consensual basis, after a meeting with all parties to determine which protections would be required. I am not sure what further protections the appellants could have realistically expected. The procedure adopted was eminently fair and any objections to it must be rejected. Nor can I accept that the appellants could have been misled or that they suffered prejudice as a result of any “misunderstanding” about the type of findings which would be made by the Commissioner. That submission as well must be rejected.

b. Timing of the Notices

The appellants submit that because the Commissioner waited until the last day of hearings to issue notices identifying potential findings of misconduct which might be made against them, their ability to cross-examine witnesses effectively and present evidence was compromised. They submit that there is no longer any opportunity to cure the prejudice caused by the late delivery of the notices, and that they must therefore be quashed. For the following reasons, I must disagree.

There is no statutory requirement that the commissioner give notice as soon as he or she foresees the possibility of an allegation of misconduct. While I appreciate that it might be helpful for parties to know in advance the findings of misconduct which may be made against them, the nature of an inquiry will often make this impossible. Broad inquiries are not focussed on individuals or whether they committed a crime; rather they are concerned with institutions and systems and how to improve them. It follows that in such inquiries there is no need to present individuals taking part in the inquiry with the particulars of a “case to meet” or notice of the charges against them, as there would be in criminal proceedings. Although the notices should be given as soon as it is feasible,

devait tenir compte des risques d’une telle preuve et, en particulier, de son effet sur la réputation d’une personne.

Ces procédures ont été adoptées par consensus, après une rencontre de toutes les parties visant à déterminer quelles garanties étaient nécessaires. Je ne saurais dire quelles autres garanties les appelants pouvaient, de façon réaliste, s’attendre à obtenir. La procédure adoptée était éminemment juste et toute objection à son égard doit être rejetée. Je ne puis non plus accepter que les appelants aient pu être induits en erreur ou aient pu subir quelque préjudice par suite d’un «malentendu» au sujet du type de conclusions que le commissaire pouvait tirer. Cette prétention doit-elle aussi être rejetée.

b. Moment choisi pour les préavis

Les appelants font valoir que parce que le commissaire a attendu jusqu’au dernier jour des audiences pour signifier les préavis de conclusions faisant état d’une faute qui pourraient être tirées à leur égard, leur capacité de contre-interroger efficacement les témoins et de présenter des éléments de preuve a été compromise. Ils prétendent qu’il leur est désormais impossible de réparer le préjudice causé par la signification tardive des préavis et que, partant, il y a lieu de les annuler. Pour les raisons que j’exposerai ici, je ne puis accepter ces prétentions.

La Loi n’exige pas que le commissaire donne le préavis dès qu’il prévoit la possibilité d’une allégation de faute. Même si je conçois qu’il pourrait être utile pour les parties de connaître d’avance les conclusions faisant état d’une faute dont elles pourraient faire l’objet, il arrive souvent que la nature même d’une enquête empêche de procéder de la sorte. Les enquêtes générales ne portent pas sur des personnes particulières ni sur la question de savoir si elles ont perpétré des crimes; elles visent plutôt des institutions et des systèmes et cherchent les moyens de les améliorer. Il s’ensuit que dans de telles enquêtes, il n’est pas nécessaire de présenter à des particuliers qui prennent part à l’enquête les détails d’une «thèse à infirmer» ou un préavis des chefs d’accusation qui peuvent être portés contre

68

69

it is unreasonable to insist that the notice of misconduct must always be given early. There will be some inquiries, such as this one, where the Commissioner cannot know what the findings may be until the end or very late in the process. So long as adequate time is given to the recipients of the notices to allow them to call the evidence and make the submissions they deem necessary, the late delivery of notices will not constitute unfair procedure.

elles, comme ce le serait dans le cas de poursuites pénales. Même si les préavis devraient être donnés dès que possible, il est déraisonnable d'insister pour que les préavis de conclusion faisant état d'une faute soient toujours donnés hâtivement. Il est des enquêtes, comme celle-ci, où le commissaire ne peut savoir quelles seront les conclusions avant la fin ou une étape avancée du processus. Tant que les personnes visées par ces préavis ont suffisamment de temps pour pouvoir appeler des témoins et présenter les observations qu'elles estiment nécessaires, la signification tardive des préavis ne constitue pas une procédure inéquitable.

70 The timing of notices will always depend upon the circumstances. Where the evidence is extensive and complex, it may be impossible to give the notices before the end of the hearings. In other situations, where the issue is more straightforward, it may be possible to give notice of potential findings of misconduct early in the process. In this case, where there was an enormous amount of information gathered over the course of the hearings, it was within the discretion of the Commissioner to issue notices when he did. As *Décary J.A.* put it at para. 79:

... the Commissioner enjoys considerable latitude, and is thereby permitted to use the method best suited to the needs of his inquiry. I see no objection in principle to a commissioner waiting until the end of the hearings, when he or she has all the information that is required, to give notices, rather than taking a day to day approach to it, with the uncertainty and inconvenience that this might involve.

In light of the nature and purposes of this Inquiry, it was impossible to give adequate detail in the notices before all the evidence had been heard. In the context of this Inquiry the timing of the notices was not unfair.

La date de signification des préavis dépend toujours des circonstances. Lorsque la preuve est vaste et complexe, il peut être impossible de donner les préavis avant la fin des audiences. Dans d'autres situations, lorsque la question est plus simple, il peut être possible de donner un préavis des éventuelles conclusions faisant état d'une faute plus tôt au cours du processus. Dans la présente espèce, marquée par une masse énorme de renseignements recueillis au cours des audiences, le commissaire avait le pouvoir discrétionnaire de délivrer les préavis au moment où il l'a fait. Comme l'a dit le juge *Décary* au par. 79:

... le Commissaire bénéficie d'une latitude considérable, qui lui permet d'utiliser la méthode qui s'adapte le mieux aux besoins de son enquête. Je ne vois ainsi aucune objection de principe à ce qu'un commissaire, au lieu d'y aller au jour le jour avec les incertitudes et les inconvénients que cela peut comporter, attende la fin des audiences, au moment où il dispose de toutes les informations dont il a besoin, avant de donner des préavis.

Compte tenu de la nature et des objets de la présente enquête, il était impossible de donner des détails adéquats dans les préavis avant que toute la preuve n'ait été entendue. Dans le contexte de la présente enquête, la date des préavis n'était pas inéquitable.

71 Further, the appellants were given an adequate opportunity to respond to the notices, and to adduce additional evidence, if they deemed it necessary. The notices were delivered on December 21, 1995, and parties were initially given until

De plus, les appelants disposaient d'une possibilité adéquate de répondre aux préavis et de produire les éléments de preuve supplémentaires qu'ils pouvaient juger nécessaires. Les préavis ont été signifiés le 21 décembre 1995, et les parties

January 10, 1996 to decide whether and how they would respond. This period was then extended following requests from the parties. The time permitted for the response was adequate. It cannot be said that the timing of the delivery of the notices amounted to a violation of procedural fairness.

avaient à l'origine jusqu'au 10 janvier 1996 pour décider si et comment elles entendaient répondre. Ce délai a été prorogé à la demande des parties. Le délai imparti pour répondre était adéquat. L'on ne peut dire que la date retenue pour la signification des préavis a constitué une dérogation aux principes de l'équité procédurale.

Should Commission Counsel be Prohibited from Taking Part in the Drafting of the Final Report Because of their Receipt of Confidential Information not Disclosed to the Commissioner or the Other Parties?

Y a-t-il lieu d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport final parce qu'ils ont reçu des renseignements confidentiels qui n'ont pas été communiqués au commissaire ni aux autres parties?

The appellant Red Cross Society argues that because Commission counsel received confidential documents concerning allegations against the appellants, they should be forbidden from taking part in the drafting of the report. This argument too is premature, because there is no indication that the Commissioner intends to rely upon his counsel to draft the final report. In addition, it is not clear from the record what was contained in the confidential submissions reviewed by counsel. If the submissions were composed merely of suggested allegations, then I do not believe that there is any merit to this complaint. However, in the unlikely event that the submissions also included material that was not disclosed to the parties, there could well be valid cause for concern. As Décary J.A. put it at para. 103:

La Croix-Rouge appelante prétend que parce que les avocats de la commission ont reçu des documents confidentiels relatifs aux allégations portées contre les appelants, on devrait les empêcher de prendre part à la rédaction du rapport. Cet argument est également prématuré car rien n'indique que le commissaire entend faire appel à ses avocats pour la rédaction du rapport final. De plus, le dossier ne révèle pas clairement la teneur des observations confidentielles examinées par les avocats. Si les observations se limitaient uniquement à des suggestions d'allégations, alors je crois que la présente plainte est sans fondement. Toutefois, dans l'hypothèse improbable où les observations auraient aussi compris des éléments qui n'ont pas été communiqués aux parties, il pourrait y avoir motif valable de s'inquiéter. Ainsi que l'a dit le juge Décary au par. 103:

72

The method adopted at the very end of the hearings for inviting submissions from the parties was particularly dangerous in that it opened the door to the possibility that a person in respect of whom unfavourable findings of fact would be made in the final report might not have had knowledge of all of the evidence relating to that person.

La méthode employée à la toute fin des audiences pour recueillir les observations des parties était particulièrement dangereuse car elle ouvrait la porte à la possibilité qu'une personne à l'égard de laquelle des conclusions de fait défavorables seraient tirées dans le rapport final n'ait pas eu connaissance de toute la preuve qui la concernait.

If the submissions did contain new, undisclosed and untested evidence, the Commissioner should not seek advice regarding the report from counsel who received the confidential submissions.

Si les observations comprenaient des éléments de preuve nouveaux, non communiqués ni vérifiés, le commissaire ne devrait pas demander aux avocats qui ont reçu les observations confidentielles de le conseiller au sujet de la rédaction du rapport.

Should the Appellant Baxter Corporation be Treated Differently From the Other Appellants?

L'appelante Baxter Corporation devrait-elle être traitée différemment des autres appelants?

73 The appellant Baxter Corporation argued that it should be treated differently from the other appellants because it was not a party before the Inquiry and was therefore unrepresented during the hearings. It submits that its position is analogous to that of Craig Anhorn, whose notice was quashed by the Court of Appeal because he took part in the Inquiry without realizing that he was a potential target of the investigation.

L'appelante Baxter Corporation a fait valoir qu'elle devrait être traitée différemment des autres appelants parce qu'elle n'était pas une partie à l'enquête et que, partant, elle n'a pas été représentée au cours des audiences. Elle prétend que sa position est analogue à celle de Craig Anhorn, dont le préavis a été annulé par la Cour d'appel parce qu'il a pris part à la commission sans se rendre compte du risque d'être lui-même visé par l'enquête.

74 The Court of Appeal dismissed this argument, holding that Baxter Corporation's name had appeared in the Wilbee Report which preceded and prompted this Inquiry, and that it must therefore have realized that its conduct would be under scrutiny in the proceedings. Baxter Corporation, it held, took a calculated risk and elected not to seek standing before the Commission. It should not now be allowed to escape the consequences of that decision.

La Cour d'appel a rejeté cet argument parce que le nom de Baxter Corporation figurait dans le rapport Wilbee qui est à l'origine de la présente commission d'enquête et que, partant, Baxter devait savoir que sa conduite serait examinée au cours de l'enquête. Baxter Corporation avait, selon la cour, pris un risque calculé et choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir devant la commission. Elle ne devrait pas pouvoir maintenant se soustraire aux conséquences de cette décision.

75 I agree with this conclusion. I believe that a private individual such as Craig Anhorn is in a very different situation from that of a large corporation which must have known from the outset what was at stake in the Inquiry, and made a calculated decision not to participate. I do not believe that Baxter Corporation should be treated any differently than the other appellants and would dismiss this ground of appeal.

Je suis d'accord avec cette conclusion. Je crois qu'une personne physique comme Craig Anhorn se trouve dans une situation très différente de celle d'une grande société qui aurait dû savoir dès le départ ce qui était en jeu dans l'enquête et qui a pris le risque calculé de ne pas y participer. Je ne crois pas que Baxter Corporation devrait être traitée différemment des autres appelants et je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

Disposition

Dispositif

76 I would dismiss this appeal.

Je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellants the Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst

Procureurs des appelants la Société canadienne de la Croix-Rouge, George Weber, le docteur Roger A. Perrault, le docteur Martin G. Davey, le docteur Terry Stout, le docteur Joseph Ernest Côme Rousseau, le docteur Noel Adams Buskard, le docteur Raymond M. Guevin, le docteur John

and Dr. Andrew Kaegi: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Bayer Inc.: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitors for the appellant Baxter Corporation: Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Genest, Murray, DesBrisay, Lamek, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Hemophilia Society: Blake, Cassels & Graydon, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Aids Society: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Solicitors for the intervener Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR: Kapoor, Selnes, Klimm & Brown, Melfort, Saskatchewan.

Solicitors for the intervener the HIV-T Group (Blood Transfused): Goodman and Carr, Toronto.

Solicitor for the Intervener Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society: David Harvey, Burlington.

Solicitors for the intervener the Hepatitis C Survivors' Society: Tinkler, Morris, Toronto.

Solicitor for the intervener the Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs: Pierre R. Lavigne, Ottawa.

Solicitors for the intervener Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Sinclair MacKay, le docteur Max Gorelick, le docteur Roslyn Herst et le docteur Andrew Kaegi: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelante Bayer Inc.: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureurs de l'appelante Baxter Corporation: Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Genest, Murray, DesBrisay, Lamek, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de l'hémophilie: Blake, Cassels & Graydon, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR: Kapoor, Selnes, Klimm & Brown, Melfort, Saskatchewan.

Procureurs de l'intervenante HIV-T Group (Blood Transfused): Goodman and Carr, Toronto.

Procureur de l'intervenante Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society: David Harvey, Burlington.

Procureurs de l'intervenante la Société des survivant(e)s d'hépatite C: Tinkler, Morris, Toronto.

Procureur de l'intervenante Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs: Pierre R. Lavigne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Onglet 6a

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-17-077442-138
500-17-077503-137

DATE : 1^{er} octobre 2013

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE CLAUDINE ROY, J.C.S.

500-17-077442-138

GILLES BEAULIEU
Requérant

C.

L'HONORABLE FRANCE CHARBONNEAU
RENAUD LACHANCE

en qualité de commissaires de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des
contrats publics dans l'industrie de la construction
Intimés

500-17-077503-137

GUY CHEVRETTE
Requérant

C.

L'HONORABLE FRANCE CHARBONNEAU
RENAUD LACHANCE

en qualité de commissaires de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des

contrats publics dans l'industrie de la construction
Intimés
et

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
Mis en cause

JUGEMENT
(Requête en révision judiciaire)
(Art. 846 C.p.c.)

2013 QCCS 4629 (CanLII)

1. L'OBJET DU LITIGE

[1] MM. Beaulieu et Chevrette demandent la révision judiciaire d'une décision de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (la « Commission »), alléguant violation de l'équité procédurale, erreur simple ou erreur déraisonnable.

[2] Ils veulent contre-interroger M. Cloutier, obtenir certains documents et, dans le cas de M. Chevrette, obtenir le statut de participant devant la Commission.

2. LA DÉCISION CONTESTÉE

[3] Lors de son témoignage devant la Commission, M. Cloutier, employé de Roche ltée, Groupe conseil (« Roche »), implique MM. Beaulieu et Chevrette dans des actes potentiellement répréhensibles. M. Beaulieu aurait demandé 100 000 \$ à M. Cloutier pour intervenir auprès de M. Chevrette, alors ministre des Transports, dans le cadre de l'octroi d'un contrat. L'argent devait être utilisé pour un voyage des couples Beaulieu et Chevrette. M. Cloutier aurait remis 25 000 \$ à M. Beaulieu, en paiement partiel, et il ignore si Roche a jamais payé la différence. M. Cloutier tient également certains propos impliquant M. Chevrette concernant une maison de Pointe-au-Pic et un cocktail de financement dans Prévost.

[4] MM. Beaulieu et Chevrette et le Parti Québécois réagissent immédiatement par la présentation de cinq requêtes :

- M. Chevrette présente une requête verbale pour contre-interroger M. Cloutier;
- M. Beaulieu dépose une demande écrite pour contre-interroger M. Cloutier et obtenir toutes les déclarations antérieures du témoin, y compris les notes des policiers et enquêteurs;
- M. Chevrette présente une demande écrite pour obtenir le statut de participant devant la Commission;

- M. Chevette et le Parti Québécois demandent que M. Chevette soit entendu sans délai.

[5] En cours d'audition des requêtes, M. Chevette désire amender sa requête pour obtenir également toutes les déclarations antérieures du témoin Cloutier, y compris les notes des policiers et enquêteurs. L'amendement est refusé.

[6] Dans sa décision, la Commission statue sur les cinq requêtes.

[7] N'est plus en litige la demande pour entendre M. Chevette sans délai et le Parti Québécois n'est pas partie à la demande de révision judiciaire.

[8] Après avoir reconnu qu'elle a le devoir de respecter l'équité procédurale, la Commission décide néanmoins que ce devoir n'emporte pas nécessairement l'octroi des mesures demandées. Elle souligne que, si un avis de conclusion défavorable dérivait des affirmations de M. Cloutier, MM. Beaulieu et Chevette disposeraient alors de moyens adéquats pour défendre leurs points de vue. En effet, les Règles de procédure accordent certaines protections procédurales aux personnes à l'égard de qui la Commission envisage de faire un rapport défavorable ou d'imputer une conclusion de mauvaise conduite¹.

[9] Elle reconnaît que M. Chevette possède un intérêt direct, vu la possible atteinte à sa réputation, mais considère que cet intérêt n'est pas suffisamment important pour lui octroyer le statut de participant.

[10] Bien que reconnaissant avoir la discrétion pour autoriser un tiers à interroger un témoin, elle conclut que le devoir d'agir équitablement ne comporte pas d'obligation de permettre le contre-interrogatoire par un tiers. Il lui paraît superflu de permettre à MM. Chevette et Beaulieu de contre-interroger M. Cloutier, notamment compte tenu du contre-interrogatoire mené par le Parti Québécois. De plus, M. Chevette viendra témoigner à la Commission et pourra donner sa version des faits. Enfin, la Commission prend acte que M. Beaulieu est également disposé à témoigner.

[11] Comme elle ne permet pas le contre-interrogatoire, elle considère inutile de statuer sur la demande accessoire de communication des déclarations antérieures et notes d'entrevue du témoin.

3. L'ANALYSE

3.1 LE CRITÈRE DE RÉVISION

[12] Les parties ont débattu du critère de révision que le Tribunal devrait appliquer. S'agit-il d'une question d'équité procédurale? Faut-il référer aux normes de contrôle? Dans l'affirmative, faut-il utiliser la norme de la décision correcte ou de la décision raisonnable?

¹ *Règles de procédure de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, septembre 2012 (« Règles de procédure »), art. 79 à 83.

[13] La Cour suprême du Canada a déjà expliqué qu'il n'y a pas lieu de faire référence aux normes de contrôle lorsque la question en jeu en est une de justice naturelle ou d'équité procédurale. En cas de violation, le tribunal de révision doit casser la décision. Dans *SCFP c. Ontario (Ministre du Travail)*, le juge Binnie distingue le processus d'analyse selon qu'il s'agisse de contrôler le processus suivi pour atteindre une décision ou son résultat² :

L'équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat de ses délibérations.

La tentative de maintenir séparés ces différents genres de questions peut parfois engendrer une certaine confusion. Force est de constater que certains « facteurs » utilisés pour déterminer les exigences de l'équité procédurale servent également à déterminer la « norme de contrôle » applicable à la décision discrétionnaire elle-même. [...] Il reste que, même s'il existe certains « facteurs » communs, l'objet de l'examen du tribunal judiciaire diffère d'un cas à l'autre.

[14] L'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*³ n'a rien modifié sur cette question. Au contraire, l'on peut constater que la Cour suprême du Canada y étudie séparément la norme de contrôle eu égard à la question d'interprétation législative qu'on lui soumettait (section III du jugement), et le respect de l'équité procédurale, question qui était également en jeu (section IV du jugement).

[15] Par exemple, plus récemment, la Cour suprême du Canada, dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, distinguait la décision rendue sans motif (l'obligation de motiver une décision relève de l'équité procédurale) et l'analyse des motifs d'une décision (question qui relève de l'analyse du résultat du processus en fonction de la norme de contrôle)⁴.

[16] La difficulté consiste parfois à départager ce qui relève du processus de ce qui relève du résultat des délibérations. Par exemple, le refus d'admettre une preuve pertinente peut avoir un impact sur l'équité du processus, mais cela n'est pas nécessairement le cas⁵. Tout est affaire de circonstances.

² *SCFP c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 102-103; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 74.

³ 2008 CSC 9, par. 27-76, 77-116.

⁴ 2011 CSC 62, par. 22; voir également *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113; *Southern First Nations Network of Care c. Manitoba (Commission of Inquiry into the Death of Phoenix Sinclair-Hughes Commission)*, 2012 MBCA 99.

⁵ *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, 488. Par exemple, la décision d'un commissaire enquêteur de ne pas garder confidentiel le nom d'une personne a été analysée selon la norme de la décision raisonnable dans *Episcopal Corp. of the Diocese of Alexandria-Cornwall v. Cornwall (Public Inquiry)*, 2007 ONCA 20, alors que la demande d'une personne pour intervenir dans une audition à la Commission des lésions professionnelles est considérée comme une question de justice naturelle parce que sa réputation est en jeu dans *McDonald c. Arshinoff & Cie ltée*, 2007 QCCA 575.

[17] Ici, comme le rapport de la Commission n'est pas encore livré, il n'est pas question d'examiner le résultat des délibérations, il s'agit réellement de voir si le processus respecte le devoir d'équité procédurale. Le non-respect de ce devoir entraînerait l'intervention du tribunal de révision.

3.2 L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE

[18] Les commissions d'enquête doivent respecter les règles d'équité procédurale. Leurs rôles d'enquête et d'éducation ne doivent pas être remplis aux dépens du respect des droits de personnes risquant d'être affectées par celles-ci⁶. La Commission le reconnaît et ses Règles de procédure font directement référence à ce concept⁷.

[19] Les parties divergent cependant d'opinion sur l'étendue de cette obligation.

[20] Pour déterminer le contenu de l'obligation dans un cas particulier, il faut examiner les facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker*⁸ :

- la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir;
- la nature du régime législatif;
- l'importance de la décision pour les personnes visées;
- les attentes légitimes des parties;
- les choix de procédure que fait l'organisme décisionnel.

3.2.1 La nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir

[21] Plusieurs des règles de procédure adoptées par la Commission ressemblent à celles utilisées dans le processus judiciaire⁹. Par exemple :

- les témoins doivent prêter serment;
- les participants, intervenants et témoins ont le droit d'être représentés par avocat et de présenter des requêtes;
- selon leur statut, ils peuvent interroger ou contre-interroger;
- les procédures se déroulent publiquement ou à huis clos.

⁶ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, par. 31, 55; *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, 2008 CF 802 (appel rejeté, 2010 CAF 283); S. RUEL, *The Law of Public Inquiries in Canada*, Toronto, Carswell, 2010, p. 132-155.

⁷ Règles de procédure, art. 8 : « [...] les commissaires rendent leurs décisions en conformité avec le droit applicable, tout en s'assurant de l'efficacité du processus d'enquête, dans le respect des droits des parties et des personnes impliquées, ainsi que dans un esprit d'équité procédurale ».

⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21 à 28; *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, précité, note 6.

⁹ *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, précité, note 6, par. 45-49.

[22] Mais il existe une différence fondamentale entre une commission d'enquête et un procès. Une commission d'enquête ne constitue pas un procès civil ou criminel. Au terme de son enquête, la Commission ne rend pas de décision; elle remet un rapport. Elle n'établit ni la culpabilité criminelle ni la responsabilité civile. Néanmoins, une commission d'enquête doit établir les faits qui expliquent ensuite ses recommandations.

[23] Les commissions d'enquête utilisent un processus inquisitoire et non contradictoire¹⁰.

3.2.2. La nature du régime législatif

[24] Les commissions d'enquête sont utilisées par les gouvernements pour rechercher, de la façon la plus certaine et la plus transparente possible, des faits controversés et pour élaborer des correctifs de nature à améliorer un système¹¹. Par ailleurs, elles se doivent de composer avec l'étendue de leur mandat et le temps limité accordé pour le remplir¹².

[25] Le mandat de la Commission est d'une envergure peu commune et ses travaux portent sur les 15 dernières années. Elle doit¹³ :

- examiner l'existence de stratagèmes et, le cas échéant, dresser un portrait de ceux-ci qui impliqueraient de possibles activités de collusion et de corruption dans l'octroi et la gestion de contrats publics dans l'industrie de la construction;
- dresser un portrait de possibles activités d'infiltration de l'industrie de la construction par le crime organisé;
- examiner des pistes de solution et faire des recommandations.

3.2.3 L'importance de la décision pour les personnes visées

[26] Plus la « décision » – comprendre ici le « rapport » – est important[e] pour la vie de la personne et risque d'avoir des répercussions sérieuses, plus l'obligation d'équité procédurale est rigoureuse¹⁴.

[27] Le témoignage de M. Cloutier implique MM. Beaulieu et Chevrette dans des agissements potentiellement répréhensibles et pouvant ultérieurement leur être reprochés. De plus, MM. Beaulieu et Chevrette invoquent atteinte à leur réputation et la

¹⁰ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, précité, note 6.

¹¹ *Association des policiers provinciaux du Québec c. Poitras*, [1997] R.J.Q. 1860 (C.A.), p. 1871.

¹² *Southern First Nations Network of Care v. Manitoba (Commission of Inquiry into the Death of Phoenix Sinclair-Hugues Commission)*, précité, note 4, par. 70.

¹³ *Décret 1119-2011 concernant la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, (2011) 47 G.O. II 5261; *Décret 202-2013 concernant la prolongation de la durée du mandat de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction et un rapport d'étape*, (2013) 15 G.O. II 1429.

¹⁴ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 8, par. 25.

réputation est un droit fondamental dans notre société¹⁵. La Commission reconnaît elle-même, dans ses Règles de procédure¹⁶, qu'elle a le devoir de respecter les droits fondamentaux des personnes pouvant être affectées par la preuve présentée devant elle. Une conclusion défavorable d'une enquête publique laisse un stigmate important. Il faut, dans la mesure du possible, éviter que le processus suivi par une commission d'enquête ne ternisse inutilement la réputation des personnes impliquées¹⁷.

[28] Les avantages que l'on cherche à obtenir au moyen d'une enquête ne peuvent s'acquérir aux dépens des droits des personnes impliquées¹⁸.

3.2.4 Les attentes légitimes des parties

[29] MM. Beaulieu et Chevette invoquent que les propos de la Présidente¹⁹ lors de l'audience ont créé chez eux une attente légitime²⁰ de pouvoir contre-interroger et qu'elle se serait ainsi engagée à permettre le contre-interrogatoire. Ces propos ne visent que la situation de M. Chevette, pas celle de M. Beaulieu.

[30] Le commentaire est formulé avant même la présentation de la requête de M. Chevette à la Commission et l'échange survient lors d'une discussion concernant l'horaire des séances à venir. L'ouverture de la Présidente ne constituait pas une promesse de la Commission d'accéder à la demande qui lui serait présentée ultérieurement²¹.

3.2.5 Les choix de procédure de la commission

[31] Finalement, l'analyse doit également tenir compte des Règles de procédure établies par la Commission²².

¹⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 4, 56; art. 2 C.c.Q.

¹⁶ Règles de procédure, art. 41.

¹⁷ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, précité, note 6, par. 55; voir également *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, p. 229; P.K. DOODY, « Commissions of Inquiry, Fairness, and Reasonable Apprehension of Bias: Protecting Unnecessary and Inappropriate Damage to Reputation », (2009) 22 CJALP 19.

¹⁸ *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)* [1998] 3 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, précité, note 6, par. 31; *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, précité, note 6, par. 53-56; S. RUEL, *The Law of Public Inquiries in Canada*, précité, note 6, p. 134-135.

¹⁹ Interrogatoire de M. Cloutier, 02-05-2013, p. 270; 13-05-2013, p. 15, 20.

²⁰ *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, par. 94; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, par. 69; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, par. 16; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 8, par. 26.

²¹ Voir par analogie *R. c. Giroux*, 2007 QCCA 1670 (désistement d'appel).

²² *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 8, par. 27; *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, précité, note 6, par. 60-66.

[32] Les participants²³, les intervenants²⁴ et les témoins²⁵ possèdent des droits distincts. Avant d'octroyer la qualité pour agir, les commissaires tiennent compte de l'ensemble des demandes soumises à la Commission et s'assurent que le temps et les coûts envisagés demeurent proportionnels à la nature et à la finalité du mandat²⁶.

[33] Les participants peuvent contre-interroger les témoins alors que les intervenants ne peuvent que proposer aux procureurs de la Commission d'interroger sur certains points. Les commissaires peuvent ordonner que plusieurs participants ayant des intérêts similaires soient représentés conjointement et partagent un seul octroi de qualité²⁷. La Commission peut, à sa discrétion, autoriser un tiers à contre-interroger²⁸.

[34] Les participants peuvent contre-interroger, aux conditions et dans l'ordre établis par les commissaires, mais uniquement dans les limites de leur intérêt. Les commissaires peuvent circonscrire les sujets du contre-interrogatoire et imposer une limite de temps²⁹. Les commissaires peuvent, même d'office, limiter ou mettre fin à un contre-interrogatoire s'ils sont d'avis qu'il n'est pas pertinent, qu'il est répétitif par rapport à un contre-interrogatoire précédent ou qu'il est abusif ou vexatoire³⁰. En matière de preuve, la Commission possède de larges pouvoirs. Les commissaires ont le devoir d'assurer la saine gestion de l'enquête et de veiller à son bon déroulement; ils voient à régler le cours de l'enquête de toute manière qui leur paraît désirable³¹. Les procureurs de la Commission ou les commissaires ont toute latitude pour refuser de convoquer un témoin ou permettre la présentation d'une preuve³².

[35] Mais la Commission ne peut faire de rapport défavorable à l'égard d'une personne ou lui imputer une conclusion de mauvaise conduite que si cette dernière a été informée par un préavis suffisant et après lui avoir offert une possibilité de se faire entendre³³. La personne qui reçoit un tel avis peut alors requérir le statut de participant.

3.2.6 Conclusion sur l'équité procédurale

[36] Procédant à pondérer les critères, le Tribunal conclut qu'en raison de la nature de la commission d'enquête, de la nature du régime législatif, de l'importance du rapport pour les personnes visées et de la large publicité des débats, l'étendue de

²³ Règles de procédure, art. 13 et 19.

²⁴ Règles de procédure, art. 14.

²⁵ Règles de procédure, art. 24.

²⁶ Règles de procédure, art. 15.

²⁷ Règles de procédure, art. 13 (d).

²⁸ Décision du 21 mai 2013, par. 42; *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37, art. 6; Règles de procédure, art. 8.

²⁹ Règles de procédure, art. 53.

³⁰ Règles de procédure, art. 55.

³¹ Règles de procédure, art. 9.

³² Règles de procédure, art. 43.

³³ Règles de procédure, art. 82-84.

l'équité procédurale est très élevée, bien que distincte de celle qui s'applique au contexte judiciaire³⁴.

[37] Il faut maintenant décider si cette équité procédurale permet à MM. Beaulieu et Chevrette de contre-interroger M. Cloutier, à M. Chevrette d'obtenir le statut de participant et à M. Beaulieu d'obtenir les déclarations antérieures de M. Cloutier.

3.3 LE CONTRE-INTERROGATOIRE

[38] Comme le mentionne la Cour suprême du Canada dans *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*³⁵, les enquêtes sont souvent entourées de publicité, progressent nécessairement en convoi de participants dont les intérêts, les motifs, les renseignements, la participation et la visibilité sont très différents. Il est difficile, mais nécessaire, pour un commissaire de coordonner ce processus de manière à servir l'intérêt du public à découvrir la vérité, tout en évitant d'exposer les participants à un préjudice incident inutile, évitable ou injustifié. Ultimement, les enquêtes ne sont pas des épreuves de surprise et les personnes concernées ont droit de connaître les détails de toute inconduite alléguée suffisamment avant la fin des audiences. Il s'agit d'une question d'équité procédurale.

[39] Le fait que le Parti Québécois ait déjà contre-interrogé M. Cloutier n'implique pas nécessairement l'inutilité d'un contre-interrogatoire par MM. Beaulieu et Chevrette. La Commission peut ordonner que plusieurs parties ayant des intérêts similaires soient représentées conjointement et partagent un seul octroi de qualité³⁶. Mais les personnes doivent être avisées en temps utile pour pouvoir unir leurs efforts, pas dans une décision postérieure à la tenue du contre-interrogatoire.

[40] De plus, l'avocat d'un parti politique ne représente pas nécessairement les mêmes intérêts que celui d'un de ses membres³⁷. L'argent qu'aurait versé M. Cloutier, selon ses dires, n'était pas au bénéfice du Parti Québécois, mais bien au bénéfice personnel de MM. Beaulieu et Cloutier. D'ailleurs, les procureurs de la Commission ont eux-mêmes fait part de leur inconfort à ce que l'avocate du Parti Québécois représente

³⁴ Voir S. RUEL, *The Law of Public Inquiries in Canada*, précité, note 6, p. 132-135.

³⁵ Précité, note 18, par. 41.

³⁶ *Décision sur les demandes de statut*, 7 juin 2012 (Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction – Commission Charbonneau), par. 15. Il existe plusieurs exemples de commissions d'enquête qui ont procédé ainsi : Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India, *Rapport final – Volume 1 – Aperçu*, Annexe A – Décisions de la Commission, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux 2010, p. 243, 246-247; Commission d'enquête sur Walkerton, *Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton*, Première Partie, Annexe E (II) – Décisions en matière de qualité pour agir et de financement, Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, 2002, p. 59, 65-66; *Décision sur la qualité d'agir* (Commission Cohen), 14 avril 2010, par. 17.

³⁷ *Feeley v. Ontario (Crime Commission)*, [1962] O.R. 872 (Ont. C.A.) (requête pour permission d'appeler à la C.S.C. refusée, [1962] R.C.S. X), par. 54.

les intérêts de M. Chevette et ont souligné que les intérêts de l'un pouvaient diverger des intérêts de l'autre³⁸.

[41] Ce motif ne saurait donc justifier le refus de la Commission.

[42] Le Tribunal rejette la demande de révision parce que le processus d'enquête n'est pas encore terminé. Le devoir d'équité s'analyse eu égard à l'ensemble du processus d'enquête. Il ne serait pas approprié d'intervenir à titre préventif avant même qu'il n'y ait violation de l'équité procédurale.

[43] L'équité procédurale garantit certains droits, mais pas celui de choisir le moment de contre-interroger.

[44] La Commission a avisé qu'elle entendrait M. Chevette comme témoin et a pris acte que M. Beaulieu était prêt à témoigner, comme celui-ci l'avait demandé. M. Chevette aura donc l'opportunité de présenter sa version des faits et vraisemblablement M. Beaulieu également. Les enquêteurs de la Commission n'ont pas été en mesure de rencontrer M. Beaulieu avant le témoignage de M. Cloutier. Lorsqu'ils auront entendu les versions de MM. Beaulieu et Chevette, les procureurs de la Commission décideront peut-être eux-mêmes de réinterroger le témoin Cloutier. Il est possible que ces témoignages (et peut-être certains autres) soient suffisants pour faire la lumière complète sur les événements discutés par M. Cloutier.

[45] Par ailleurs, si la Commission choisissait de faire parvenir un avis de rapport défavorable, MM. Beaulieu et Chevette disposeraient alors de moyens adéquats pour défendre leurs points de vue³⁹. Ils pourraient alors à nouveau demander le statut de participant ou le droit de contre-interroger et la Commission serait appelée à examiner la question sous un angle différent.

[46] Il faut, comme le suggère le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire concernant la Commission Krever⁴⁰, relier le devoir d'équité procédurale à la possibilité d'une conclusion défavorable dans le rapport plutôt qu'uniquement à la protection d'une réputation. Il ne faut pas confondre le but et les effets d'un contre-interrogatoire. Le but est d'abord de faire ressortir la vérité, même s'il est possible que l'effet soit de contribuer à rétablir une réputation.

[47] Le Tribunal conclut qu'il n'y a eu aucune violation d'équité procédurale pour l'instant et qu'il faut laisser la Commission continuer son enquête.

3.4 LE STATUT DE PARTICIPANT

[48] M. Chevette affirme posséder un intérêt important et direct, tel qu'exigé par l'article 13 des Règles de procédure, puisqu'il est d'une part directement visé par les

³⁸ R-12.

³⁹ Règles de procédure, art. 79 à 83; H. GRANT, « Participation Rights of Witnesses before a Commission of Inquiry », (2005) 18 CJALP 89.

⁴⁰ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, précité, note 6.

propos de M. Cloutier, et d'autre part, qu'il était ministre des Transports de 1998 à 2002.

[49] À l'audience, M. Chevette reconnaît que, n'eût été du témoignage de M. Cloutier, il n'aurait pas demandé le statut de participant. Son objectif est de contre-interroger M. Cloutier et d'obtenir copie de ses déclarations antérieures. Il lui importe peu, en réalité, de le contre-interroger à titre de tiers ou à titre de participant.

[50] La Commission a reconnu l'intérêt direct de M. Chevette en raison d'une atteinte possible à sa réputation, mais elle estime que son intérêt dans les travaux de la Commission n'est pas suffisamment important pour lui octroyer le statut de participant.

[51] Il n'y a, pour l'instant, aucune atteinte à l'équité procédurale.

3.5 LA COMMUNICATION DES DÉCLARATIONS ANTÉRIEURES

[52] Pour mener un contre-interrogatoire éclairé, M. Beaulieu argumente qu'il doit obtenir copie des déclarations antérieures, de même que des notes d'entrevue colligées par des enquêteurs et les policiers. Il s'agirait là, selon lui, d'outils importants pour jauger la crédibilité du témoin.

[53] La Commission ne s'est pas prononcée sur la demande de communication de documents, elle l'a déclaré sans objet vu le refus d'autoriser le contre-interrogatoire.

[54] Comme le Tribunal refuse d'intervenir dans cette décision, il ne paraît pas approprié de statuer ici sur cette demande.

[55] Si MM. Beaulieu ou Chevette formulent ultérieurement une nouvelle demande pour obtenir le statut de participant ou pour contre-interroger, ils pourront alors y inclure cette demande de communication de documents.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[56] **REJETTE** les demandes de révision judiciaire;

[57] **SANS FRAIS** vu la nature et le sort du litige.

CLAUDINE ROY, J.C.S.

500-17-077442-138
500-17-077503-137

PAGE : 12

Me Jean Lozeau
Me Catherine Boisvert
JOLI-COEUR LACASSE
Avocats de Gilles Beaulieu

Me Éric Vallières
Me Andrei Pascu
MCMILLAN
Avocats de Guy Chevrette

Me Simon Tremblay
Me Denis Gallant
Avocats de l'honorable France Charbonneau et Renaud Lachance

Me Benoit Boucher
BERNARD ROY
Avocat du Procureur général du Québec

Date d'audience : 19 août 2013

Onglet 6b

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-023966-138, 500-09-023968-134
(500-17-077442-138)
(500-17-077503-137)

DATE : 29 NOVEMBRE 2013

SOUS LA PRÉSIDENCE DE L'HONORABLE FRANÇOIS DOYON, J.C.A.

N° : 500-09-023966-138 (500-17-077442-138)

GILLES BEAULIEU
REQUÉRANT - Requéant
c.

L'HONORABLE FRANCE CHARBONNEAU, en sa qualité de présidente et commissaire de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction

RENAUD LACHANCE, en sa qualité de commissaire de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction
INTIMÉS - Intimés

N° : 500-09-023968-134 (500-17-077503-137)

GUY CHEVRETTE
REQUÉRANT - Requéant
c.

L'HONORABLE FRANCE CHARBONNEAU, en sa qualité de présidente et commissaire de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction

RENAUD LACHANCE, en sa qualité de commissaire de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction
INTIMÉS - Intimés

JUGEMENT

[1] Les requérants demandent la permission de se pourvoir contre un jugement prononcé le 1^{er} octobre 2013 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Claudine Roy) (la « juge ») qui a rejeté leur demande de révision judiciaire d'une décision du 21 mai 2013 de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (la « Commission »).

[2] Par cette décision, la Commission rejette la demande des requérants d'être autorisés à contre-interroger le témoin Gilles Cloutier immédiatement après son témoignage, ou à tout le moins de manière contemporaine, et d'obtenir, à cette fin, la divulgation de certains documents, notamment ses diverses déclarations. Elle rejette aussi la demande de M. Chevrette de se voir accorder le statut de participant et de devancer son témoignage.

Le jugement de première instance

[3] En ce qui a trait au droit de contre-interroger, la juge rejette l'analyse de la Commission, qui était d'avis que, étant donné le contre-interrogatoire mené par l'avocat du Parti Québécois, « il serait superflu, pour les fins de l'enquête, de permettre à Guy Chevrette et Gilles Beaulieu de procéder eux aussi au contre-interrogatoire du témoin » et que « l'interrogatoire mené par le PQ au profit de Guy Chevrette et Gilles Beaulieu nous paraît amplement suffisant ». En effet, rappelle la juge, les intérêts des requérants et ceux du Parti Québécois ne convergent pas nécessairement, de sorte que le contre-interrogatoire mené par l'avocat de ce parti ne peut fonder à lui seul la décision de refuser aux requérants le droit au contre-interrogatoire.

[4] Par contre, elle refuse d'intervenir au motif que « le processus d'enquête n'est pas encore terminé » et que la protection des droits des requérants ne leur permet pas de choisir le moment où pourrait avoir lieu le contre-interrogatoire. Comme il est vraisemblable que les deux requérants témoigneront, il est possible que ces témoignages suffisent à faire la lumière sur les événements relatés par le témoin Cloutier. De plus, s'il devait y avoir un avis de la Commission selon lequel elle envisagerait un rapport défavorable à leur égard (art. 82 à 86 des Règles de procédure de la Commission), les requérants pourraient revenir à la charge et demander à nouveau qu'on leur octroie le droit de contre-interroger.

[5] Quant au statut de participant, la juge est d'avis, à l'instar de la Commission, que l'intérêt de M. Chevette est limité à la protection de sa réputation, de sorte que son seul intérêt personnel ne suffit pas, en rapport avec le mandat de la Commission, pour que lui soit octroyé le statut de participant. Selon la juge, l'objectif véritable de M. Chevette consiste avant tout à contre-interroger le témoin, ce qui ne nécessite pas l'octroi du statut de participant. Elle conclut, là encore, qu'il « n'y a, pour l'instant, aucune atteinte à l'équité procédurale ».

[6] Enfin, la divulgation d'éléments de preuve n'est plus en cause, puisque la demande de procéder au contre-interrogatoire est refusée. Cette question pourrait toutefois redevenir litigieuse et pertinente si une nouvelle demande était ultérieurement présentée.

Le point de vue des parties

[7] Les requérants ne se plaignent évidemment pas de la norme d'intervention identifiée par la juge de première instance, qui estime qu'il y a lieu à intervention judiciaire en cas de violation de la règle visant la protection de l'équité procédurale, ni de sa conclusion selon laquelle, vu le mandat de la Commission et la nature de ses enquêtes, l'exigence en matière de protection de l'équité procédurale est « très élevée ». En fait, les requérants se plaignent de l'application de cette règle par la juge, qui n'aurait pas suffisamment tenu compte de la réalité et de l'impact médiatique de la Commission.

[8] Ils plaident que, vu les circonstances particulières de cette affaire, ils ont le droit fondamental de procéder au contre-interrogatoire de M. Cloutier au motif que son témoignage a entaché leur réputation et que seul un contre-interrogatoire contemporain pourrait la rétablir, d'autant que son témoignage est bancal et souffre de faiblesses évidentes. Ils estiment que ce contre-interrogatoire doit avoir lieu avant qu'eux-mêmes témoignent, sans quoi le public ne pourra évaluer leur version des faits à sa juste valeur. Il faut souligner, disent-ils, que les moyens technologiques modernes rendent les débats accessibles en tout temps et en tous lieux, ce qui porte encore davantage atteinte à leur réputation.

[9] Ils contestent la conclusion de la juge de première instance qui retient l'argument du caractère prématuré de leur demande de révision. Pour eux, il ne faut pas attendre le dépôt du rapport, puisqu'il sera trop tard. Leur réputation doit être rétablie en agissant en temps utile, en cours d'enquête, et non *a posteriori*, sans quoi le remède deviendrait totalement illusoire. À cet égard, ils fondent en grande partie leur argumentation sur l'article 41 des Règles de procédure de la Commission, dont voici le libellé :

Les commissaires peuvent recevoir toute preuve qu'ils jugent pertinente au mandat de la Commission, que celle-ci soit admissible devant une cour de justice ou non, en prenant soin d'apprécier sa valeur probante eu égard aux

conséquences de son admission et en respectant les droits fondamentaux de son auteur ou des personnes qui peuvent en être affectées.

[Je souligne.]

[10] Toutes ces questions, en raison de leur importance et du préjudice subi, devraient, selon eux, être soumises à la Cour, conformément aux exigences de l'article 26 *C.p.c.*, puisque la Cour aurait alors l'occasion de définir les contours du droit à la réputation et au respect de l'équité procédurale, à l'occasion d'une commission d'enquête de cette nature, suivie quotidiennement par les médias et le public.

[11] M. Beaulieu ajoute qu'il était inéquitable de faire entendre M. Cloutier avant que les enquêteurs de la Commission l'aient rencontré et aient obtenu sa propre version des faits, d'autant qu'ils s'étaient engagés à le faire.

[12] Les intimés rétorquent que la requête ne satisfait pas aux critères énoncés à l'article 26 *C.p.c.* En effet, argumentent-ils, l'importance de l'équité procédurale dans le contexte d'une commission d'enquête est bien connue et les exigences qui en découlent ont été l'objet d'une multitude de jugements, de sorte que l'état du droit est clair. D'ailleurs, les requérants ne remettent pas en cause les deux principales conclusions en droit de la juge, soit la norme d'intervention applicable et le degré élevé requis en ce qui a trait à la règle de l'équité procédurale. En somme, nous serions en présence d'une simple question d'application du droit à un cas d'espèce, ce qui serait de peu d'intérêt pour la Cour, dans le contexte de l'article 26 *C.p.c.*

[13] De plus, les requérants auront l'occasion de témoigner (en février ou en mars prochain) et ils pourront alors rétablir les faits. D'ailleurs, la Commission ne s'est pas encore penchée sur la crédibilité du témoin Cloutier.

[14] En somme, toutes les garanties demeurent, incluant celle de répondre à un éventuel avis de conclusion défavorable, et il n'est pas établi qu'il y a eu atteinte à la règle de l'équité procédurale, de sorte que la demande est prématurée.

L'analyse

[15] En matière de révision judiciaire, l'appel n'est pas un droit; il est restreint aux cas où une permission est accordée, comme le prévoit l'article 26 *C.p.c.* :

Peuvent aussi faire l'objet d'un appel, sur permission d'un juge de la Cour d'appel, lorsque la question en jeu en est une qui devrait être soumise à la Cour d'appel, ce qui est notamment le cas s'il est d'avis qu'une question de principe, une question nouvelle ou une question de droit faisant l'objet d'une jurisprudence contradictoire est en jeu :

[...]

4. les jugements rendus en application de l'article 846.

[16] Comme cela a été maintes fois répété¹, la démonstration d'une erreur de droit ne suffit pas. Encore faut-il que la question soit d'intérêt pour la Cour et qu'elle soulève, par exemple, une question de principe, une question nouvelle ou une question de droit controversée. De plus, l'exigence d'une permission requiert l'examen des chances raisonnables de succès de l'appel sans lesquelles il ne devrait pas être autorisé².

[17] Dans ce contexte, les requérants ne me convainquent pas que la question qu'ils soulèvent devrait être soumise à la Cour.

[18] Après avoir correctement défini les critères d'intervention et avoir reconnu le haut degré d'équité procédurale nécessaire en l'espèce, la juge a estimé que la demande était prématurée. Je ne peux voir en quoi elle aurait, ce faisant, commis une erreur pouvant justifier l'intervention de la Cour.

[19] Dans un monde idéal, toute personne dont la réputation peut être ternie par un témoignage devrait pouvoir contre-interroger immédiatement le témoin et témoigner par la suite. Poser l'hypothèse suffit toutefois à en constater les limites et à démontrer que cela serait impraticable. La Commission verrait alors ses travaux indûment entravés. Par ailleurs, la Commission s'est déjà engagée à faire témoigner M. Chevrette et il est vraisemblable que M. Beaulieu sera lui aussi autorisé à le faire, s'il le désire.

[20] Je ne prétends pas, en disant cela, que le contre-interrogatoire ne pourra avoir lieu ni que le statut de participant ne pourra être octroyé, par exemple en cas d'avis de conclusion défavorable. Il faut toutefois admettre que la Commission est maîtresse de sa procédure et que, dans le contexte d'une demande de révision judiciaire, la juge pouvait raisonnablement être d'avis que la demande était prématurée, puisque, compte tenu des procédures à venir, l'on ne pouvait conclure, du moins pour le moment, à une transgression de la règle de l'équité procédurale. En somme, les requérants ne font pas voir en quoi la juge ne pouvait conclure ainsi et estimer qu'il y avait lieu d'attendre.

[21] Lorsqu'on parle de recours prématuré, il faut s'interroger sur les avenues qui demeurent. Or, on ne peut ignorer la possibilité, par exemple, que la Commission retienne la version que les requérants donneront et rejette celle de M. Cloutier, ce qui serait de nature à rétablir leur réputation. Ou encore, permette le contre-interrogatoire à la suite de circonstances nouvelles, comme le témoignage des requérants. Il ne s'agit que d'exemples servant à démontrer pourquoi la juge pouvait conclure comme elle l'a fait, en raison de la possibilité raisonnable que la réputation des requérants puisse être protégée ou rétablie, le cas échéant, dans le respect de la règle de l'équité procédurale.

¹ Voir notamment *La Maison Sami T.A. Fruits inc. c. Balcorp Limited*, SOQUIJ AZ-03019698, du 30 septembre 2003, et tous les jugements qui ont suivi.

² Voir *Chhuon c. Société des casinos du Québec*, 2010 QCCA 221, et la jurisprudence citée à la note 3 de ce jugement.

[22] Bref, après avoir identifié correctement le droit applicable et tenu compte de l'ensemble des circonstances, la juge a exercé son pouvoir de révision en rejetant la demande des requérants et ceux-ci ne me convainquent pas que ce jugement soit l'un de ceux dont l'appel devrait être autorisé.

[23] **POUR CES MOTIFS :**

[24] Les deux requêtes sont **REJETÉES**, avec dépens.

FRANÇOIS DOYON, J.C.A.

Me Jean Lozeau
Me Catherine-A Boisvert
JOLI-CŒUR LACASSE s.e.n.c.r.l.
Pour Gilles Beaulieu

Me Eric Vallières
McMillan s.e.n.c.r.l.
Pour Guy Chevrette

Me Denis Gallant,
Me Simon Tremblay
Commission d'enquête dans l'industrie de la construction
Pour l'honorable France Charbonneau et Renaud Lachance

Date d'audience : 27 novembre 2013

Onglet 7

THE LAW OF PUBLIC INQUIRIES IN CANADA

Simon Ruel, B.Sc. (Université Laval), LL.B. (Université de Montréal)
Member of the Barreau du Québec and of the
Law Society of Upper Canada

CARSWELL®

© 2010 Thomson Reuters Canada Limited

NOTICE AND DISCLAIMER: All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written consent of the publisher (Carswell).

Carswell and all persons involved in the preparation and sale of this publication disclaim any warranty as to accuracy or currency of the publication. This publication is provided on the understanding and basis that none of Carswell, the author/s or other persons involved in the creation of this publication shall be responsible for the accuracy or currency of the contents, or for the results of any action taken on the basis of the information contained in this publication, or for any errors or omissions contained herein.

No one involved in this publication is attempting herein to render legal, accounting or other professional advice. If legal advice or other expert assistance is required, the services of a competent professional should be sought. The analysis contained herein should in no way be construed as being either official or unofficial policy of any governmental body.

A cataloguing record for this publication is available from Library and Archives Canada.

ISBN 978-0-7798-2226-3

Printed in Canada by Thomson Reuters.



THOMSON REUTERS

CARSWELL, A DIVISION OF THOMSON REUTERS CANADA LIMITED

One Corporate Plaza
2075 Kennedy Road
Toronto, Ontario
M1T 3V4

Customer Relations
Toronto 1-416-609-3800
Elsewhere in Canada/U.S. 1-800-387-5164
Fax 1-416-298-5082
www.carswell.com
E-mail www.carswell.com/email

CHAPTER 9

REPORTING STAGE

A. Preparation of the Factual Report

1. Report Writing Process

Commissioners of inquiry are often called to review very complex issues, hear evidence over many days and review thousands of pages of documentation introduced as evidence before the commission, usually within tight time frames. Depending on their personalities and writing skills, commissioners may want to themselves write significant portions or the entirety of their reports, relying on the assistance of counsel to provide advice on issues such as admissibility and weight of evidence, and to prepare summaries of evidence. Other commissioners will want to have an ongoing involvement in the preparation of their reports, but leave the actual writing to counsel.

A number of recent commissioners of inquiry have retained the services of advisory counsel whose principal task involves report writing. In addition to lessening potential legal risks related to the involvement of inquiry counsel in report writing, the use of advisory counsel will likely be more efficient. Advisory counsel will be able to prepare summaries of evidence or draft sections of the report, and generally provide advice on report writing, as the evidence unfolds. They may also identify uncovered angles or potential gaps in the evidence, which could then be addressed by inquiry counsel in calling evidence while the inquiry is ongoing. Advisory counsel may provide assistance with respect to the issuance of notices of alleged misconduct, e.g. when it appears that a finding of misconduct might be made and that a notice has not yet been issued.

In any case, however, the report of a commissioner of inquiry should be his own,¹ a point that commissioners will want to make publicly clear, either at the inquiry or in their final reports.

¹ *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)* (1997), [1997] F.C.J. No. 17, 1997 CarswellNat 1368, 1997 CarswellNat 213 at para. 102 (Fed. C.A.); affirmed (sub nom. *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*) [1997] 3 S.C.R. 440 (S.C.C.).

2. Systemic, Institutional or Organizational Failures

In many cases, although some individuals may not have met standards expected of them, the root of the problem under review may lay in institutional or organizational failures, the cause of which may be a lack of resources, the inadequacy of systems, procedures or policies, a lack of appropriate oversight, a breakdown in accountability or a flawed institutional culture.² Further, the evidence presented before a commission of inquiry may reveal problems that may be systemic in nature and horizontally affect, for example, government organizations, the justice system or industries.³

In this context, commissioners should strategically ask themselves whether it is necessary to focus on individual misconduct or whether the emphasis should be on systemic, institutional, or organizational failures. From a public policy standpoint and from a long-term remedial perspective, the factors that encouraged or led to wrongdoing are probably more important than the misconduct of individual persons.⁴ In this context, rather than answering the question “who did what to whom,” commissioners may want to address “what factors lead to events like this happening.”⁵ In following the latter approach, commissioners would want to present the facts as they are, without attaching qualifications,⁶ and focus on broader issues rather than on individual conduct.⁷

3. Quality of Evidence Required to Make Findings

Although the strict rules of evidence do not apply to the proceedings of commissions of inquiry, this does not mean that the findings of commissioners of inquiry should be based on evidence of poor quality. Commissioners of inquiry should not base their findings and recommendations on speculation, rumours, innuendoes or on unreliable evidence.⁸ This is particularly true for findings of miscon-

² See Justice Archie Campbell, “The Bernardo Investigation Review” in Allan Manson & David Mullan, eds., *Commissions of Inquiry, Praise or Reappraise* (Irwin Law, 2003) pages 399, 400 [Campbell, Bernardo Investigation Review]; Report of the Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin, The Honourable Frank Iacobucci, Commissioner, pages 32, 33, 61 [Iacobucci, Actions of Canadian Officials].

³ Roderick A. MacDonald, “Interrogating Inquiries” in Allan Manson & David Mullan, eds., *Commissions of Inquiry, Praise or Reappraise* (Irwin Law, 2003) page 483.

⁴ See Liora Salter, “The Complex Relationship Between Inquiries and Public Controversy” in Pross, Christie & Yogis, eds., *Commissions of Inquiry* (Toronto: Carswell, 1998) page 186.

⁵ *Supra* note 3 at pages 483, 484.

⁶ Campbell, Bernardo Investigation Review, *supra* note 2 at pages 393, 394.

⁷ See Report of the Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston, The Honourable Louise Arbour, Commissioner, *The Inquiry Process*, page xiii; Iacobucci, Actions of Canadian Officials, *supra* note 2.

⁸ See Rapport de la Commission d’enquête charge de faire enquête sur la Sûreté du Québec, l’honorable Lawrence Poitras, Me Louise Viau, Me André Perreault, Commissaires,

duct. In making adverse findings, a commissioner of inquiry should rely as much as possible on evidence that would be admissible before a court.⁹ Commissioners should be reticent to rely on hearsay evidence when making adverse findings,¹⁰ and should refer to first source evidence or seek corroboration. However, evidence of a lower quality may be accepted to address contextual or systemic issues.¹¹

4. Consequences of Refusal to Appear Before a Commission of Inquiry

The refusal of a witness to appear before an inquiry may ultimately lead to adverse inferences being drawn by the commissioner against that person.¹² Although it may be preferable to issue a notice of alleged misconduct to such a person, a good argument could be made that in refusing to appear and to participate at an inquiry, a witness has waived the protection of any duty of procedural fairness that the commission may otherwise have owed to that person.

5. Hindsight

In preparing their final reports, commissioners of inquiry should be mindful that they have the benefit of hindsight. It is easy, in retrospect, to say that systems were inadequate or decisions mistaken. It will therefore be unfair to judge the conduct of persons based on hindsight. Commissioners have the advantage of having all the facts available, which was not necessarily the case for those under examination at the time of the events in question. However, hindsight will be useful for

1998, Chapitre I : La mission de la Commission d'enquête, pages 28, 29; The Problems Faced by Modern-Day Commissions of Inquiry, Gilles Létourneau, J.C.A., Address at the 13th Conference of Government Jurists, Quebec City, April 3, 1998, page 11 [Létourneau, Problems Faced by Modern-Day Commissions].

⁹ Report of the Commission of Inquiry into the Use of Drugs and Banned Practices Intended to Increase Athletic Performance, The Honourable Charles L. Dubin, Commissioner, The Process, page xxix. [Dubin, Use of Drugs and Banned Practices]; Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin, The Honourable Fred Kaufman, Commissioner, pages 6, 7 [Kaufman, Proceedings Involving Guy Paul Morin]; The Public Inquiry: Robert P. Armstrong, "Two Suggestions for Reform" (1994) 43 U.N.B.L.J. 377, page 380.

¹⁰ Report of the Royal Commission on Tribunals of Inquiry under the Chairmanship of the Right Honourable Lord Justice Salmon (United Kingdom), November 1966, page 27; Dubin, Use of Drugs and Banned Practices, *ibid.*; Létourneau, Problems Faced by Modern-Day Commissions, *supra* note 8 at pages 7, 11.

¹¹ Kaufman, Proceedings Involving Guy Paul Morin, *supra* note 9 at page 6; Dubin, Use of Drugs and Banned Practices, *ibid.*

¹² Report of the Westray Mine Public Inquiry, Volume Two, The Honourable Justice K. Peter Richard, Commissioner, page 600; Report of the Toronto Computer Leasing Inquiry/Toronto External Contracts Inquiry, Volume 3, Inquiry Process, The Honourable Denise E. Bellamy, Commissioner, pages 81, 82.

determining the lessons to be learned from a particular event or situation, and to the formulation of recommendations for change.¹³

6. Findings of Misconduct — Core Principles

In keeping with the rules of procedural fairness and to minimize the risks of judicial review, commissioners of inquiry should adhere to a number of core principles when making adverse findings or findings of misconduct in their final reports:

- Adverse findings should be made only where required to carry out the mandate of the inquiry¹⁴ and for the purpose of supporting the recommendations with a view of bringing corrective action.
- Adverse findings should not be based on rumours, innuendoes, speculation, guesses, unreliable or hearsay evidence. Rather, adverse findings should be based on “evidence having some probative value”¹⁵ or on “convincing evidence.”¹⁶
- However, adverse findings may be made based on reasonable inferences, which mean making rational connections between proven facts and other facts for which direct evidence is not available.¹⁷
- Adverse findings should only be made based on norms or standards of conduct in force or in place at the relevant time and not on hindsight.
- Adverse findings should only be made if there was prior issuance of notices of alleged misconduct. Such notices should be adequately detailed and be issued sufficiently in advance to allow a meaningful opportunity to respond.
- If commissioners believe it is essential to cover in their reports additional instances of misconduct revealed in the evidence, or make findings of misconduct which would be broader in scope than the allegations of miscon-

¹³ On hindsight, see Campbell, Bernardo Investigation Review, *supra* note 2 at page 397; See Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell, The Honourable Patrick J. Lesage, Commissioner, page 5 [Lesage, Trial and Conviction of James Driskell]; The SARS Commission Final Report, Volume II, Chapter One: The Commission’s Mandate and Hindsight, The Honourable Archie Campbell, Commissioner, pages 19 and 20; Iacobucci, Actions of Canadian Officials, *supra* note 2 at pages 341, 342.

¹⁴ *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, (sub nom. *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*) [1997] 3 S.C.R. 440 (S.C.C.) at para. 53; *Rigaux v. British Columbia (Commission of Inquiry into death of Vaudreuil)* (1998), 155 D.L.R. (4th) 716 at para. 34, Allan J. (B.C. S.C.).

¹⁵ *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 at pages 820, 821 (New Zealand P.C.); *Morneault v. Canada (Attorney General)* (2000), [2001] 1 F.C. 30 at paras. 44, 46 (Fed. C.A.); *Hartwig v. Saskatchewan (Commissioner of Inquiry)*, 2007 SKCA 74 at paras. 28, 29 (Sask. C.A.).

¹⁶ See Lesage, Trial and Conviction of James Driskell, *supra* note 13.

¹⁷ Iacobucci, Actions of Canadian Officials, *supra* note 2 at pages 337, 338.

Mixed Factual and Policy Inquiries — Considerations

duct made in notices of alleged misconduct already issued, additional or revised notices of alleged misconduct should be issued as soon as possible. This would be so even if a commission is deliberating. The recipients of such notices should then be afforded a meaningful opportunity to respond.

- Procedural fairness requires that persons subject to findings of misconduct be provided with sufficient reasons supporting the findings. In that regard, commissioners should mention or make reference to the relevant evidence, either directly in their reports or in footnotes. They should also provide explanations supporting their credibility findings, including the rationale for preferring some evidence over other.¹⁸

B. Mixed Factual and Policy Inquiries — Considerations

The mandate of a commission of inquiry may call for a division between a factual phase, where witnesses are heard in relation to a particular event or situation, and a policy phase, where the commissioner reviews legislation, policies, procedures, processes or programs, and receives expert advice, with a view of making recommendations for change. The rules applicable to both phases will typically differ. Standing is not granted on the same basis and there may be no evidentiary hearings in the course of the policy phase of an inquiry. Parties and witnesses in the evidentiary phase will typically benefit from enhanced procedural protections as compared with the policy phase.

In this type of mixed inquiry, there may be an overlap between phases due to time constraints or other considerations. The co-existence of investigative and policy phases within the same inquiry may raise issues of procedural fairness and should be managed carefully. Information obtained in the course of the policy phase should not specifically be used to draw conclusions concerning persons in the investigative phase unless tendered as evidence in that phase.¹⁹ It would also be prudent for a commissioner to indicate in his factual report that it is based solely on evidence presented at investigative hearings.²⁰

¹⁸ See *Gagliano v. Canada (Ex-Commissioner of Inquiry into the Sponsorship Program & Advertising Activities)* (2008), [2008] F.C.J. No. 1220, 2008 CarswellNat 3077, 2008 CarswellNat 3078 at paras. 133, 134, Teitelbaum D.J. (F.C.); Law Reform Commission of New Zealand, *A New Inquiries Act*, Report 102, 2008, pages 67, 68 [Law Reform Commission of New Zealand].

¹⁹ See *Gagliano v. Gomery* (2006), [2006] F.C.J. No. 917, 2006 CarswellNat 1682, 2006 CarswellNat 1606 at paras. 71, 72, Teitelbaum J. (F.C.); affirmed (2007), [2007] F.C.J. No. 467, 2007 CarswellNat 746, 2007 CarswellNat 819 (F.C.A.).

²⁰ See the presumptive impact of such a declaration in *ibid.* at paras. 68, 69 (F.C.).

Onglet 8

**IN THE MATTER OF the Bankruptcy of
Peoples Department Stores Inc./Magasins
à rayons Peoples inc.**

**Caron Bélanger Ernst & Young Inc., in its
capacity as Trustee to the bankruptcy of
Peoples Department Stores Inc./Magasins
à rayons Peoples inc. Appellant**

v.

**Lionel Wise, Ralph Wise and
Harold Wise Respondents**

and

**Chubb Insurance Company of
Canada Respondent**

**INDEXED AS: PEOPLES DEPARTMENT STORES INC.
(TRUSTEE OF) v. WISE**

Neutral citation: 2004 SCC 68.

File No.: 29682.

2004: May 11; 2004: October 29.

Present: Iacobucci,* Major, Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

*Corporations — Directors and officers — Fiduciary
duty and duty of care — Directors of bankrupt corpora-
tion being sued by trustee — Trustee claiming that direc-
tors breached fiduciary duty and duty of care — Whether
directors owe fiduciary duty or duty of care to corpora-
tion's creditors — Canada Business Corporations Act,
R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1).*

*Bankruptcy and insolvency — Reviewable transac-
tions — Transfer of assets between wholly-owned subsidi-
ary and parent corporation — Wholly-owned subsidiary
and parent corporation declaring bankruptcy — Parent
corporation's directors sued by trustee of wholly-owned
subsidiary — Trustee claiming that certain transactions
were reviewable — Whether consideration for impugned*

* Iacobucci J. took no part in the judgment.

**DANS L'AFFAIRE DE la faillite de
Peoples Department Stores Inc./Magasins
à rayons Peoples inc.**

**Caron Bélanger Ernst & Young Inc., en sa
qualité de syndic de la faillite de Peoples
Department Stores Inc./Magasins à rayons
Peoples inc. Appelante**

c.

**Lionel Wise, Ralph Wise et
Harold Wise Intimés**

et

**Chubb du Canada, Compagnie
d'assurance Intimée**

**RÉPERTORIÉ : MAGASINS À RAYONS PEOPLES INC.
(SYNDIC DE) c. WISE**

Référence neutre : 2004 CSC 68.

N° du greffe : 29682.

2004 : 11 mai; 2004 : 29 octobre.

Présents : Les juges Iacobucci*, Major, Bastarache,
Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Obligation
de fiduciaire et obligation de diligence — Administrateurs
d'une société faillie poursuivis par le syndic — Admi-
nistrateurs accusés par le syndic de manquement à
leur obligation de fiduciaire et à leur obligation de dili-
gence — Les administrateurs ont-ils une obligation de
fiduciaire et une obligation de diligence envers les créan-
ciers de la société? — Loi canadienne sur les sociétés par
actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1).*

*Faillite et insolvabilité — Transactions révisa-
bles — Transfert d'actifs entre la filiale à part entière et
la société mère — Faillite de la filiale à part entière et
de la société mère — Administrateurs de la société mère
poursuivis par le syndic de la filiale à part entière — Allé-
gation par le syndic que certaines transactions sont révi-
sables — La contrepartie reçue dans les transactions*

* Le juge Iacobucci n'a pas pris part au jugement.

transactions conspicuously less than fair market value — Whether directors “privity” to transactions — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100.

Wise Stores Inc. (“Wise”) acquired Peoples Department Stores Inc. (“Peoples”) from Marks and Spencer Canada Inc. (“M & S”). L.W., R.W. and H.W. (the “Wise brothers”) were majority shareholders, officers and directors of Wise, and the only directors of Peoples. Because of covenants imposed by M & S, Peoples could not be merged with Wise until the purchase price had been paid. Almost from the outset, the joint operation of Wise and Peoples did not function smoothly. Parallel bookkeeping, combined with shared warehousing arrangements, caused serious problems for both companies. As a result, their inventory records were increasingly incorrect. The situation, already unsustainable, was worsening. L.W. consulted the vice-president of administration and finance of both Wise and Peoples in an attempt to find a solution. On his recommendation, the Wise brothers agreed to implement a joint inventory procurement policy whereby the two firms would divide responsibility for purchasing. Peoples would make all purchases from North American suppliers and Wise would, in turn, make all purchases from overseas suppliers. Peoples would then transfer to Wise what it had purchased for Wise, charging Wise accordingly, and vice versa. The new policy was implemented on February 1, 1994. Before the end of the year, both Wise and Peoples declared bankruptcy. Peoples’ trustee filed a petition against the Wise brothers. The trustee claimed that they had favoured the interests of Wise over Peoples to the detriment of Peoples’ creditors, in breach of their duties as directors under s. 122(1) of the *Canada Business Corporations Act* (“CBCA”). In the alternative, the trustee claimed that the Wise brothers had in the year preceding the bankruptcy been privy to transactions in which Peoples’ assets had been transferred to Wise for conspicuously less than fair market value within the meaning of s. 100 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”). The trial judge found the Wise brothers liable on both grounds. The Court of Appeal set aside the trial judge’s decision.

Held: The appeal should be dismissed. The Wise brothers did not breach their duties under s. 122(1) of the CBCA, nor were the impugned transactions in violation of s. 100 of the BIA.

attaquées est-elle manifestement inférieure à la juste valeur du marché? — Les administrateurs étaient-ils des parties intéressées dans les transactions? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100.

Wise Stores Inc. (« Wise ») a acquis de Marks & Spencer Canada Inc. (« M & S ») les Magasins à rayons Peoples Inc. (« Peoples »). L.W., R.W. et H.W. (les « frères Wise ») étaient actionnaires majoritaires, dirigeants et administrateurs de Wise, et les seuls administrateurs de Peoples. En raison des conditions imposées par M & S, Peoples ne pouvait fusionner avec Wise avant le paiement intégral du prix d’achat. Presque dès le début, l’exploitation en commun de Wise et de Peoples s’est avérée difficile. La tenue d’une comptabilité parallèle, conjuguée à l’entreposage en commun des marchandises, a causé de graves problèmes aux deux sociétés. En conséquence, les fiches de stocks des deux sociétés sont devenues de plus en plus inexactes. La situation, déjà intolérable, a empiré. L.W. a consulté le vice-président à l’administration et aux finances de Wise et Peoples pour tenter de trouver une solution. Sur sa recommandation, les frères Wise ont accepté de mettre en œuvre une politique d’approvisionnement commun en vertu de laquelle les deux entreprises se partageraient la responsabilité des achats. Peoples s’occuperait de tous les achats auprès de fournisseurs en Amérique du Nord et Wise, pour sa part, se chargerait de tous les achats faits outre-mer. Peoples transférerait ensuite à Wise les marchandises achetées pour Wise et lui en réclamerait le prix, et vice versa. La nouvelle politique est entrée en vigueur le 1^{er} février 1994. Avant la fin de l’année, Wise et Peoples ont été déclarées en faillite. Le syndic de Peoples a présenté contre les frères Wise une requête dans laquelle il a prétendu que ces derniers avaient privilégié les intérêts de Wise plutôt que ceux de Peoples au détriment des créanciers de Peoples, en contravention des obligations que le par. 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») leur imposait en tant qu’administrateurs. Le syndic a soutenu aussi que, au cours de l’année ayant précédé la faillite, les frères Wise étaient des parties intéressées aux transactions en vertu desquelles des biens de Peoples avaient été transférés à Wise pour une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur du marché au sens de l’art. 100 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« LFI »). En première instance, le juge a conclu que les frères Wise étaient responsables en regard des deux moyens invoqués. La Cour d’appel a infirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Les frères Wise n’ont pas manqué aux obligations que leur imposait le par. 122(1) de la LCSA, et les transactions attaquées n’étaient pas contraires à l’art. 100 de la LFI.

The fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA requires directors and officers to act in good faith and honestly *vis-à-vis* the corporation. Here, the trial judge found that there was no fraud or dishonesty in the Wise brothers' attempts to solve the mounting inventory problems of Peoples and Wise. The Wise brothers considered the serious inventory management problem and implemented a joint inventory procurement policy they hoped would solve it. In the absence of evidence of a personal interest or improper purpose in the new policy, and in light of the evidence of a desire to make both Wise and Peoples "better" corporations, the directors did not breach their fiduciary duty under s. 122(1)(a). An honest and good faith attempt to redress a corporation's financial problems does not, if unsuccessful, qualify as such a breach. The fiduciary duty does not change when a corporation is in the nebulous "vicinity of insolvency". At all times, they owe their fiduciary obligations to the corporation, and the corporations' interests are not to be confused with the interests of the creditors or those of any other stakeholder. There is no need to read the interests of creditors into the fiduciary duty set out in s. 122(1)(a) in light of the availability under the CBCA both of the oppression remedy (s. 241(2)(c)) and of an action based on the duty of care (s. 122(1)(b)).

Directors and officers will not be held to be in breach of the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA if they act prudently and on a reasonably informed basis. The standard of care is an objective one. The decisions of directors and officers must be reasonable business decisions in light of all the circumstances, including the prevailing socio-economic conditions, about which they knew or ought to have known. While courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are often involved in corporate decision-making, they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision. In this case, in adopting the joint inventory procurement policy, the directors did not breach their duty of care in respect of Peoples' creditors. The implementation of the new policy was a reasonable business decision made with a view to rectifying a serious and urgent business problem in circumstances in which no solution may have been possible. The trial judge's conclusion that the new policy led inexorably to Peoples' failure and bankruptcy was factually

L'obligation fiduciaire prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA impose aux administrateurs et aux dirigeants le devoir d'agir avec intégrité et de bonne foi aux mieux des intérêts de la société. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il n'y a eu ni fraude ni malhonnêteté de la part des frères Wise lorsqu'ils ont tenté de régler les problèmes d'approvisionnement de plus en plus graves de Peoples et de Wise. Les frères Wise ont examiné le grave problème de gestion des stocks et ont mis en application une politique d'approvisionnement commun qui, espéraient-ils, permettrait de le régler. En l'absence d'éléments de preuve de l'existence d'un intérêt personnel ou d'une fin illégitime de la nouvelle politique, et compte tenu de la preuve d'une volonté de faire de Wise et de Peoples de « meilleures » entreprises, les administrateurs n'ont pas manqué à leur obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a). On ne peut conclure à un tel manquement en cas d'échec d'une tentative faite avec intégrité et de bonne foi pour redresser la situation financière d'une société. L'obligation fiduciaire reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Ils ont en tout temps leur obligation fiduciaire envers la société, et les intérêts de la société ne doivent pas se confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée. Il n'est pas nécessaire d'interpréter les intérêts des créanciers comme étant visés par l'obligation prévue à l'al. 122(1)a) compte tenu de la possibilité, en vertu de la LCSA, d'un recours en cas d'abus de droit (al. 241(2)c)), en plus de l'action fondée sur l'obligation de diligence (al. 122(1)b)).

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. La norme de diligence est une norme objective. Les décisions des administrateurs et des dirigeants doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de toutes les circonstances, notamment les conditions socio-économiques existantes, qu'ils connaissaient ou auraient dû connaître. Si les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés, ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. En l'espèce, en adoptant la politique d'approvisionnement commun, les administrateurs n'ont pas contrevenu à leur obligation de diligence à l'égard des créanciers de Peoples. L'instauration de la nouvelle politique était une décision d'affaires raisonnable qui a été prise en vue de corriger un problème d'ordre commercial

incorrect and constituted a palpable and overriding error. Many factors other than the new policy contributed more directly to Peoples' bankruptcy.

Section 44(2) of the CBCA as it then read (the provision has since been repealed) cannot exempt directors and officers from potential liability under s. 122(1) for any financial assistance given by subsidiaries to the parent corporation. Nor can the Wise brothers successfully invoke good faith reliance on the opinion of the vice-president of administration and finance under s. 123(4)(b) of the CBCA. As a non-professional employee, the vice-president did not belong to any of the professional groups named in s. 123(4)(b). He was not an accountant, was not subject to the regulatory overview of any professional organization and did not carry independent insurance coverage for professional negligence.

The trustee's claim under s. 100 of the BIA must fail. The relevant transactions are those spanning the period from February to December 1994 when the new procurement policy was in effect. With regard to all the circumstances of this case, a disparity of slightly more than six percent between fair market value and the consideration received does not constitute a conspicuous difference.

While, in light of this conclusion, there is no need to consider whether the Wise brothers would have been "privy" to the transactions, the disagreement between the trial judge and the Court of Appeal on the interpretation of "privy" in s. 100(2) of the BIA warrants the following comments. Since the provision's remedial purpose is to reverse the effects of a transaction that stripped value from the estate of a bankrupt person, the word "privy" should be given a broad reading to include those who benefit directly or indirectly from, and have knowledge of, a transaction occurring for less than fair market value. This rationale is particularly apt when those who benefit are the controlling minds behind the transaction.

Cases Cited

Applied: *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, [2002] 4 S.C.R. 312, 2002 SCC 81; **approved:** *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; **referred to:** *Automatic Self-Cleansing Filter*

grave et urgent dans un cas où il n'existait peut-être aucune solution. En concluant que la nouvelle politique avait inexorablement entraîné le déclin et la faillite de Peoples, le juge de première instance a mal interprété les faits et a commis une erreur manifeste et dominante. De nombreux facteurs, outre la nouvelle politique, ont contribué plus directement à la faillite de Peoples.

Le paragraphe 44(2) de la LCSA qui s'appliquait à l'époque (abrogé depuis) ne permet pas de soustraire les administrateurs et les dirigeants à leur responsabilité éventuelle en vertu du par. 122(1) pour toute aide financière fournie par une filiale à sa société mère. Les frères Wise ne peuvent non plus faire valoir avec succès qu'ils s'appuyaient de bonne foi sur l'opinion du vice-président aux finances comme le prévoit l'al. 123(4)(b) de la LCSA. Le vice-président était un employé non professionnel et n'était membre d'aucun des groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)(b). Il n'était pas un comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit d'assurance-responsabilité professionnelle.

La réclamation du syndic fondée sur l'art. 100 de la LFI doit échouer. Les transactions en cause sont celles qui ont été effectuées au cours de la période de février à décembre 1994 pendant laquelle la nouvelle politique d'approvisionnement était appliquée. Compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, un écart d'un peu plus de 6 pour 100 entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue ne constitue pas une différence manifeste.

Si, compte tenu de cette conclusion, il est inutile d'examiner si les frères Wise auraient eu un « intérêt » à la transaction, le désaccord entre le juge de première instance et la Cour d'appel sur l'interprétation des mots « ayant intérêt » au par. 100(2) de la LFI justifie les observations qui suivent. Puisque l'objet réparateur de cette disposition est d'annuler les effets d'une transaction qui a diminué la valeur des actifs d'un failli, il convient de donner aux termes « ayant intérêt » un sens large afin qu'ils s'appliquent aux personnes qui tirent un avantage direct ou indirect d'une transaction tout en sachant que la contrepartie est inférieure à la juste valeur du marché. Ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque les personnes qui touchent un avantage sont les instigatrices de la transaction.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312, 2002 CSC 81; **arrêts approuvés :** *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; **arrêts**

Syndicate Co. v. Cuninghame, [1906] 2 Ch. 34; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; 820099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123, aff'd (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Teck Corp. v. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288; *Brasserie Labatt ltée v. Lanoue*, [1999] Q.J. No. 1108 (QL); *Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, rev'd [1932] 2 D.L.R. 70; *Lister v. McNulty*, [1944] S.C.R. 317; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477; *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407; *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124; *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100(1) [repl. 1997, c. 12, s. 81], (2).
Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 44(1) [rep. 2001, c. 14, s. 26], (2) [*idem*], 102(1) [repl. *idem*, s. 35], 121, 122(1) [am. *idem*, s. 135 (Sch., item 43)], 123(4) [now 123(5)], 185, 238, 239, 240, 241.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 311, 1457, 2501.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8.1.

Authors Cited

Allen, William T., Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr. "Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law" (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859.
 Beck, Stanley M. "Minority Shareholders' Rights in the 1980s". In *Corporate Law in the 80s*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1982, 311.
 Brock, Jason. "The Propriety of Profitmaking: Fiduciary Duty and Unjust Enrichment" (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 185.
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux*. Montréal: Thémis, 2002.
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vols. I and II. Ottawa: Information Canada, 1971.
 Gray, Wayne D. "Peoples v. Wise and Dylex: Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate

mentionnés : *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. c. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; 820099 *Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113, conf. par (1991), 3 B.L.R. (2d) 123; *Teck Corp. c. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288; *Brasserie Labatt ltée c. Lanoue*, [1999] J.Q. n° 1108 (QL); *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, inf. par [1932] 2 D.L.R. 70; *Lister c. McNulty*, [1944] R.C.S. 317; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Dovey c. Cory*, [1901] A.C. 477; *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407; *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Skalbania (Trustee of) c. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 311, 1457, 2501.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 44(1) [abr. 2001, ch. 14, art. 26], (2) [*idem*], 102(1) [rempl. *idem*, art. 35], 121 [mod. *idem*, art. 49], 122(1) [mod. 1994, ch. 24, art. 13], 123(4) [maintenant 123(5)], 185, 238, 239, 240, 241 [mod. 2001, ch. 14, art. 117].
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100(1) [rempl. 1997, ch. 12, art. 81], (2).

Doctrine citée

Allen, William T., Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr. « Function Over Form : A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law » (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859.
 Beck, Stanley M. « Minority Shareholders' Rights in the 1980s ». In *Corporate Law in the 80s*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ont. : Richard De Boo, 1982, 311.
 Brock, Jason. « The Propriety of Profitmaking : Fiduciary Duty and Unjust Enrichment » (2000), 58 *R.D.U.T.* 185.
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*. Montréal : Thémis, 2002.
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. I et II. Ottawa : Information Canada, 1971.
 Gray, Wayne D. « Peoples v. Wise and Dylex : Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate

Insolvency — Stasis or Pragmatism?” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 242.

Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2003, release 9).

Iacobucci, Edward M. “Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 398.

Iacobucci, Edward M., and Kevin E. Davis. “Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87.

Martel, Paul. “Le ‘voile corporatif’ — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec” (1998), 58 *R. du B.* 95.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Thomson, David. “Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 31.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] R.J.Q. 796, 224 D.L.R. (4th) 509, 41 C.B.R. (4th) 225, [2003] Q.J. No. 505 (QL), setting aside a decision of the Superior Court (1998), 23 C.B.R. (4th) 200, [1998] Q.J. No. 3571 (QL). Appeal dismissed.

Gerald F. Kandestin, Gordon Kugler and Gordon Levine, for the appellant.

Éric Lalanne and Martin Tétreault, for the respondents Lionel Wise, Ralph Wise and Harold Wise.

Ian Rose and Odette Jobin-Laberge, for the respondent Chubb Insurance Company of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR AND DESCHAMPS JJ. —

I. Introduction

¹ The principal question raised by this appeal is whether directors of a corporation owe a fiduciary duty to the corporation’s creditors comparable to the statutory duty owed to the corporation. For the reasons that follow, we conclude that directors owe a duty of care to creditors, but that duty does not rise to a fiduciary duty. We agree with the disposition of

Insolvency — Stasis or Pragmatism? » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 242.

Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2003, release 9).

Iacobucci, Edward M. « Directors’ Duties in Insolvency : Clarifying What Is at Stake » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 398.

Iacobucci, Edward M., and Kevin E. Davis. « Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87.

Martel, Paul. « Le “voile corporatif” — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec » (1998), 58 *R. du B.* 95.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Thomson, David. « Directors, Creditors and Insolvency : A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress? » (2000), 58 *R.D.U.T.* 31.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [2003] R.J.Q. 796, 224 D.L.R. (4th) 509, 41 C.B.R. (4th) 225, [2003] J.Q. n° 505 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure (1998), 23 C.B.R. (4th) 200, [1998] J.Q. n° 3571 (QL). Pourvoi rejeté.

Gerald F. Kandestin, Gordon Kugler et Gordon Levine, pour l’appelante.

Éric Lalanne et Martin Tétreault, pour les intimés Lionel Wise, Ralph Wise et Harold Wise.

Ian Rose et Odette Jobin-Laberge, pour l’intimée Chubb du Canada, Compagnie d’assurance.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES MAJOR ET DESCHAMPS —

I. Introduction

La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si les administrateurs d’une société ont, envers les créanciers de la société, une obligation fiduciaire comparable à l’obligation que leur impose la loi à l’égard de la société. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que les administrateurs ont envers les créanciers une obligation

the Quebec Court of Appeal. The appeal is therefore dismissed.

As a result of the demise in the mid-1990s of two major retail chains in eastern Canada, Wise Stores Inc. (“Wise”) and its wholly-owned subsidiary, Peoples Department Stores Inc. (“Peoples”), the indebtedness of a number of Peoples’ creditors went unsatisfied. In the wake of the failure of the two chains, Caron Bélanger Ernst & Young Inc., Peoples’ trustee in bankruptcy (“trustee”), brought an action against the directors of Peoples. To address the trustee’s claims, the extent of the duties imposed by s. 122(1) of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”), upon directors with respect to creditors must be determined; we must also identify the purpose and reach of s. 100 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”).

In our view, it has not been established that the directors of Peoples violated either the fiduciary duty or the duty of care imposed by s. 122(1) of the CBCA. As for the trustee’s submission regarding s. 100 of the BIA, we agree with the Court of Appeal that the consideration received in the impugned transactions was not “conspicuously” less than fair market value. The BIA claim fails on that basis.

II. Background

Wise was founded by Alex Wise in 1930 as a small clothing store on St-Hubert Street in Montreal. By 1992, through expansion effected by a mix of internal growth and acquisitions, it had become an enterprise operating at 50 locations with annual sales of approximately \$100 million, and it had been listed on the Montreal Stock Exchange in 1986. The stores were, for the most part, located in urban areas in Quebec. The founder’s three sons, Lionel, Ralph and Harold Wise (“Wise brothers”), were majority shareholders, officers, and directors of Wise. Together, they controlled 75 percent of the firm’s equity.

de diligence, mais cette obligation ne s’élève pas au niveau d’une obligation fiduciaire. Nous souscrivons au dispositif de la Cour d’appel du Québec. Le pourvoi est donc rejeté.

En raison de la faillite, au milieu des années 1990, de deux importantes chaînes de magasins de détail de l’Est du Canada, Wise Stores Inc. (« Wise ») et sa filiale à part entière, les Magasins à rayons Peoples Inc. (« Peoples »), de nombreuses créances de Peoples sont demeurées insatisfaites. Caron Bélanger Ernst & Young Inc., le syndic à la faillite de Peoples (« syndic »), a intenté une action contre les administrateurs de Peoples. Pour statuer sur les réclamations du syndic, il convient de déterminer l’étendue des obligations envers les créanciers qu’impose aux administrateurs le par. 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 (« LCSA »). Nous devons également préciser l’objet et la portée de l’art. 100 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »).

À notre avis, il n’a pas été démontré que les administrateurs de Peoples ont manqué à l’obligation fiduciaire ou à l’obligation de diligence qu’impose le par. 122(1) de la LCSA. Pour ce qui est de l’argument du syndic concernant l’art. 100 de la LFI, nous concluons comme la Cour d’appel que la contrepartie reçue dans le cadre des transactions contestées n’était pas « manifestement » inférieure à la juste valeur du marché. La réclamation fondée sur la LFI est rejetée pour ce motif.

II. Contexte

Wise a été fondée en 1930 par Alex Wise et était à l’origine un petit magasin de vêtements sur la rue St-Hubert, à Montréal. En 1992, l’entreprise avait élargi ses activités par sa croissance interne et des acquisitions. Elle exploitait 50 magasins dont les ventes annuelles s’élevaient à environ 100 millions de dollars et elle avait été inscrite à la Bourse de Montréal en 1986. Ses magasins se trouvaient pour la plupart dans des régions urbaines du Québec. Les trois fils du fondateur, Lionel, Ralph et Harold Wise (« frères Wise »), étaient actionnaires majoritaires, dirigeants et administrateurs de Wise. Ensemble, ils contrôlaient 75 pour 100 des actions ordinaires de l’entreprise.

2

2004 CSC 68 (CanLII)

3

4

5 In 1992, Peoples had been in business continuously in one form or another for 78 years. It had operated as an unincorporated division of Marks & Spencer Canada Inc. ("M & S") until 1991, when it was incorporated as a separate company. M & S itself was wholly owned by the large British firm, Marks & Spencer plc. ("M & S plc."). Peoples' 81 stores were generally located in rural areas, from Ontario to Newfoundland. Peoples had annual sales of about \$160 million, but was struggling financially. Its annual losses were in the neighbourhood of \$10 million.

6 Wise and Peoples competed with other chains such as Canadian Tire, Greenberg, Hart, K-Mart, M-Stores, Metropolitan Stores, Rossy, Woolco and Zellers. Retail competition in eastern Canada was intense in the early 1990s. In 1992, M-Stores went bankrupt. In 1994, Greenberg and Metropolitan Stores followed M-Stores into bankruptcy. The 1994 entry of Wal-Mart into the Canadian market, with its acquisition of over 100 Woolco stores from Woolworth Canada Inc., exerted significant additional competitive pressure on retail stores.

7 Lionel Wise, the eldest of the three brothers and Wise's executive vice-president, had expressed an interest in acquiring the ailing Peoples chain from M & S as early as 1988. Initially, M & S did not share Wise's interest for the sale, but by late 1991, M & S plc., the British parent company of M & S, had decided to divest itself of all its Canadian operations. At this point, M & S incorporated each of its three Canadian divisions to facilitate the anticipated divestiture thereof.

8 The new-found desire to sell coincided with Wise's previously expressed interest in acquiring its larger rival. Although M & S had initially hoped to sell Peoples for cash to a large firm in a solid financial condition, it was unable to do so. Consequently, negotiations got underway with representatives of Wise. A formal share purchase agreement was

En 1992, Peoples poursuivait déjà ses activités commerciales, sous une forme ou une autre, depuis 78 ans sans interruption. Elle était une division non constituée en société de Marks & Spencer Canada Inc. (« M & S ») jusqu'en 1991, année de sa constitution en société distincte. M & S était elle-même une filiale à part entière de la grande société britannique Marks & Spencer plc. (« M & S plc. »). Les 81 magasins de Peoples se trouvaient plutôt dans des régions rurales, de l'Ontario à Terre-Neuve. Les ventes annuelles de Peoples s'élevaient à environ 160 millions de dollars, mais avec des pertes annuelles d'environ 10 millions de dollars, l'entreprise se trouvait en difficulté financière.

Wise et Peoples étaient en concurrence avec d'autres chaînes comme Canadian Tire, Greenberg, Hart, K-Mart, M-Stores, Metropolitan Stores, Rossy, Woolco et Zellers. Au début des années 1990, la concurrence dans le secteur de la vente au détail dans l'Est du Canada était féroce. En 1992, M-Stores a fait faillite. En 1994, Greenberg et Metropolitan Stores ont fait faillite à leur tour. En 1994, l'arrivée sur le marché canadien de Wal-Mart, qui a acquis de Woolworth Canada Inc. plus de 100 magasins du détaillant Woolco au Canada, a soumis les commerces de vente au détail à une concurrence encore plus forte.

Dès 1988, Lionel Wise, l'aîné des trois frères et le vice-président exécutif de Wise, s'était montré intéressé à acheter de M & S la chaîne Peoples dont les activités étaient en déclin. Au départ, M & S ne partageait pas l'intérêt de Wise pour la vente, mais à la fin de 1991, M & S plc., la société mère britannique de M & S, avait décidé de mettre fin à toutes ses activités commerciales au Canada. M & S a alors constitué ses trois divisions canadiennes en sociétés distinctes pour en faciliter la vente.

Cette nouvelle volonté de vendre coïncide avec le désir manifesté auparavant par Wise d'acquérir sa grande rivale. Même si elle avait d'abord espéré vendre Peoples au comptant à une large entreprise jouissant d'une solide situation financière, M & S en est incapable. Par conséquent, elle amorce des négociations avec des représentants de Wise. Une

drawn up in early 1992 and executed in June 1992, with July 16, 1992 as its closing date.

Wise incorporated a company, 2798832 Canada Inc., for the purpose of acquiring all of the issued and outstanding shares of Peoples from M & S. The \$27-million share acquisition proceeded as a fully leveraged buyout. The portion of the purchase price attributable to inventory was discounted by 30 percent. The discount was designed to inject equity into Peoples in the fiscal year following the sale and to make use of some of the tax losses that had accumulated in prior years.

The amount of the down payment due to M & S at closing, \$5 million, was borrowed from the Toronto Dominion Bank (“TD Bank”). According to the terms of the share purchase agreement, the \$22-million balance of the purchase price would be carried by M & S and would be repaid over a period of eight years. Wise guaranteed all of 2798832 Canada Inc.’s obligations pursuant to the terms of the share purchase agreement.

To protect its interests, M & S took the assets of Peoples as security (subject to a priority in favour of the TD Bank) and negotiated strict covenants concerning the financial management and operation of the company. Among other requirements, 2798832 Canada Inc. and Wise were obligated to maintain specific financial ratios, and Peoples was not permitted to provide financial assistance to Wise. In addition, the agreement provided that Peoples could not be amalgamated with Wise until the purchase price had been paid. This prohibition was presumably intended to induce Wise to refinance and pay the remainder of the purchase price as early as possible in order to overcome the strict conditions imposed upon it under the share purchase agreement.

On January 31, 1993, 2798832 Canada Inc. was amalgamated with Peoples. The new entity retained Peoples’ corporate name. Since 2798832 Canada Inc. had been a wholly-owned subsidiary of Wise, upon amalgamation the new Peoples became a subsidiary directly owned and controlled by Wise.

convention formelle d’achat d’actions est rédigée au début de 1992 et signée en juin 1992, la date limite d’exécution étant fixée au 16 juillet 1992.

Afin d’acheter de M & S toutes les actions émises et en circulation de Peoples, Wise constitue la société 2798832 Canada Inc. L’acquisition des actions, pour une somme de 27 millions de dollars, est faite entièrement par emprunt. Une réduction de 30 pour 100 est accordée à l’égard de la partie du prix d’achat attribuable au coût des stocks. La réduction a pour but de permettre l’injection de capitaux dans Peoples au cours de l’exercice financier suivant la vente et d’utiliser certaines des pertes fiscales accumulées au cours des années précédentes.

Le versement initial dû à M & S à la signature, soit 5 millions de dollars, est emprunté à la Banque Toronto Dominion (« Banque TD »). Suivant les modalités de la convention d’achat d’actions, le reliquat de 22 millions de dollars du prix d’achat est dû à M & S et son remboursement échelonné sur une période de huit ans. Aux termes de la convention d’achat d’actions, Wise garantit solidairement toutes les obligations de 2798832 Canada Inc.

Afin de protéger ses intérêts, M & S prend les actifs de Peoples en garantie (sous réserve d’une priorité de rang en faveur de la Banque TD) et négocie des conditions strictes concernant la gestion financière et l’exploitation de la société. Notamment, 2798832 Canada Inc. et Wise ont l’obligation de maintenir des ratios financiers précis et Peoples n’est pas autorisée à fournir d’aide financière à Wise. De plus, la convention prévoit que Peoples ne peut fusionner avec Wise avant le paiement intégral du prix d’achat. Cette interdiction a vraisemblablement pour but d’inciter Wise à se refinancer et à payer le plus tôt possible le reliquat du prix d’achat afin d’écarter les conditions strictes qui lui sont imposées dans la convention d’achat d’actions.

Le 31 janvier 1993, 2798832 Canada Inc. est fusionnée avec Peoples. La nouvelle entité conserve la dénomination sociale de Peoples. Comme 2798832 Canada Inc. était une filiale à part entière de Wise au moment de la fusion, la nouvelle entité Peoples devient une filiale de Wise qui en a aussi le

9

10

11

12

The three Wise brothers were Peoples' only directors.

contrôle. Les trois frères Wise sont les seuls administrateurs de Peoples.

13 Following the acquisition, Wise had attempted to rationalize its operations by consolidating the overlapping corporate functions of Wise and Peoples, and operating as a group. The consolidation of the administration, accounting, advertising and purchasing departments of the two corporations was completed by the fall of 1993. As a consequence of the changes, many of Wise's employees worked for both firms but were paid solely by Wise. The evidence at trial was that because of the tax losses carried-forward by Peoples, it was advantageous for the group to have more expenses incurred by Wise, which, if the group was profitable as a whole, would increase its after-tax profits. Almost from the outset, the joint operation of Wise and Peoples did not function smoothly. Instead of the expected synergies, the consolidation resulted in dissonance.

Après l'acquisition, Wise avait tenté de rationaliser ses opérations en regroupant les diverses opérations de Wise et de Peoples qui se chevauchaient et en exploitant les deux entreprises comme un seul groupe. Le regroupement des services de la gestion, de la comptabilité, de la publicité et des achats des deux sociétés a été achevé à l'automne 1993. En raison de ces changements, de nombreux employés de Wise travaillaient pour les deux entreprises mais étaient payés par Wise uniquement. La preuve en première instance a démontré qu'en raison des pertes fiscales reportées de Peoples, il était avantageux pour le groupe que Wise engage davantage de dépenses, ce qui permettrait, si le groupe était rentable dans l'ensemble, d'augmenter ses bénéfices après impôt. Presque dès le début, l'exploitation en commun de Wise et de Peoples s'est avérée difficile. Au lieu de la synergie attendue, la consolidation a engendré la confusion.

14 After the acquisition, the total number of buyers for the two companies was nearly halved. The procurement policy at that point required buyers to deal simultaneously with suppliers on behalf of both Peoples and Wise. For the buyers, this nearly doubled their administrative work. Separate invoices were required for purchases made on behalf of Wise and Peoples. These invoices had to be separately entered into the system, tracked and paid.

Après l'acquisition, le nombre total d'acheteurs des deux sociétés est diminué d'environ la moitié. La politique d'approvisionnement oblige alors les acheteurs à traiter simultanément avec les fournisseurs pour le compte de Peoples et de Wise, ce qui double presque leurs tâches administratives. Des factures distinctes sont nécessaires pour les achats faits au nom de Wise et ceux faits au nom de Peoples. Ces factures doivent être inscrites séparément et faire l'objet d'un suivi et d'un paiement distincts.

15 Inventory, too, was separately recorded and tracked in the system. However, the inventory of each company was handled and stored, often unsegregated, in shared warehouse facilities. The main warehouse for Peoples, on Cousens Street in Ville St-Laurent, was maintained for and used by both firms. The Cousens warehouse saw considerable activity, as it was the central distribution hub for both chains. The facility was open 18 hours a day and employed 150 people on two shifts who handled a total of approximately 30,000 cartons daily through 20 loading docks. It was abuzz with activity.

Les stocks font aussi l'objet d'une inscription et d'un suivi distincts dans le système. Toutefois, les stocks de chacune des sociétés sont manipulés et entreposés, souvent sans être séparés, dans des entrepôts communs. L'entrepôt principal de Peoples, situé rue Cousens à Ville St-Laurent, a été conservé et utilisé par les deux entreprises. Il y a beaucoup d'activité à l'entrepôt Cousens parce qu'il s'agit du principal centre de distribution par les deux chaînes. L'entrepôt est ouvert 18 heures par jour et 150 personnes, y travaillant sur deux quarts, s'occupent de la manutention d'environ 30 000 boîtes quotidiennement sur 20 quais de chargement. L'activité y est intense.

Before long, the parallel bookkeeping combined with the shared warehousing arrangements caused serious problems for both Wise and Peoples. The actual situation in the warehouse often did not mirror the reported state of the inventory in the system. The goods of one company were often inextricably commingled and confused with the goods of the other. As a result, the inventory records of both companies were increasingly incorrect. A physical inventory count was conducted to try to rectify the situation, to little avail. Both Wise and Peoples stores experienced numerous shipping disruptions and delays. The situation, already unsustainable, was worsening.

In October 1993, Lionel Wise consulted David Clément, Wise's (and, after the acquisition, Peoples') vice-president of administration and finance, in an attempt to find a solution. In January 1994, Clément recommended and the three Wise brothers agreed that they would implement a joint inventory procurement policy ("new policy") whereby the two firms would divide responsibility for purchasing. Peoples would make all purchases from North American suppliers and Wise would, in turn, make all purchases from overseas suppliers. Peoples would then transfer to Wise what it had purchased for Wise, charging Wise accordingly, and vice versa. The new policy was implemented on February 1, 1994. It was this arrangement that was later criticized by certain creditors and by the trial judge.

Approximately 82 percent of the total inventory of Wise and Peoples was purchased from North American suppliers, which inevitably meant that Peoples would be extending a significant trade credit to Wise. The new policy was known to the directors, but was neither formally implemented in writing nor approved by a board meeting or resolution.

On April 27, 1994, Lionel Wise outlined the details of the new policy at a meeting of Wise's audit committee. A partner of Coopers & Lybrand was

Rapidement, la tenue d'une comptabilité parallèle, conjuguée à l'entrepasage en commun des marchandises, crée de graves problèmes tant pour Wise que pour Peoples. L'emplacement des marchandises dans l'entrepôt ne reflète pas toujours l'état des stocks indiqué dans le système. Les marchandises d'une société sont souvent mêlées aux marchandises de l'autre et confondues avec celle-ci. En conséquence, les fiches de stocks des deux sociétés sont de plus en plus inexactes. Un inventaire manuel des marchandises est effectué pour essayer de corriger la situation, sans grand succès. Les livraisons aux magasins de Wise et de Peoples sont souvent perturbées et en retard. La situation, déjà intolérable, empire.

En octobre 1993, Lionel Wise consulte David Clément, vice-président à l'administration et aux finances de Wise (et, après l'acquisition, de Peoples) pour tenter de trouver une solution. Au mois de janvier 1994, Clément recommande aux trois frères Wise, qui acceptent, de mettre en œuvre une politique d'approvisionnement commun (« nouvelle politique ») en vertu de laquelle les deux entreprises se partageront la responsabilité des achats. Peoples s'occupera de tous les achats auprès de fournisseurs en Amérique du Nord et Wise, pour sa part, se chargera de tous les achats faits outre-mer. Peoples transférera ensuite à Wise les marchandises achetées pour Wise et lui en réclamera le prix, et vice versa. La nouvelle politique entre en vigueur le 1^{er} février 1994. C'est cet arrangement qui fera plus tard l'objet de critiques de la part de certains créanciers et du juge de première instance.

Environ 82 pour 100 de la totalité des marchandises de Wise et de Peoples sont achetées auprès de fournisseurs nord-américains, de sorte qu'inévitablement, Peoples doit consentir à Wise un important crédit commercial. La nouvelle politique est connue des administrateurs, mais elle n'est pas formellement consignée par écrit ni approuvée lors d'une réunion du conseil d'administration ou par une résolution de celui-ci.

Le 27 avril 1994, Lionel Wise expose en détail la nouvelle politique lors d'une réunion du comité de vérification de Wise. Un associé principal de

16

17

18

19

M & S's representative on Wise's board of directors and a member of the audit committee. He attended the April 27th meeting and raised no objection to the new policy when it was introduced.

Coopers & Lybrand représente M & S au conseil d'administration de Wise et est aussi membre du comité de vérification. Il est présent à la réunion du 27 avril et ne s'oppose pas à la nouvelle politique lorsqu'elle est présentée.

20 By June 1994, financial statements prepared to reflect the financial position of Peoples as of April 30, 1994 revealed that Wise owed more than \$18 million to Peoples. Approximately \$14 million of this amount resulted from a notional transfer of inventory that was cancelled following the period's end. M & S was concerned about the situation and started an investigation, as a result of which M & S insisted that the new procurement policy be rescinded. Wise agreed to M & S's demand but took the position that the former procurement policy could not be reinstated immediately. An agreement was executed on September 27, 1994, effective July 21, 1994, and it provided that the new policy would be abandoned as of January 31, 1995. The agreement also specified that the inventory and records of the two companies would be kept separate, and that the amount owed to Peoples by Wise would not exceed \$3 million.

En juin 1994, les états financiers préparés pour indiquer la situation financière de Peoples le 30 avril 1994 révèlent que Wise doit plus de 18 millions de dollars à Peoples. De cette somme, un montant d'environ 14 millions de dollars résulte d'un transfert fictif des stocks qui ont été retournés après la fin de la période. Inquiète de la situation, M & S amorce une enquête à l'issue de laquelle elle exige l'abandon de la nouvelle politique d'approvisionnement. Wise accepte de se plier à l'exigence de M & S, mais elle indique que l'ancienne politique d'approvisionnement ne peut pas être rétablie immédiatement. Une entente prévoyant que la nouvelle politique sera abandonnée le 31 janvier 1995 est signée le 27 septembre 1994, avec effet rétroactif au 21 juillet 1994. L'entente prévoit aussi que les stocks et les registres des deux sociétés seront séparés et que la somme due à Peoples par Wise ne dépassera pas 3 millions de dollars.

21 Another result of the negotiations was that M & S accepted an increase in the amount of the TD Bank's priority to \$15 million and a new repayment schedule for the balance of the purchase price owed to M & S. The parties agreed to revise the schedule to provide for 37 monthly payments beginning in July 1995. Each of the Wise brothers also provided a personal guarantee of \$500,000 in favour of M & S.

À l'issue des négociations, M & S accepte aussi que la somme à laquelle la Banque TD a droit en priorité soit portée à 15 millions de dollars et qu'un nouvel échéancier de remboursement du reliquat du prix d'achat dû à M & S soit établi. Les parties acceptent de revoir l'échéancier de façon à prévoir 37 versements mensuels à partir de juillet 1995. Chacun des frères Wise fournit aussi à M & S une garantie personnelle de 500 000 \$.

22 In September 1994, in light of the fragile financial condition of the companies and the competitiveness of the retail market, the TD Bank announced its intention to cease doing business with Wise and Peoples as of the end of December 1994. Following negotiations, however, the bank extended its financial support until the end of July 1995. The Wise brothers promised to extend personal guarantees in favour of the TD Bank, but this did not occur.

En septembre 1994, constatant la situation financière précaire des sociétés et la compétitivité dans le secteur de la vente au détail, la Banque TD annonce son intention de cesser de faire affaire avec Wise et Peoples à la fin de décembre 1994. Toutefois, à la suite de négociations, elle prolonge son soutien financier jusqu'à la fin de juillet 1995. Les frères Wise s'engagent à fournir des garanties personnelles en faveur de la Banque TD, mais ils ne donnent pas suite à cet engagement.

23 In December 1994, three days after the Wise brothers presented financial statements showing

En décembre 1994, trois jours après la présentation par les frères Wise d'états financiers indiquant

disappointing results for Peoples in its third fiscal quarter, M & S initiated bankruptcy proceedings against both Wise and Peoples. A notice of intention to make a proposal was filed on behalf of Peoples the same day. Nonetheless, Peoples later consented to the petition by M & S, and both Wise and Peoples were declared bankrupt on January 13, 1995, effective December 9, 1994. The same day, M & S released each of the Wise brothers from their personal guarantees. M & S apparently preferred to proceed with an uncontested petition in bankruptcy rather than attempting to collect on the personal guarantees.

The assets of Wise and Peoples were sufficient to cover in full the outstanding debt owed to the TD Bank, satisfy the entire balance of the purchase price owed to M & S, and discharge almost all the landlords' lease claims. The bulk of the unsatisfied claims were those of trade creditors.

Following the bankruptcy, Peoples' trustee filed a petition against the Wise brothers. In the petition, the trustee claimed that they had favoured the interests of Wise over Peoples to the detriment of Peoples' creditors, in breach of their duties as directors under s. 122(1) of the CBCA. The trustee also claimed that the Wise brothers had, in the year preceding the bankruptcy, been privy to transactions in which property had been transferred for conspicuously less than fair market value within the meaning of s. 100 of the BIA.

Pursuant to art. 2501 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), the trustee named Chubb Insurance Company of Canada ("Chubb"), which had provided directors' insurance to Wise and its subsidiaries, as a defendant in addition to the Wise brothers.

The trial judge, Greenberg J., relying on decisions from the United Kingdom, Australia and New Zealand, held that the fiduciary duty and the duty of care under s. 122(1) of the CBCA extend to a company's creditors when a company is insolvent or in the vicinity of insolvency. Greenberg J. found that the implementation, by the Wise brothers *qua*

des résultats décevants pour le troisième trimestre de Peoples, M & S engage des procédures de faillite contre Wise et Peoples. Un avis d'intention de faire une proposition est déposé au nom de Peoples le même jour. Peoples accepte néanmoins plus tard la requête présentée par M & S, et Wise et Peoples sont déclarées en faillite le 13 janvier 1995, avec effet rétroactif au 9 décembre 1994. Le même jour, M & S accorde à chacun des frères Wise mainlevée de leurs garanties personnelles. Au lieu de tenter de réaliser les garanties personnelles, il semble que M & S préférerait que la requête en faillite ne soit pas contestée.

Les biens de Wise et de Peoples sont suffisants pour rembourser entièrement la Banque TD, pour payer le reliquat du prix de vente dû à M & S et pour payer la presque totalité des créances des locateurs. La grande majorité des créances impayées sont celles de fournisseurs.

Après la faillite, le syndic de Peoples présente contre les frères Wise une requête dans laquelle il prétend que ces derniers ont privilégié les intérêts de Wise plutôt que ceux de Peoples au détriment des créanciers de Peoples, en contravention des obligations que le par. 122(1) de la LCSA leur imposait en tant qu'administrateurs. Le syndic soutient aussi que, au cours de l'année ayant précédé la faillite, les frères Wise étaient des parties intéressées aux transactions en vertu desquelles des biens avaient été transférés pour une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur du marché au sens de l'art. 100 de la LFI.

Se fondant sur l'art. 2501 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), le syndic désigne la Compagnie d'assurance Chubb du Canada (« Chubb »), qui avait assuré les administrateurs de Wise et de ses filiales, à titre de codéfenderesse des frères Wise.

Invoquant des décisions rendues au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande, le juge Greenberg statue en première instance que l'obligation fiduciaire et l'obligation de diligence énoncées au par. 122(1) de la LCSA s'imposaient aussi à l'égard des créanciers d'une société lorsque celle-ci est insolvable ou au bord de l'insolvabilité. Il

24

25

26

27

directors of Peoples, of a corporate policy that affected both companies, had occurred while the corporation was in the vicinity of insolvency and was detrimental to the interests of the creditors of Peoples. The Wise brothers were therefore found liable and the trustee was awarded \$4.44 million in damages. As Chubb had provided insurance coverage for directors, it was also held liable. Greenberg J. also considered the alternative grounds under the BIA advanced by the trustee and found the Wise brothers liable for the same \$4.44 million amount on that ground as well. All the parties appealed.

conclut que c'est au moment où l'entreprise était au bord de l'insolvabilité que les frères Wise, en leur qualité d'administrateurs de Peoples, ont appliqué une politique corporative qui touchait les deux sociétés et qui était préjudiciable aux intérêts des créanciers de Peoples. Les frères Wise sont donc jugés responsables et des dommages-intérêts de 4,44 millions de dollars sont accordés au syndic. Comme elle avait assuré les administrateurs, Chubb est elle aussi jugée responsable. Le juge Greenberg examine également les moyens subsidiaires fondés sur la LFI qu'avait avancés le syndic et il conclut que les frères Wise doivent être tenus responsables du paiement de la somme de 4,44 millions de dollars sur le fondement de ces mêmes moyens. Toutes les parties interjettent appel.

28

The Quebec Court of Appeal, *per* Pelletier J.A., with Robert C.J.Q. and Nuss J.A. concurring, allowed the appeals by Chubb and the Wise brothers: [2003] R.J.Q. 796, [2003] Q.J. No. 505 (QL). The Court of Appeal expressed reluctance to follow Greenberg J. in equating the interests of creditors with the best interests of the corporation when the corporation was insolvent or in the vicinity of insolvency, stating that an innovation in the law such as this is a policy matter more appropriately dealt with by Parliament than the courts. In considering the trustee's claim under s. 100 of the BIA, Pelletier J.A. held that the trial judge had committed a palpable and overriding error in concluding that the amounts owed by Wise to Peoples in respect of inventory "were neither collected nor collectible" (para. 125 QL). He found that the consideration received for the transactions had been approximately 94 percent of fair market value, and he was not convinced that this disparity could be characterized as being "conspicuously" less than fair market value. Moreover, he did not accept the broad meaning the trial judge gave to the word "privy". Pelletier J.A. declined to exercise his discretion under s. 100(2) of the BIA to make an order in favour of the trustee. In view of his conclusion that the Wise brothers were not liable, Pelletier J.A. allowed the appeal with respect to Chubb.

La Cour d'appel du Québec, par la décision du juge Pelletier avec l'accord du juge en chef Robert et du juge Nuss, accueille les appels de Chubb et des frères Wise : [2003] R.J.Q. 796. La cour exprime sa réticence à assimiler, comme l'a fait le juge Greenberg, les intérêts des créanciers aux intérêts supérieurs de la société lorsque celle-ci est insolvable ou est au bord de l'insolvabilité, précisant que l'opportunité d'une telle innovation en droit est une question de politique générale qui doit être laissée à l'appréciation du législateur plutôt qu'à celle des tribunaux. Examinant la réclamation faite par le syndic en vertu de l'art. 100 de la LFI, le juge Pelletier statue que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les sommes dues par Wise à Peoples à l'égard des marchandises [TRADUCTION] « n'ont pas été recouvrées et n'étaient pas recouvrables » (par. 126). Il juge que la contrepartie des transactions effectuées représentait environ 94 pour 100 de la juste valeur du marché et il n'est pas convaincu que l'on puisse affirmer que cet écart était « manifestement » inférieur à la juste valeur du marché. De plus, il n'accepte pas le sens large donné par le juge de première instance aux termes « ayant intérêt ». Le juge Pelletier refuse d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 100(2) de la LFI et d'accorder un jugement favorable au syndic. Concluant que la responsabilité des frères Wise n'est pas engagée, il accueille l'appel en ce qui a trait à Chubb.

III. Analysis

At the outset, it should be acknowledged that according to art. 300 C.C.Q. and s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, the civil law serves as a supplementary source of law to federal legislation such as the CBCA. Since the CBCA does not entitle creditors to sue directors directly for breach of their duties, it is appropriate to have recourse to the C.C.Q. to determine how rights grounded in a federal statute should be addressed in Quebec, and more specifically how s. 122(1) of the CBCA can be harmonized with the principles of civil liability: see R. Crête and S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux* (2002), at p. 58.

This case came before our Court on the issue of whether directors owe a duty to creditors. The creditors did not bring a derivative action or an oppression remedy application under the CBCA. Instead, the trustee, representing the interests of the creditors, sued the directors for an alleged breach of the duties imposed by s. 122(1) of the CBCA. The standing of the trustee to sue was not questioned.

The primary role of directors is described in s. 102(1) of the CBCA:

102. (1) Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors shall manage, or supervise the management of, the business and affairs of a corporation.

As for officers, s. 121 of the CBCA provides that their powers are delegated to them by the directors:

121. Subject to the articles, the by-laws or any unanimous shareholder agreement,

(a) the directors may designate the offices of the corporation, appoint as officers persons of full capacity, specify their duties and delegate to them powers to manage the business and affairs of the corporation, except powers to do anything referred to in subsection 115(3);

III. Analyse

Il convient tout d'abord de reconnaître que, suivant l'art. 300 C.c.Q. et l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, le droit civil constitue une source de droit complétant les lois fédérales comme la LCSA. Comme la LCSA n'autorise pas les créanciers à poursuivre directement les administrateurs pour manquement à leurs obligations, il faut se reporter au C.c.Q. pour déterminer la façon de mettre en œuvre au Québec les droits trouvant leur fondement dans une loi fédérale et, plus spécifiquement, la façon d'harmoniser le par. 122(1) de la LCSA et les principes de la responsabilité civile : voir R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux* (2002), p. 58.

En l'espèce, notre Cour est appelée à trancher la question de savoir si les administrateurs ont des obligations envers les créanciers. Les créanciers n'ont pas exercé leurs droits par voie d'une action oblique ni par voie d'une demande de redressement pour abus de droit fondée sur la LCSA. Le syndic, représentant les intérêts des créanciers, a plutôt poursuivi les administrateurs en alléguant un manquement aux obligations que leur impose le par. 122(1) de la LCSA. La qualité du syndic d'engager les poursuites n'a pas été remise en question.

La principale fonction des administrateurs est indiquée au par. 102(1) de la LCSA :

102. (1) Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs gèrent les affaires commerciales et les affaires internes de la société ou en surveillent la gestion.

Pour ce qui est des dirigeants, l'art. 121 de la LCSA prévoit que leurs pouvoirs leur sont délégués par les administrateurs :

121. Sous réserve des statuts, des règlements administratifs ou de toute convention unanime des actionnaires, il est possible, au sein de la société :

a) pour les administrateurs, de créer des postes de dirigeants, d'y nommer des personnes pleinement capables, de préciser leurs fonctions et de leur déléguer le pouvoir de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société, sauf les exceptions prévues au paragraphe 115(3);

29

30

31

(b) a director may be appointed to any office of the corporation; and

(c) two or more offices of the corporation may be held by the same person.

Although the shareholders are commonly said to own the corporation, in the absence of a unanimous shareholder agreement to the contrary, s. 102 of the CBCA provides that it is not the shareholders, but the directors elected by the shareholders, who are responsible for managing it. This clear demarcation between the respective roles of shareholders and directors long predates the 1975 enactment of the CBCA: see *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34 (C.A.); see also art. 311 C.C.Q.

b) de nommer un administrateur à n'importe quel poste;

c) pour la même personne, d'occuper plusieurs postes.

Bien que l'on dise souvent que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise, l'art. 102 de la LCSA prévoit que, sous réserve d'une convention unanime des actionnaires, ce ne sont pas les actionnaires mais les administrateurs élus par les actionnaires qui sont chargés de sa gestion. Cette nette démarcation entre les rôles respectifs des actionnaires et des administrateurs est bien antérieure à l'adoption de la LCSA en 1975 : voir *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. c. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34 (C.A.); voir aussi l'art. 311 C.c.Q.

32 Section 122(1) of the CBCA establishes two distinct duties to be discharged by directors and officers in managing, or supervising the management of, the corporation:

122. (1) Every director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall

(a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

The first duty has been referred to in this case as the “fiduciary duty”. It is better described as the “duty of loyalty”. We will use the expression “statutory fiduciary duty” for purposes of clarity when referring to the duty under the CBCA. This duty requires directors and officers to act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. The second duty is commonly referred to as the “duty of care”. Generally speaking, it imposes a legal obligation upon directors and officers to be diligent in supervising and managing the corporation’s affairs.

Le paragraphe 122(1) de la LCSA impose deux obligations distinctes aux administrateurs et aux dirigeants dans la gestion ou la surveillance de la gestion de l'entreprise :

122. (1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir :

a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;

b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

La première obligation a été, en l'espèce, appelée « obligation fiduciaire », une notion que décrit mieux l'expression « devoir de loyauté ». Pour éviter toute confusion, nous utiliserons parfois l'expression « obligation fiduciaire prévue par la loi » pour désigner l'obligation prévue à la LCSA. Cette obligation impose aux administrateurs et aux dirigeants le devoir d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. La deuxième obligation est communément appelée « obligation de diligence ». De manière générale, elle impose aux administrateurs et aux dirigeants l'obligation légale de faire preuve de diligence dans la gestion et la surveillance de la gestion des affaires de la société.

33 The trial judge did not apply or consider separately the two duties imposed on directors by s. 122(1). As the Court of Appeal observed, the trial

Le juge de première instance n'a ni appliqué ni examiné séparément les deux obligations imposées aux administrateurs par le par. 122(1). Comme l'a

judge appears to have confused the two duties. They are, in fact, distinct and are designed to secure different ends. For that reason, they will be addressed separately in these reasons.

A. *The Statutory Fiduciary Duty: Section 122(1)(a) of the CBCA*

Considerable power over the deployment and management of financial, human, and material resources is vested in the directors and officers of corporations. For the directors of CBCA corporations, this power originates in s. 102 of the Act. For officers, this power comes from the powers delegated to them by the directors. In deciding to invest in, lend to or otherwise deal with a corporation, shareholders and creditors transfer control over their assets to the corporation, and hence to the directors and officers, in the expectation that the directors and officers will use the corporation's resources to make reasonable business decisions that are to the corporation's advantage.

The statutory fiduciary duty requires directors and officers to act honestly and in good faith *vis-à-vis* the corporation. They must respect the trust and confidence that have been reposed in them to manage the assets of the corporation in pursuit of the realization of the objects of the corporation. They must avoid conflicts of interest with the corporation. They must avoid abusing their position to gain personal benefit. They must maintain the confidentiality of information they acquire by virtue of their position. Directors and officers must serve the corporation selflessly, honestly and loyally: see K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), at p. 715.

The common law concept of fiduciary duty was considered in *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51. In that case, which involved the relationship between the government and foster children, a majority of this Court agreed

fait remarquer la Cour d'appel, le juge de première instance semble avoir confondu ces deux obligations. Il s'agit en réalité de deux obligations distinctes visant des fins différentes. C'est pourquoi nous les examinerons séparément dans les présents motifs.

A. *L'obligation fiduciaire prévue par la loi : l'al. 122(1a) de la LCSA*

Les administrateurs et les dirigeants des sociétés sont investis d'un pouvoir considérable en matière de déploiement et de gestion des ressources financières, humaines et matérielles. Dans le cas des administrateurs de sociétés constituées en vertu de la LCSA, ce pouvoir trouve sa source à l'art. 102 de la Loi. Dans le cas des dirigeants, il s'agit des pouvoirs qui leur sont délégués par les administrateurs. Lorsqu'ils décident d'investir dans une société, de lui consentir un prêt ou de faire autrement affaire avec celle-ci, les actionnaires et les créanciers cèdent le contrôle de leurs actifs à la société et, par conséquent, à ses administrateurs et à ses dirigeants et s'attendent à ce qu'ils utilisent les ressources de la société pour prendre des décisions d'affaires raisonnables qui profiteront à la société.

En vertu de l'obligation fiduciaire prévue par la loi, les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Ils doivent respecter la confiance qui leur a été accordée et gérer les actifs qui leur sont confiés de manière à réaliser les objectifs de la société. Ils doivent éviter les conflits d'intérêts avec la société. Ils ne doivent pas profiter du poste qu'ils occupent pour tirer un avantage personnel. Ils doivent préserver la confidentialité des renseignements auxquels leurs fonctions leur donnent accès. Les administrateurs et les dirigeants doivent servir la société de manière désintéressée et avec loyauté et intégrité : voir K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), p. 715.

La notion d'obligation fiduciaire de la common law a été examinée dans l'arrêt *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51. Dans cet arrêt concernant la relation entre l'État et des enfants en foyer d'accueil, notre Cour à la

with McLachlin C.J. who stated, at paras. 40-41 and 49:

Fiduciary duties arise in a number of different contexts, including express trusts, relationships marked by discretionary power and trust, and the special responsibilities of the Crown in dealing with aboriginal interests. . . .

What . . . might the content of the fiduciary duty be if it is understood . . . as a private law duty arising simply from the relationship of discretionary power and trust between the Superintendent and the foster children? In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 646-47, La Forest J. noted that there are certain common threads running through fiduciary duties that arise from relationships marked by discretionary power and trust, such as loyalty and “the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary”. However, he also noted that “[t]he obligation imposed may vary in its specific substance depending on the relationship” (p. 646). . . .

. . . concern for the best interests of the child informs the parental fiduciary relationship, as La Forest J. noted in *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at p. 65. But the duty imposed is to act loyally, and not to put one’s own or others’ interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. . . . The parent who exercises undue influence over the child in economic matters for his own gain has put his own interests ahead of the child’s, in a manner that abuses the child’s trust in him. The same may be said of the parent who uses a child for his sexual gratification or a parent who, wanting to avoid trouble for herself and her household, turns a blind eye to the abuse of a child by her spouse. The parent need not, as the Court of Appeal suggested in the case at bar, be consciously motivated by a desire for profit or personal advantage; nor does it have to be her own interests, rather than those of a third party, that she puts ahead of the child’s. It is rather a question of disloyalty — of putting someone’s interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. Negligence, even aggravated negligence, will not ground parental fiduciary liability unless it is associated with breach of trust in this sense. [Emphasis added.]

majorité a souscrit aux motifs de la juge en chef McLachlin qui a affirmé ce qui suit aux par. 40-41 et 49 :

Les obligations fiduciaires prennent naissance dans divers contextes, notamment dans le contexte des fiducies expresses, dans celui des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, ainsi que dans celui des responsabilités particulières qui incombent à l’État concernant les droits des Autochtones. . .

Quel serait [. . .] le contenu de l’obligation fiduciaire si on devait [. . .] l’interpréter comme une obligation de droit privé découlant simplement de la relation entre le surintendant et les enfants en foyer d’accueil, caractérisée par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance? Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge La Forest a souligné aux p. 646-647 que certains éléments communs se dégageaient des obligations fiduciaires issues des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, notamment la loyauté et « l’obligation d’éviter les conflits de devoirs ou d’intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire ». Il a cependant fait remarquer que « [l]a nature particulière de cette obligation peut varier selon les rapports concernés » (p. 646). . .

Le souci de promouvoir l’intérêt supérieur de l’enfant se trouve à la base de la relation fiduciaire des parents, comme l’a souligné le juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, p. 65. Mais l’obligation qui leur incombe est celle d’agir en toute loyauté et de ne pas faire passer leurs propres intérêts ou ceux d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. [. . .] Le parent qui, recherchant son propre profit, abuse de son influence sur l’enfant relativement à des questions financières fait passer ses intérêts avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. Cela vaut également pour le parent qui exploite un enfant afin d’assouvir ses désirs sexuels ou pour celui qui, voulant préserver sa tranquillité et celle de la famille, ferme les yeux sur les abus commis par son conjoint. Comme la Cour d’appel l’a dit en l’espèce, il n’est pas nécessaire que le parent soit motivé consciemment par le désir de réaliser un bénéfice ou de tirer un avantage personnel; il n’est pas non plus nécessaire qu’il préfère ses intérêts, plutôt que ceux d’un tiers, à ceux de l’enfant. Il s’agit plutôt d’un manque de loyauté — de faire passer les intérêts d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. La négligence, même grave, ne saurait engager la responsabilité fiduciaire des parents si elle n’implique pas d’abus de confiance en ce sens. [Nous soulignons.]

The issue to be considered here is the “specific substance” of the fiduciary duty based on the relationship of directors to corporations under the CBCA.

It is settled law that the fiduciary duty owed by directors and officers imposes strict obligations: see *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at pp. 609-10, *per* Laskin J. (as he then was), where it was decided that directors and officers may even have to account to the corporation for profits they make that do not come at the corporation's expense:

The reaping of a profit by a person at a company's expense while a director thereof is, of course, an adequate ground upon which to hold the director accountable. Yet there may be situations where a profit must be disgorged, although not gained at the expense of the company, on the ground that a director must not be allowed to use his position as such to make a profit even if it was not open to the company, as for example, by reason of legal disability, to participate in the transaction. An analogous situation, albeit not involving a director, existed for all practical purposes in the case of *Phipps v. Boardman* [[1967] 2 A.C. 46], which also supports the view that liability to account does not depend on proof of an actual conflict of duty and self-interest. Another, quite recent, illustration of a liability to account where the company itself had failed to obtain a business contract and hence could not be regarded as having been deprived of a business opportunity is *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [[1972] 2 All E.R. 162], a judgment of a Court of first instance. There, the managing director, who was allowed to resign his position on a false assertion of ill health, subsequently got the contract for himself. That case is thus also illustrative of the situation where a director's resignation is prompted by a decision to obtain for himself the business contract denied to his company and where he does obtain it without disclosing his intention. [Emphasis added.]

A compelling argument for making directors accountable for profits made as a result of their position, though not at the corporation's expense, is presented by J. Brock, “The Propriety of Profitmaking:

L'élément qu'il convient d'examiner en l'espèce est la « nature particulière » de l'obligation fiduciaire découlant des rapports entre les administrateurs et les sociétés en vertu de la LCSA.

Il est bien établi en droit que l'obligation fiduciaire à laquelle sont tenus les administrateurs et les dirigeants leur impose des obligations strictes : voir *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, p. 609-610, le juge Laskin (plus tard Juge en chef), où il a été décidé que les administrateurs et les dirigeants peuvent même être tenus de rendre compte à la société des profits qu'ils ont réalisés sans que ce soit aux dépens de la société :

Le fait qu'une personne retire un profit aux dépens d'une compagnie alors qu'elle en est un administrateur, constitue de toute évidence un motif valable sur lequel fonder une obligation de rendre compte. Et pourtant, il peut exister des situations où un profit doit être restitué, bien qu'il n'ait pas été acquis aux dépens de la compagnie, pour le motif qu'un administrateur ne doit pas avoir le droit de se servir de sa position comme telle aux fins de faire un profit, même si la compagnie n'avait pas la faculté, à cause, par exemple, d'une incapacité légale, de participer à l'opération. Une situation analogue, qui toutefois ne mettait pas en cause un administrateur, se retrouve à toutes fins utiles dans l'arrêt *Phipps v. Boardman* [[1967] 2 A.C. 46], où on a aussi souscrit à l'avis que l'obligation de rendre compte n'est pas subordonnée à la preuve d'un conflit réel d'intérêts et d'obligations. L'arrêt *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [[1972] 2 All E.R. 162], un jugement émanant d'une cour de première instance, est un autre exemple assez récent d'une obligation de rendre compte lorsque la compagnie elle-même n'a pas réussi à obtenir un contrat d'affaires et ne pouvait donc pas être considérée comme ayant été privée d'une occasion d'affaires. Dans cette dernière affaire, l'administrateur délégué à l'exécutif, à qui on avait permis de démissionner parce qu'il s'était faussement déclaré malade, a par la suite obtenu le contrat en son nom personnel. Cette affaire-là met aussi en évidence la situation où un administrateur donne sa démission après avoir décidé de s'approprier le contrat d'affaires refusé à sa compagnie et où il fait effectivement accepter sa démission sans révéler son intention. [Nous soulignons.]

Dans « The Propriety of Profitmaking : Fiduciary Duty and Unjust Enrichment » (2000), 58 *R.D.U.T.* 185, p. 204-205, J. Brock présente des raisons convaincantes d'exiger que les administrateurs rendent

37

38

Fiduciary Duty and Unjust Enrichment” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 185, at pp. 204-5.

39

However, it is not required that directors and officers in all cases avoid personal gain as a direct or indirect result of their honest and good faith supervision or management of the corporation. In many cases the interests of directors and officers will innocently and genuinely coincide with those of the corporation. If directors and officers are also shareholders, as is often the case, their lot will automatically improve as the corporation’s financial condition improves. Another example is the compensation that directors and officers usually draw from the corporations they serve. This benefit, though paid by the corporation, does not, if reasonable, ordinarily place them in breach of their fiduciary duty. Therefore, all the circumstances may be scrutinized to determine whether the directors and officers have acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation.

40

In our opinion, the trial judge’s determination that there was no fraud or dishonesty in the Wise brothers’ attempts to solve the mounting inventory problems of Peoples and Wise stands in the way of a finding that they breached their fiduciary duty. Greenberg J. stated:

We hasten to add that in the present case, the Wise Brothers derived no direct personal benefit from the new domestic inventory procurement policy, albeit that, as the controlling shareholders of Wise Stores, there was an indirect benefit to them. Moreover, as was conceded by the other parties herein, in deciding to implement the new domestic inventory procurement policy, there was no dishonesty or fraud on their part.

((1998), 23 C.B.R. (4th) 200, at para. 183)

The Court of Appeal relied heavily on this finding by the trial judge, as do we. At para. 83 QL, Pelletier J.A. stated that:

compte des profits qu’ils réalisent grâce au poste qu’ils occupent, même si ces profits n’ont pas été réalisés aux dépens de la société.

Cependant, il n’est pas obligatoire que les administrateurs et les dirigeants évitent dans tous les cas les gains personnels résultant directement ou indirectement de la surveillance ou de la gestion intègre et de bonne foi de la société. Dans bien des cas, les intérêts des administrateurs et des dirigeants coïncident par hasard mais légitimement avec ceux de la société. Si les administrateurs et les dirigeants sont aussi actionnaires, comme c’est souvent le cas, leur situation s’améliorera automatiquement en même temps que la situation financière de la société. Il en sera de même de la rémunération que les sociétés versent à leurs administrateurs et dirigeants. S’il est raisonnable, cet avantage, même s’il est versé par la société, n’entraîne habituellement pas la violation de leur obligation fiduciaire. Par conséquent, toutes les circonstances peuvent faire l’objet d’un examen minutieux pour déterminer si les administrateurs et les dirigeants ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.

À notre avis, le juge de première instance ayant conclu qu’il n’y a eu ni fraude ni malhonnêteté de la part des frères Wise lorsqu’ils ont tenté de régler les problèmes d’approvisionnement de plus en plus graves de Peoples et de Wise, il est impossible de conclure qu’ils ont manqué à leur obligation fiduciaire. Le juge Greenberg a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous nous empressons d’ajouter qu’en l’espèce, les frères Wise n’ont tiré aucun avantage personnel direct de la nouvelle politique d’approvisionnement commun même si, en tant qu’actionnaires majoritaires de Wise Stores, ils en ont tiré un avantage indirect. De plus, comme l’ont reconnu les autres parties à l’instance, il n’y a eu ni malhonnêteté ni fraude de leur part lorsqu’ils ont décidé d’appliquer la nouvelle politique d’approvisionnement.

((1998), 23 C.B.R. (4th) 200, par. 183)

La Cour d’appel s’est fortement appuyée sur cette conclusion du juge de première instance, tout comme nous d’ailleurs. Au paragraphe 84, le juge Pelletier a dit ce qui suit :

[TRANSLATION] In regard to fiduciary duty, I would like to point out that the brothers were driven solely by the wish to resolve the problem of inventory procurement affecting both the operations of Peoples Inc. and those of Wise. [This is a] motivation that is in line with the pursuit of the interests of the corporation within the meaning of paragraph 122(1)(a) C.B.C.A. and that does not expose them to any justified criticism.

As explained above, there is no doubt that both Peoples and Wise were struggling with a serious inventory management problem. The Wise brothers considered the problem and implemented a policy they hoped would solve it. In the absence of evidence of a personal interest or improper purpose in the new policy, and in light of the evidence of a desire to make both Wise and Peoples “better” corporations, we find that the directors did not breach their fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA. See *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (aff’d (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. Div. Ct.)), in which Farley J., at p. 171, correctly observes that in resolving a conflict between majority and minority shareholders, it is safe for directors and officers to act to make the corporation a “better corporation”.

This appeal does not relate to the non-statutory duty directors owe to shareholders. It is concerned only with the statutory duties owed under the CBCA. Insofar as the statutory fiduciary duty is concerned, it is clear that the phrase the “best interests of the corporation” should be read not simply as the “best interests of the shareholders”. From an economic perspective, the “best interests of the corporation” means the maximization of the value of the corporation: see E. M. Iacobucci, “Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 398, at pp. 400-1. However, the courts have long recognized that various other factors may be relevant in determining what directors should consider in soundly managing with a view to the best interests of the corporation. For example, in *Teck Corp. v. Millar*

À l’égard du devoir de loyauté, je rappelle que les frères n’étaient animés que du désir de solutionner le problème de gestion des inventaires, qui affectait tout autant les opérations de Peoples Inc. que celles de Wise. Voilà donc une motivation qui s’inscrit dans la poursuite des intérêts de la société au sens de l’article 122(1)a) L.C.S.A. et qui ne prête le flanc à aucun reproche justifié.

Comme nous l’avons expliqué précédemment, il est indubitable que Peoples et Wise étaient aux prises avec un grave problème de gestion des stocks. Les frères Wise ont examiné le problème et ont mis en application une politique qui, espéraient-ils, permettrait de le régler. En l’absence d’éléments de preuve de l’existence d’un intérêt personnel ou d’une fin illégitime de la nouvelle politique, et compte tenu de la preuve d’une volonté de faire de Wise et de Peoples de « meilleures » entreprises, nous concluons que les administrateurs n’ont pas manqué à leur obligation fiduciaire énoncée à l’al. 122(1)a) de la LCSA. Voir la décision *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123 (C. Ont. (Div. gén.)) (conf. par (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (C. div. Ont.)), dans laquelle le juge Farley a fait remarquer à juste titre, à la p. 171, qu’en réglant un différend entre actionnaires majoritaires et actionnaires minoritaires, il est prudent pour les administrateurs et les dirigeants d’agir de manière à faire de la société une [TRADUCTION] « meilleure entreprise ».

Le présent pourvoi ne porte pas sur l’obligation non prévue par la loi qui incombe aux administrateurs à l’égard des actionnaires. Il concerne uniquement les obligations légales que leur impose la LCSA. Pour ce qui est de l’obligation fiduciaire prévue par la loi, il est évident qu’il ne faut pas interpréter l’expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires ». D’un point de vue économique, l’expression « au mieux des intérêts de la société » s’entend de la maximisation de la valeur de l’entreprise : voir E. M. Iacobucci, « Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 398, p. 400-401. Les tribunaux reconnaissent toutefois depuis longtemps que divers autres facteurs peuvent servir à déterminer les

(1972), 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.), Berger J. stated, at p. 314:

A classical theory that once was unchallengeable must yield to the facts of modern life. In fact, of course, it has. If today the directors of a company were to consider the interests of its employees no one would argue that in doing so they were not acting *bona fide* in the interests of the company itself. Similarly, if the directors were to consider the consequences to the community of any policy that the company intended to pursue, and were deflected in their commitment to that policy as a result, it could not be said that they had not considered *bona fide* the interests of the shareholders.

I appreciate that it would be a breach of their duty for directors to disregard entirely the interests of a company's shareholders in order to confer a benefit on its employees: *Parke v. Daily News Ltd.*, [1962] Ch. 927. But if they observe a decent respect for other interests lying beyond those of the company's shareholders in the strict sense, that will not, in my view, leave directors open to the charge that they have failed in their fiduciary duty to the company.

The case of *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (Div. Ct.), approved, at p. 271, the decision in *Teck*, *supra*. We accept as an accurate statement of law that in determining whether they are acting with a view to the best interests of the corporation it may be legitimate, given all the circumstances of a given case, for the board of directors to consider, *inter alia*, the interests of shareholders, employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment.

éléments dont les administrateurs devraient tenir compte dans une gestion judicieuse au mieux des intérêts de la société. Par exemple, dans l'affaire *Teck Corp. c. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288 (C.S.C.-B.), le juge Berger a dit ce qui suit à la p. 314 :

[TRADUCTION] Une théorie classique auparavant incontestable doit être abandonnée devant l'évidence des faits de la vie moderne. C'est effectivement ce qui s'est passé. Si, aujourd'hui, les administrateurs d'une société devaient tenir compte des intérêts de ses employés, nul n'alléguerait que, ce faisant, ils n'ont pas agi de bonne foi dans l'intérêt de la société elle-même. De même, si les administrateurs devaient tenir compte des répercussions pour la collectivité d'une politique que l'entreprise a l'intention d'appliquer et ne pouvaient, en conséquence, s'en tenir à cette politique, on ne saurait dire qu'ils n'ont pas tenu compte de bonne foi des intérêts des actionnaires.

Je suis conscient que les administrateurs manqueraient à leur devoir s'ils faisaient totalement abstraction des intérêts des actionnaires d'une société afin de conférer un avantage à ses employés : *Parke c. Daily News Ltd.*, [1962] Ch. 927. Cependant, s'ils tiennent dûment compte des autres intérêts qui ne sont pas strictement ceux des actionnaires de la société, il ne sera pas possible, à mon avis, de les accuser d'avoir manqué à leur obligation fiduciaire envers la société.

Dans la décision *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (C. div.), la cour a approuvé à la p. 271 la décision *Teck*, précitée. Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que, pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement.

The various shifts in interests that naturally occur as a corporation's fortunes rise and fall do not, however, affect the content of the fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA. At all times, directors and officers owe their fiduciary obligation to the corporation. The interests of the corporation are not to be

Les changements qui se produisent naturellement dans les intérêts en cause en fonction des succès et des échecs d'une entreprise n'ont cependant aucune incidence sur le contenu de l'obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a) de la LCSA. Les administrateurs et les dirigeants ont en tout temps leur

confused with the interests of the creditors or those of any other stakeholders.

The interests of shareholders, those of the creditors and those of the corporation may and will be consistent with each other if the corporation is profitable and well capitalized and has strong prospects. However, this can change if the corporation starts to struggle financially. The residual rights of the shareholders will generally become worthless if a corporation is declared bankrupt. Upon bankruptcy, the directors of the corporation transfer control to a trustee, who administers the corporation's assets for the benefit of creditors.

Short of bankruptcy, as the corporation approaches what has been described as the "vicinity of insolvency", the residual claims of shareholders will be nearly exhausted. While shareholders might well prefer that the directors pursue high-risk alternatives with a high potential payoff to maximize the shareholders' expected residual claim, creditors in the same circumstances might prefer that the directors steer a safer course so as to maximize the value of their claims against the assets of the corporation.

The directors' fiduciary duty does not change when a corporation is in the nebulous "vicinity of insolvency". That phrase has not been defined; moreover, it is incapable of definition and has no legal meaning. What it is obviously intended to convey is a deterioration in the corporation's financial stability. In assessing the actions of directors it is evident that any honest and good faith attempt to redress the corporation's financial problems will, if successful, both retain value for shareholders and improve the position of creditors. If unsuccessful, it will not qualify as a breach of the statutory fiduciary duty.

For a discussion of the shifting interests and incentives of shareholders and creditors, see W. D. Gray,

obligation fiduciaire envers la société. Les intérêts de la société ne doivent pas se confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée.

Les intérêts des actionnaires, ceux des créanciers et ceux de la société peuvent concorder et vont concorder si l'entreprise est rentable, dispose de capitaux suffisants et a de bonnes perspectives de croissance. La situation pourra toutefois être différente si la société commence à avoir des difficultés financières. Les droits résiduels des actionnaires perdront généralement toute valeur si une société est déclarée en faillite. Au moment de la faillite, les administrateurs de la société en cèdent le contrôle à un syndic qui gère les actifs de la société au profit des créanciers.

En l'absence de faillite comme telle, lorsque la société approche ce qu'on appelle le « bord de l'insolvabilité », les droits résiduels des actionnaires seront presque épuisés. Alors que les actionnaires pourraient préférer que les administrateurs cherchent des solutions de rechange à risque et à potentiel de rendement très élevés afin de maximiser leurs droits résiduels éventuels, les créanciers, en de telles circonstances, pourraient préférer que les administrateurs adoptent une stratégie plus prudente afin de maximiser la valeur de leurs créances par rapport aux actifs de la société.

L'obligation fiduciaire des administrateurs reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Cette expression n'a pas été définie; elle ne peut être définie et n'a aucune signification en droit. Elle vise manifestement à illustrer une détérioration de la stabilité financière de la société. Dans l'évaluation des mesures prises par les administrateurs, il est évident que toute tentative faite avec intégrité et de bonne foi pour redresser la situation financière de la société aura, si elle réussit, conservé une valeur pour les actionnaires tout en améliorant la situation des créanciers. En cas d'échec, on ne pourra y voir un manquement à l'obligation fiduciaire prévue par la loi.

Pour une analyse des intérêts et de la motivation variables des actionnaires et des créanciers,

44

45

46

47

“*Peoples v. Wise and Dylex: Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate Insolvency — Stasis or Pragmatism?*” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 242, at p. 257; E. M. Iacobucci and K. E. Davis, “Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87, at p. 114. In resolving these competing interests, it is incumbent upon the directors to act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. In using their skills for the benefit of the corporation when it is in troubled waters financially, the directors must be careful to attempt to act in its best interests by creating a “better” corporation, and not to favour the interests of any one group of stakeholders. If the stakeholders cannot avail themselves of the statutory fiduciary duty (the duty of loyalty, *supra*) to sue the directors for failing to take care of their interests, they have other means at their disposal.

voir W. D. Gray, « *Peoples v. Wise and Dylex : Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate Insolvency — Stasis or Pragmatism?* » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 242, p. 257; E. M. Iacobucci et K. E. Davis, « Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87, p. 114. Pour concilier ces intérêts opposés, il incombe aux administrateurs d’agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. En utilisant leurs compétences au profit de la société lorsqu’elle a des difficultés financières, les administrateurs doivent essayer d’agir au mieux des intérêts de la société en créant une « meilleure » société, et éviter de favoriser les intérêts d’un groupe d’intéressés en particulier. Si les intéressés ne peuvent invoquer l’obligation fiduciaire prévue par la loi (le devoir de loyauté déjà mentionné) pour poursuivre les administrateurs qui auraient négligé leurs intérêts, d’autres moyens s’offrent à eux.

48

The Canadian legal landscape with respect to stakeholders is unique. Creditors are only one set of stakeholders, but their interests are protected in a number of ways. Some are specific, as in the case of amalgamation: s. 185 of the CBCA. Others cover a broad range of situations. The oppression remedy of s. 241(2)(c) of the CBCA and the similar provisions of provincial legislation regarding corporations grant the broadest rights to creditors of any common law jurisdiction: see D. Thomson, “Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 31, at p. 48. One commentator describes the oppression remedy as “the broadest, most comprehensive and most open-ended shareholder remedy in the common law world”: S. M. Beck, “Minority Shareholders’ Rights in the 1980s”, in *Corporate Law in the 80s* (1982), 311, at p. 312. While Beck was concerned with shareholder remedies, his observation applies equally to those of creditors.

Le régime juridique applicable au Canada aux parties intéressées est unique en son genre. Les créanciers ne constituent qu’une catégorie de parties intéressées, mais leurs intérêts sont protégés de nombreuses manières. Certaines mesures sont particulières, par exemple en cas de fusion : art. 185 de la LCSA. D’autres visent un large éventail de situations. Le redressement prévu en cas d’abus de droit à l’al. 241(2)c) de la LCSA et les dispositions similaires des lois provinciales sur les sociétés accordent aux créanciers les droits les plus étendus dans tous les ressorts de common law : voir D. Thomson, « Directors, Creditors and Insolvency : A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress? » (2000), 58 *R.D.U.T.* 31, p. 48. Un auteur considère que le recours en cas d’abus de droit est [TRADUCTION] « le recours le plus général, le plus complet et le plus vaste de tous les pays de common law qui soit offert aux actionnaires » : S. M. Beck, « Minority Shareholders’ Rights in the 1980s », dans *Corporate Law in the 80s* (1982), 311, p. 312. Beck traitait alors des recours offerts aux actionnaires, mais ses observations s’appliquent également aux recours offerts aux créanciers.

49

The fact that creditors’ interests increase in relevancy as a corporation’s finances deteriorate is apt to be relevant to, *inter alia*, the exercise of discretion

Le fait que les intérêts des créanciers deviennent de plus en plus importants au fur et à mesure que les finances de la société se détériorent peut être

by a court in granting standing to a party as a “complainant” under s. 238(d) of the CBCA as a “proper person” to bring a derivative action in the name of the corporation under ss. 239 and 240 of the CBCA, or to bring an oppression remedy claim under s. 241 of the CBCA.

Section 241(2)(c) authorizes a court to grant a remedy if

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer

A person applying for the oppression remedy must, in the court’s opinion, fall within the definition of “complainant” found in s. 238 of the CBCA:

(a) a registered holder or beneficial owner, and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a corporation or any of its affiliates,

(b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or any of its affiliates,

(c) the Director, or

(d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

Creditors, who are not security holders within the meaning of para. (a), may therefore apply for the oppression remedy under para. (d) by asking a court to exercise its discretion and grant them status as a “complainant”.

Section 241 of the CBCA provides a possible mechanism for creditors to protect their interests from the prejudicial conduct of directors. In our view, the availability of such a broad oppression

valable et pertinent, par exemple, lorsqu’un tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d’accorder à une partie la qualité de « plaignant » en vertu de l’al. 238d) de la LCSA parce qu’elle est la personne qui « a qualité » pour présenter une action oblique au nom d’une société en vertu des art. 239 et 240 de la LCSA, ou pour présenter une demande de redressement pour abus de droit en vertu de l’art. 241 de la LCSA.

L’alinéa 241(2)c) autorise un tribunal à accorder un redressement si

. . . la société ou l’une des personnes morales de son groupe [. . .] abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

. . . .

c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

La personne qui demande un redressement en cas d’abus de droit doit, de l’avis du tribunal, être visée par la définition de « plaignant » que l’on trouve à l’art. 238 de la LCSA :

a) Le détenteur inscrit ou le véritable propriétaire, ancien ou actuel, de valeurs mobilières d’une société ou de personnes morales du même groupe;

b) tout administrateur ou dirigeant, ancien ou actuel, d’une société ou de personnes morales du même groupe;

c) le directeur;

d) toute autre personne qui, d’après un tribunal, a qualité pour présenter les demandes visées à la présente partie.

Les créanciers qui ne sont pas détenteurs de valeurs mobilières au sens de l’al. a) peuvent donc solliciter un redressement en cas d’abus de droit en vertu de l’al. d) en demandant au tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour leur conférer la qualité de « plaignant ».

L’article 241 de la LCSA prévoit un mécanisme qui permet aux créanciers d’obtenir la protection de leurs intérêts en cas de conduite préjudiciable des administrateurs. À notre avis, l’existence d’un

remedy undermines any perceived need to extend the fiduciary duty imposed on directors by s. 122(1)(a) of the CBCA to include creditors.

52

The Court of Appeal, at paras. 98-99 QL, referred to *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, [2002] 4 S.C.R. 312, 2002 SCC 81, as an indication by this Court that the interests of creditors do not have any bearing on the assessment of the conduct of directors. However, the receiver in that case was representing the corporation's rights and not the creditors' rights; therefore, the case has no application in this appeal. *373409 Alberta* involved an action taken by the receiver on behalf of the corporation against a bank for the tort of conversion. The sole shareholder, director and officer of *373409 Alberta Ltd.*, who was also the sole shareholder, director and officer of another corporation, *Legacy Holdings Ltd.*, had deposited a cheque payable to *373409 Alberta Ltd.* into the account of *Legacy*. While it was recognized, at para. 22, that the diversion of money from *373409 Alberta Ltd.* to *Legacy* "may very well have been wrongful *vis-à-vis* [*373409 Alberta Ltd.*]'s creditors" (none of whom were involved in the action), no fraud had been committed against the corporation itself and the bank, acting on proper authority, had not wrongfully interfered with the cheque by carrying out the deposit instructions. The statutory duties of the directors were not at issue, nor were they considered, and no assessment of the creditors' rights was made. With respect, Pelletier J.A.'s broad reading of *373409 Alberta* was misplaced.

53

In light of the availability both of the oppression remedy and of an action based on the duty of care, which will be discussed below, stakeholders have viable remedies at their disposal. There is no need to read the interests of creditors into the duty set out in s. 122(1)(a) of the CBCA. Moreover, in the circumstances of this case, the Wise brothers did not breach the statutory fiduciary duty owed to the corporation.

recours aussi général en cas d'abus de droit remet en cause l'utilité apparente d'étendre aux créanciers l'obligation fiduciaire imposée aux administrateurs par l'al. 122(1)a) de la LCSA.

La Cour d'appel a indiqué, aux par. 99 et 100, que selon l'arrêt *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312, 2002 CSC 81, notre Cour considère que les intérêts des créanciers n'ont aucune incidence sur l'appréciation de la conduite des administrateurs. Cependant, dans cette affaire, le séquestre faisait valoir les droits de la société et non ceux des créanciers; par conséquent, cette décision ne s'applique pas au présent pourvoi. L'arrêt *373409 Alberta* concernait une action intentée par le séquestre au nom de la société contre une banque pour délit de détournement. L'unique actionnaire, administrateur et directeur de *373409 Alberta Ltd.*, qui était aussi l'unique actionnaire, administrateur et directeur d'une autre société, *Legacy Holdings Ltd.*, avait déposé un chèque payable à l'ordre de *373409 Alberta Ltd.* au compte de *Legacy*. Même s'il a été reconnu, au par. 22, que le détournement des fonds de *373409 Alberta Ltd.* au bénéfice de *Legacy* « peut fort bien avoir été préjudiciable aux créanciers de [*373409 Alberta Ltd.*] » (dont aucun n'était partie à l'action), aucune fraude n'avait été commise envers la société elle-même et la banque, qui avait été dûment autorisée, n'avait pas détourné injustement le chèque en se conformant aux instructions données quant au dépôt. Les obligations que la loi impose aux administrateurs n'étaient pas en litige et n'ont pas été examinées, et aucune évaluation des droits des créanciers n'a été faite. Avec égards, l'interprétation large qu'a donnée le juge Pelletier à l'arrêt *373409 Alberta* n'était pas fondée.

Compte tenu de la possibilité d'un recours en cas d'abus de droit, en plus de l'action fondée sur l'obligation de diligence, qui est analysée ci-après, les parties intéressées peuvent exercer des recours efficaces. Il n'est pas nécessaire d'interpréter les intérêts des créanciers comme étant visés par l'obligation prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA. En outre, dans les circonstances du présent pourvoi, les frères Wise n'ont pas manqué à l'obligation fiduciaire que leur impose la loi envers la société.

B. *The Statutory Duty of Care: Section 122(1)(b) of the CBCA*

As mentioned above, the CBCA does not provide for a direct remedy for creditors against directors for breach of their duties and the C.C.Q. is used as suppletive law.

In Quebec, directors have been held liable to creditors in respect of either contractual or extra-contractual obligations. Contractual liability arises where the director personally guarantees a contractual obligation of the company. Liability also arises where the director personally acts in a manner that triggers his or her extra-contractual liability. See P. Martel, “Le ‘voile corporatif’ — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec” (1998), 58 *R. du B.* 95, at pp. 135-36; *Brasserie Labatt ltée v. Lanoue*, [1999] Q.J. No. 1108 (QL) (C.A.), *per* Forget J.A., at para. 29. It is clear that the Wise brothers cannot be held contractually liable as they did not guarantee the debts at issue here. Extra-contractual liability is the remaining possibility.

To determine the applicability of extra-contractual liability in this appeal, it is necessary to refer to art. 1457 C.C.Q.:

Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody. [Emphasis added.]

Three elements of art. 1457 C.C.Q. are relevant to the integration of the director’s duty of care into the principles of extra-contractual liability: who has the duty (“every person”), to whom is the duty owed (“another”) and what breach will trigger liability (“rules of conduct”). It is clear that directors and officers come within the expression “every

B. *L’obligation de diligence prévue par la loi : l’al. 122(1)b) de la LCSA*

Tel qu’indiqué précédemment, la LCSA n’offre aux créanciers aucun recours exprès contre les administrateurs pour manquement à leurs obligations, et le C.c.Q. est employé à titre de droit supplétif.

Au Québec, les administrateurs sont tenus responsables envers les créanciers de leurs obligations contractuelles ou extracontractuelles. Il y a responsabilité contractuelle lorsque l’administrateur garantit personnellement une obligation contractuelle de la société. Sa responsabilité est aussi retenue lorsque l’administrateur agit personnellement de manière à engager sa responsabilité extracontractuelle. Voir P. Martel, « Le “voile corporatif” — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec » (1998), 58 *R. du B.* 95, p. 135-136; *Brasserie Labatt ltée c. Lanoue*, [1999] J.Q. n° 1108 (QL) (C.A.), le juge Forget, par. 29. Il est évident que les frères Wise ne peuvent être tenus responsables contractuellement puisqu’ils n’ont pas garanti les dettes en litige en l’espèce. Il reste à examiner la responsabilité extracontractuelle.

Pour déterminer s’il y a responsabilité extracontractuelle dans le présent pourvoi, il faut se reporter à l’art. 1457 C.c.Q. :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s’imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu’elle est douée de raison et qu’elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu’elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d’une autre personne ou par le fait des biens qu’elle a sous sa garde. [Nous soulignons.]

Trois éléments de l’art. 1457 C.c.Q. sont pertinents à l’intégration, dans les principes de la responsabilité extracontractuelle, de l’obligation de diligence de l’administrateur : la personne à qui incombe l’obligation (« [t]oute personne »), le bénéficiaire de l’obligation (« autrui ») et le manquement qui engage la responsabilité (« règles de conduite »).

54

55

56

person”. It is equally clear that the word “another” can include the creditors. The reach of art. 1457 C.C.Q. is broad and it has been given an open and inclusive meaning. See *Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, *per* Anglin C.J., at p. 655 (rev’d on other grounds, [1932] 2 D.L.R. 70 (P.C.)):

... to narrow the *prima facie* scope of art. 1053 C.C. [now art. 1457] is highly dangerous and would necessarily result in most meritorious claims being rejected; many a wrong would be without a remedy.

This liberal interpretation was also affirmed and treated as settled by this Court in *Lister v. McAnulty*, [1944] S.C.R. 317, and *Hôpital Notre-Dame de l’Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605.

57

This interpretation can be harmoniously integrated with the wording of the CBCA. Indeed, unlike the statement of the fiduciary duty in s. 122(1)(a) of the CBCA, which specifies that directors and officers must act with a view to the best interests of the corporation, the statement of the duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA does not specifically refer to an identifiable party as the beneficiary of the duty. Instead, it provides that “[e]very director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall . . . exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.” Thus, the identity of the beneficiary of the duty of care is much more open-ended, and it appears obvious that it must include creditors. This result is clearly consistent with the civil law interpretation of the word “another”. Therefore, if breach of the standard of care, causation and damages are established, creditors can resort to art. 1457 to have their rights vindicated. The only issue thus remaining is the determination of the “rules of conduct” likely to trigger extracontractual liability. On this issue, art. 1457 is explicit.

L’expression « [t]oute personne » englobe manifestement les administrateurs et les dirigeants. De même, le mot « autrui » peut comprendre les créanciers. L’article 1457 C.c.Q. a une portée étendue et on lui a donné un sens large et inclusif. Voir l’arrêt *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, le juge en chef Anglin, p. 655 (infirmer pour d’autres motifs, [1932] 2 D.L.R. 70 (C.P.)) :

[TRADUCTION] . . . il est très dangereux de restreindre la portée apparente de l’art. 1053 du C.c. [maintenant l’art. 1457] car cela pourrait inévitablement entraîner le rejet des demandes les mieux fondées; nombreux seraient les actes répréhensibles pour lesquels il n’existerait pas de recours.

Dans les arrêts *Lister c. McAnulty*, [1944] R.C.S. 317, et *Hôpital Notre-Dame de l’Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, notre Cour a aussi confirmé cette interprétation large et a considéré qu’elle était constante.

Il est possible d’intégrer harmonieusement cette interprétation au texte de la LCSA. En fait, contrairement à l’énoncé de l’obligation fiduciaire prévue par l’al. 122(1)a) de la LCSA, qui précise que les administrateurs et les dirigeants doivent agir au mieux des intérêts de la société, l’énoncé de l’obligation de diligence figurant à l’al. 122(1)b) de la LCSA ne précise pas une personne identifiable qui serait bénéficiaire de l’obligation. L’alinéa prévoit plutôt que « [l]es administrateurs et les dirigeants doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir [...] avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. » Ainsi, le bénéficiaire de l’obligation de diligence est identifié de façon beaucoup plus générale et il semble évident qu’il faut y inclure les créanciers. Cette solution est clairement conforme à l’interprétation que le droit civil donne au mot « autrui ». Par conséquent, si un bris de l’obligation de diligence, le lien de causalité et les dommages sont établis, les créanciers peuvent avoir recours à l’art. 1457 pour faire valoir leurs droits. La seule question qu’il reste maintenant à examiner est donc celle des « règles de conduite » susceptibles de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle. Sur ce point, l’art. 1457 est clair.

The first paragraph of art. 1457 does not set the standard of conduct. Instead, it incorporates by reference s. 122(1)(b) of the CBCA. The statutory duty of care is a “duty to abide by [a] rul[e] of conduct which lie[s] upon [them], according to the . . . law, so as not to cause injury to another”. Thus, for the purpose of determining whether the Wise brothers can be held liable, only the CBCA is relevant. It is therefore necessary to outline the requirements of the duty of care embodied in s. 122(1)(b) of the CBCA.

That directors must satisfy a duty of care is a long-standing principle of the common law, although the duty of care has been reinforced by statute to become more demanding. Among the earliest English cases establishing the duty of care were *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477 (H.L.); *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; and *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407 (C.A.). In substance, these cases held that the standard of care was a reasonably relaxed, subjective standard. The common law required directors to avoid being grossly negligent with respect to the affairs of the corporation and judged them according to their own personal skills, knowledge, abilities and capacities. See McGuinness, *supra*, at p. 776: “Given the history of the case law in this area, and the prevailing standards of competence displayed in commerce generally, it is quite clear that directors were not expected at common law to have any particular business skill or judgment.”

The 1971 report entitled *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (1971) (“Dickerson Report”) culminated the work of a committee headed by R. W. V. Dickerson which had been appointed by the federal government to study the need for new federal business corporations legislation. This report preceded the enactment of the CBCA by four years and influenced the eventual structure of the CBCA.

Le premier paragraphe de l’art. 1457 n’énonce pas la norme de conduite. Il incorpore plutôt par renvoi l’al. 122(1)b) de la LCSA. L’obligation de diligence prévue par la loi est un « devoir de respecter [une] règl[e] de conduite qui, suivant [. . .] la loi, s’impos[e] à [eux], de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ». Ainsi, pour déterminer si les frères Wise peuvent être tenus responsables, seule la LCSA est pertinente. Il est donc nécessaire de rappeler les exigences de l’obligation de diligence prévue à l’al. 122(1)b) de la LCSA.

La common law reconnaît depuis longtemps le principe suivant lequel les administrateurs sont tenus à une obligation de diligence. Cette obligation est cependant plus exigeante depuis qu’elle est accentuée par la loi. Les arrêts *Dovey c. Cory*, [1901] A.C. 477 (H.L.), *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425, et *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407 (C.A.), comptent parmi les décisions anglaises les plus anciennes à l’origine de l’obligation de diligence. Essentiellement, selon ces décisions, la norme de diligence était une norme subjective plutôt souple. La common law exigeait que les administrateurs évitent les fautes grossières eu égard aux affaires de la société et prévoyait qu’ils devaient être jugés suivant leurs compétences, leurs connaissances et leurs aptitudes personnelles. Selon McGuinness, *op. cit.*, p. 776, [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de la jurisprudence dans ce domaine et des principales normes de compétence dans le commerce en général, il est assez évident que la common law n’exigeait pas que les administrateurs possèdent des compétences spéciales en affaires ou un sens particulier des affaires. »

Le rapport de 1971 intitulé *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes* (1971) (« Rapport Dickerson ») fut l’aboutissement des travaux d’un comité présidé par R. W. V. Dickerson qui fut chargé, par le gouvernement fédéral, d’examiner s’il était nécessaire d’adopter une nouvelle loi fédérale sur les sociétés par actions. Ce rapport a précédé de quatre ans l’adoption de la LCSA et il a influencé la forme que celle-ci a finalement prise.

58

59

2004 CSC 68 (CanLII)

60

61

The standard recommended by the Dickerson Report was objective, requiring directors and officers to meet the standard of a “reasonably prudent person” (vol. II, at p. 74):

9.19

(1) Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall

. . . .

(b) exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person.

The report described how this proposed duty of care differed from the prevailing common law duty of care (vol. I, at p. 83):

242. The formulation of the duty of care, diligence and skill owed by directors represents an attempt to upgrade the standard presently required of them. The principal change here is that whereas at present the law seems to be that a director is only required to demonstrate the degree of care, skill and diligence that could reasonably be expected from him, having regard to his knowledge and experience — *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] Ch. 425 — under s. 9.19(1)(b) he is required to conform to the standard of a reasonably prudent man. Recent experience has demonstrated how low the prevailing legal standard of care for directors is, and we have sought to raise it significantly. We are aware of the argument that raising the standard of conduct for directors may deter people from accepting directorships. The truth of that argument has not been demonstrated and we think it is specious. The duty of care imposed by s. 9.19(1)(b) is exactly the same as that which the common law imposes on every professional person, for example, and there is no evidence that this has dried up the supply of lawyers, accountants, architects, surgeons or anyone else. It is in any event cold comfort to a shareholder to know that there is a steady supply of marginally competent people available under present law to manage his investment. [Emphasis added.]

62

The statutory duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA emulates but does not replicate the language proposed by the Dickerson Report. The main difference is that the enacted version includes the words “in comparable circumstances”, which modifies the

La norme recommandée dans le Rapport Dickerson était objective, obligeant les administrateurs et les dirigeants à se conformer à la norme de la « personne raisonnablement prudente » (vol. II, p. 81) :

9.19

(1) Dans l'exercice de ses pouvoirs et l'accomplissement de ses obligations tout administrateur et tout fonctionnaire d'une corporation doit

. . . .

b) exercer le soin, la diligence et de l'habileté d'une personne raisonnablement prudente.

Le rapport expliquait la distinction entre l'obligation de diligence proposée et l'obligation de diligence reconnue par la common law (vol. I, p. 92) :

242. La formulation de l'obligation de soin, de diligence et d'habileté à laquelle les administrateurs sont tenus, représente une tentative de hausser le standard de conduite présentement exigé d'eux. Le changement principal modifie la loi actuelle qui semble exiger que l'administrateur fasse preuve du degré de soin, de diligence et d'habileté auquel on pourrait raisonnablement s'attendre de lui, eu égard à sa connaissance et à son expérience (*Re City Equitable Fire Insurance Co.* (1925) Ch. 425). L'article 9.19(1)(b) lui impose l'obligation de se comporter en homme raisonnablement prudent. L'expérience récente ayant démontré que le standard de conduite généralement reconnu par la loi pour des administrateurs est fort bas, nous avons songé à le rehausser considérablement. Nous sommes conscients du fait que hausser ces standards peut faire hésiter certaines personnes à accepter un poste d'administrateur. La justesse de cet argument n'a pas été démontrée et nous le croyons spécieux. L'obligation imposée par l'article 9.19(1)(b) est exactement la même que celle imposée par la *common law* à tout professionnel. Il n'y a pourtant pas de signes que cela a tari la source des avocats, comptables, architectes, chirurgiens ou autres. De plus c'est de toute façon un bien piètre réconfort pour un actionnaire de savoir qu'il existe un vaste réservoir de personnes de compétence très moyenne qui, d'après la loi actuelle, ont la charge de gérer son investissement. [Nous soulignons.]

Le texte de l'al. 122(1)(b) de la LCSA qui énonce l'obligation de diligence reprend presque mot à mot celui que propose le Rapport Dickerson. La principale différence réside dans le fait que la version qui a été adoptée comprend les mots « en pareilles

statutory standard by requiring the context in which a given decision was made to be taken into account. This is not the introduction of a subjective element relating to the competence of the director, but rather the introduction of a contextual element into the statutory standard of care. It is clear that s. 122(1)(b) requires more of directors and officers than the traditional common law duty of care outlined in, for example, *Re City Equitable Fire Insurance*, *supra*.

The standard of care embodied in s. 122(1)(b) of the CBCA was described by Robertson J.A. of the Federal Court of Appeal in *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124, at para. 41, as being “objective subjective”. Although that case concerned the interpretation of a provision of the *Income Tax Act*, it is relevant here because the language of the provision establishing the standard of care was identical to that of s. 122(1)(b) of the CBCA. With respect, we feel that Robertson J.A.’s characterization of the standard as an “objective subjective” one could lead to confusion. We prefer to describe it as an objective standard. To say that the standard is objective makes it clear that the factual aspects of the circumstances surrounding the actions of the director or officer are important in the case of the s. 122(1)(b) duty of care, as opposed to the subjective motivation of the director or officer, which is the central focus of the statutory fiduciary duty of s. 122(1)(a) of the CBCA.

The contextual approach dictated by s. 122(1)(b) of the CBCA not only emphasizes the primary facts but also permits prevailing socio-economic conditions to be taken into consideration. The emergence of stricter standards puts pressure on corporations to improve the quality of board decisions. The establishment of good corporate governance rules should be a shield that protects directors from allegations that they have breached their duty of care. However, even with good corporate governance rules, directors’ decisions can still be open to criticism from outsiders. Canadian courts, like their counterparts in the United States, the United Kingdom, Australia and New Zealand, have tended

circumstances », ce qui modifie la norme légale en exigeant qu’il soit tenu compte du contexte dans lequel une décision donnée a été prise. Le législateur n’a pas introduit un élément subjectif relatif à la compétence de l’administrateur, mais plutôt un élément contextuel dans la norme de diligence prévue par la loi. Il est clair que l’al. 122(1)(b) est plus exigeant à l’égard des administrateurs et des dirigeants que la norme traditionnelle de diligence prévue par la common law et expliquée, par exemple, dans la décision *Re City Equitable Fire Insurance*, précitée.

Dans l’arrêt *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124, par. 41, le juge Robertson de la Cour d’appel fédérale a décrit la norme de diligence énoncée à l’al. 122(1)(b) de la LCSA comme étant une norme « objective subjective ». Même s’il portait sur l’interprétation d’une disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, cet arrêt est pertinent en l’espèce parce que le libellé de la disposition établissant la norme de diligence est identique à celui de l’al. 122(1)(b) de la LCSA. Nous estimons pour notre part que le fait, pour le juge Robertson, de qualifier la norme par l’expression « objective subjective » peut semer la confusion. Nous préférons la décrire comme une norme objective. Ainsi, il devient évident que dans le cas de l’obligation de diligence prévue à l’al. 122(1)(b), ce sont les éléments factuels du contexte dans lequel agissent l’administrateur ou le dirigeant qui sont importants, plutôt que les motifs subjectifs de ces derniers, qui sont l’objet essentiel de l’obligation fiduciaire prévue à l’al. 122(1)(a) de la LCSA.

La méthode contextuelle dictée par l’al. 122(1)(b) de la LCSA fait ressortir non seulement les faits primaires mais elle permet aussi qu’il soit tenu compte des conditions socio-économiques existantes. L’apparition de normes plus strictes force les sociétés à améliorer la qualité des décisions des conseils d’administration. L’établissement de règles de régie d’entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leur obligation de diligence. Toutefois, même en présence de règles de régie d’entreprise, les décisions des administrateurs peuvent parfois prêter le flanc aux critiques de tiers. En ce qui concerne les mesures prises pour

to take an approach with respect to the enforcement of the duty of care that respects the fact that directors and officers often have business expertise that courts do not. Many decisions made in the course of business, although ultimately unsuccessful, are reasonable and defensible at the time they are made. Business decisions must sometimes be made, with high stakes and under considerable time pressure, in circumstances in which detailed information is not available. It might be tempting for some to see unsuccessful business decisions as unreasonable or imprudent in light of information that becomes available *ex post facto*. Because of this risk of hindsight bias, Canadian courts have developed a rule of deference to business decisions called the “business judgment rule”, adopting the American name for the rule.

assurer le respect de l’obligation de diligence, les tribunaux canadiens, tout comme ceux des États-Unis, du Royaume-Uni, de l’Australie et de la Nouvelle-Zélande, ont eu tendance à tenir compte du fait que les administrateurs et les dirigeants ont souvent, en matière commerciale, des connaissances que ne possèdent pas les tribunaux. De nombreuses décisions prises dans le cours des activités d’une entreprise sont raisonnables et justifiables au moment où elles sont prises, même si elles ont éventuellement conduit à un échec. Les décisions d’affaires doivent parfois être prises dans un contexte où les renseignements sont incomplets, les enjeux sont élevés et la situation est pressante. On pourrait être tenté de considérer à la lumière de renseignements qui deviennent disponibles ultérieurement que des décisions d’affaires qui n’ont pas abouti étaient déraisonnables ou imprudentes. En raison de ce risque d’examen a posteriori, les tribunaux canadiens ont élaboré à l’égard des décisions d’affaires une règle de retenue appelée, suivant la terminologie employée aux États-Unis, la « règle de l’appréciation commerciale ».

65 In *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177, Weiler J.A. stated, at p. 192:

The law as it has evolved in Ontario and Delaware has the common requirements that the court must be satisfied that the directors have acted reasonably and fairly. The court looks to see that the directors made a *reasonable* decision not a *perfect* decision. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board’s determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board’s decision. This formulation of deference to the decision of the Board is known as the “business judgment rule”. The fact that alternative transactions were rejected by the directors is irrelevant unless it can be shown that a particular alternative was definitely available and clearly more beneficial to the company than the chosen transaction. [Emphasis added; italics in original; references omitted.]

Dans l’arrêt *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177, la juge Weiler de la Cour d’appel de l’Ontario a dit ce qui suit, à la p. 192 :

[TRADUCTION] Tels qu’ils ont évolué, le droit applicable en Ontario et celui applicable au Delaware ont une exigence commune, savoir que le tribunal doit être convaincu que les administrateurs ont agi de façon raisonnable et équitable. Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision *raisonnable* et non pas *la meilleure* décision. Dès lors que la décision prise conserve un caractère raisonnable, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si les événements ultérieurs peuvent avoir jeté le doute sur la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l’une des diverses solutions raisonnables qui s’offraient, la retenue est de mise à l’égard de la décision du conseil. Cette retenue à l’égard de la décision du conseil est ce qu’on appelle la « règle de l’appréciation commerciale ». Il importe peu que les administrateurs aient écarté d’autres transactions, sauf si on peut démontrer que l’une de ces autres transactions pouvait effectivement être réalisée et était manifestement plus avantageuse pour l’entreprise que celle qui a été choisie. [Nous soulignons; italiques dans l’original; renvois omis.]

In order for a plaintiff to succeed in challenging a business decision he or she has to establish that the directors acted (i) in breach of the duty of care and (ii) in a way that caused injury to the plaintiff: W. T. Allen, J. B. Jacobs and L. E. Strine, Jr., “Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law” (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859, at p. 892.

Directors and officers will not be held to be in breach of the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA if they act prudently and on a reasonably informed basis. The decisions they make must be reasonable business decisions in light of all the circumstances about which the directors or officers knew or ought to have known. In determining whether directors have acted in a manner that breached the duty of care, it is worth repeating that perfection is not demanded. Courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are involved in corporate decision making, but they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision at the time it was made.

The trustee alleges that the Wise brothers breached their duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA by implementing the new procurement policy to the detriment of Peoples’ creditors. After considering all the evidence, we agree with the Court of Appeal that the implementation of the new policy was a reasonable business decision that was made with a view to rectifying a serious and urgent business problem in circumstances in which no solution may have been possible. The trial judge’s conclusion that the new policy led inexorably to Peoples’ failure and bankruptcy was factually incorrect and constituted a palpable and overriding error.

In fact, as noted by Pelletier J.A., there were many factors other than the new policy that

Pour obtenir gain de cause lorsqu’il conteste une décision d’affaires, le demandeur doit établir que les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence et ce, d’une manière qui lui a causé un préjudice : W. T. Allen, J. B. Jacobs et L. E. Strine, Jr., « Function Over Form : A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law » (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859, p. 892.

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l’obligation de diligence énoncée à l’al. 122(1)b) de la LCSA s’ils ont agi avec prudence et en s’appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les décisions prises doivent constituer des décisions d’affaires raisonnables compte tenu de ce qu’ils savaient ou auraient dû savoir. Lorsqu’il s’agit de déterminer si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence, il convient de répéter que l’on n’exige pas d’eux la perfection. Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d’établir, à partir des faits de chaque cas, si l’on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu’on prétend être une décision d’affaires raisonnable au moment où elle a été prise.

Le syndic prétend que les frères Wise ont manqué à l’obligation de diligence que leur impose l’al. 122(1)b) de la LCSA en instaurant la nouvelle politique d’approvisionnement au détriment des créanciers de Peoples. Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, nous convenons avec la Cour d’appel que l’instauration de la nouvelle politique était une décision d’affaires raisonnable qui a été prise en vue de corriger un problème d’ordre commercial grave et urgent dans un cas où il n’existait peut-être aucune solution. En concluant que la nouvelle politique avait inexorablement entraîné le déclin et la faillite de Peoples, le juge de première instance a mal interprété les faits et a commis une erreur manifeste et dominante.

Comme l’a fait remarquer le juge Pelletier, de nombreux facteurs, outre la nouvelle politique, ont

66

67

68

69

contributed more directly to Peoples' bankruptcy. Peoples had lost \$10 million annually while being operated by M & S. Wise, which was only marginally profitable and solvent with annual sales of \$100 million (versus \$160 million for Peoples), had hoped to improve the performance of its new acquisition. Given that the transaction was a fully leveraged buyout, for Wise and Peoples to succeed, Peoples' performance needed to improve dramatically. Unfortunately for both Wise and Peoples, the retail market in eastern Canada had become very competitive in the early 1990s, and this trend continued with the arrival of Wal-Mart in 1994. At paras. 152 and 154 QL, Pelletier J.A. stated:

[TRANSLATION] In reality, it was that particularly unfavourable financial situation in which the two corporations found themselves that caused their downfall, and it was M. & S. that, to protect its own interests, sounded the charge in December, rightly or wrongly judging that Peoples Inc.'s situation would only worsen over time. It is crystal-clear that the bankruptcy occurred at the most propitious time for M. & S.'s interests, when inventories were high and suppliers were unpaid. In fact, M. & S. recovered the entire balance due on the selling price and almost all of the other debts it was owed.

. . . .

. . . the trial judge did not take into account the fact that the brothers derived no direct benefit from the transaction impugned, that they acted in good faith and that their true intention was to find a solution to the serious inventory management problem that each of the two corporations was facing. Because of an assessment error, he also ignored the fact that Peoples Inc. received a sizable consideration for the goods it delivered to Wise. Lastly, I note that the act for which the brothers were found liable, i.e. the adoption of a new joint inventory procurement policy, is not as serious as the trial judge made it out to be and that, in opposition to his view, the act was also not the true cause of the bankruptcy of Peoples Inc. [Emphasis added.]

contribué plus directement à la faillite de Peoples. Les pertes annuelles de Peoples, pendant qu'elle était exploitée par M & S, s'élevaient à 10 millions de dollars. Wise, qui était à peine rentable et à peine solvable avec des ventes annuelles de 100 millions de dollars (contre 160 millions de dollars pour Peoples), avait espéré accroître la rentabilité de sa nouvelle acquisition. Étant donné qu'il s'agissait d'une acquisition réalisée entièrement par emprunt, si Wise et Peoples voulaient que leurs efforts soient couronnés de succès, il devait y avoir une amélioration considérable de la rentabilité de Peoples. Malheureusement pour Wise et Peoples, la concurrence dans le marché de la vente au détail dans l'Est du Canada était devenue féroce au début des années 1990, une tendance qui s'est poursuivie avec l'arrivée de Wal-Mart en 1994. Aux paragraphes 153 et 155, le juge Pelletier a dit ce qui suit :

En réalité, c'est la présence de cette conjoncture financière particulièrement défavorable aux deux sociétés qui a provoqué leur chute et c'est M. & S. qui, pour la protection de ses intérêts propres, a sonné la charge en décembre, jugeant à tort ou à raison que la situation de Peoples Inc. ne pouvait qu'empirer avec le temps. Il saute aux yeux que la faillite est survenue au moment le plus propice aux intérêts de M. & S., lorsque les inventaires étaient élevés et les fournisseurs impayés. M. & S. a d'ailleurs récupéré la totalité du reliquat dû sur le prix de vente de même que la presque totalité de ses autres créances.

. . . .

. . . le premier juge ne tient pas compte du fait que les frères n'ont retiré aucun avantage direct de la transaction attaquée, qu'ils étaient de bonne foi et que leur intention véritable consistait à rechercher une solution au sérieux problème de gestion d'inventaire auquel chacune des deux sociétés était confrontée. En raison d'une erreur d'appréciation, il ignore aussi que Peoples Inc. a reçu une contrepartie importante pour les biens qu'elle a livrés à Wise. Je note enfin que le geste à l'origine de la condamnation, en l'occurrence, l'adoption du nouveau système d'approvisionnement commun, n'a pas le caractère de gravité que lui attribue le premier juge et que, contrairement à la perception qu'il exprime, ce geste n'a pas non plus été la véritable cause de la faillite de Peoples Inc. [Nous soulignons.]

The Wise brothers treated the implementation of the new policy as a decision made in the

Les frères Wise ont traité la mise en œuvre de la nouvelle politique comme une décision prise

ordinary course of business and, while no formal agreement evidenced the arrangement, a monthly record was made of the inventory transfers. Although this may appear to be a loose business practice, by the autumn of 1993, Wise had already consolidated several aspects of the operations of the two companies. Legally they were two separate entities. However, the financial fate of the two companies had become intertwined. In these circumstances, there was little or no economic incentive for the Wise brothers to jeopardize the interests of Peoples in favour of the interests of Wise. In fact, given the tax losses that Peoples had carried forward, the companies had every incentive to keep Peoples profitable in order to reduce their combined tax liabilities.

Arguably, the Wise brothers could have been more precise in pursuing a resolution to the intractable inventory management problems, having regard to all the troublesome circumstances involved at the time the new policy was implemented. But we, like the Court of Appeal, are not satisfied that the adoption of the new policy breached the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA. The directors cannot be held liable for a breach of their duty of care in respect of the creditors of Peoples.

The Court of Appeal relied on two additional provisions of the CBCA that in its view could rescue the Wise brothers from a finding that they breached the duty of care: ss. 44(2) and 123(4).

Section 44 of the CBCA, which was in force at the time of the impugned transactions but has since been repealed, permitted a wholly-owned subsidiary to give financial assistance to its holding body corporate:

44. (1) Subject to subsection (2), a corporation or any corporation with which it is affiliated shall not, directly or indirectly, give financial assistance by means of a loan, guarantee or otherwise

dans le cours normal des activités de l'entreprise et, même si aucune entente formelle ne constatait l'arrangement, les transferts des stocks étaient consignés mensuellement. Bien qu'on puisse penser qu'il s'agit d'une pratique commerciale peu rigoureuse, dès l'automne 1993, Wise avait déjà, en pratique, intégré plusieurs des services des deux sociétés. Légalement, il s'agissait de deux entités distinctes. Toutefois, l'avenir financier des deux sociétés était inextricablement lié. Dans les circonstances, les frères Wise n'avaient, au plan financier, aucun avantage à privilégier les intérêts de Wise au détriment de ceux de Peoples. En fait, vu les pertes fiscales que Peoples avait reportées, les deux sociétés avaient toutes les raisons de s'assurer de la rentabilité de Peoples afin de réduire leurs dettes fiscales combinées.

Les frères Wise auraient peut-être, compte tenu de la situation difficile à l'époque de l'instauration de la nouvelle politique, pu être plus minutieux dans leur recherche d'une solution aux épineux problèmes de gestion des stocks. Mais, comme la Cour d'appel, nous ne sommes pas convaincus que l'adoption de la nouvelle politique ait contrevenu à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA. Les administrateurs ne peuvent pas être tenus responsables pour manquement à leur obligation de diligence à l'égard des créanciers de Peoples.

La Cour d'appel s'est appuyée sur deux autres dispositions de la LCSA qui, selon elle, pourraient empêcher de conclure que les frères Wise ont manqué à leur obligation de diligence; il s'agit du par. 44(2) et du par. 123(4).

L'article 44 de la LCSA, qui était en vigueur à l'époque des transactions contestées mais qui a été abrogé depuis, autorisait une filiale à part entière à fournir une aide financière à sa société mère :

44. (1) Sauf dans les limites prévues au paragraphe (2), il est interdit à la société ou aux sociétés de son groupe de fournir une aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution :

71

72

73

(2) A corporation may give financial assistance by means of a loan, guarantee or otherwise

(2) La société peut accorder une aide financière, notamment sous forme de prêt ou de caution :

(c) to a holding body corporate if the corporation is a wholly-owned subsidiary of the holding body corporate;

c) à sa société mère, si elle lui appartient en toute propriété;

74 While s. 44(2) as it then read qualified the prohibition under s. 44(1), it did not serve to supplant the duties of the directors under s. 122(1) of the CBCA. The Court of Appeal erred in concluding that s. 44(2) served as a blanket legitimization of financial assistance given by wholly-owned subsidiaries to parent corporations. In our opinion, it is incumbent upon directors and officers to exercise their powers in conformity with the duties of s. 122(1).

Même s'il restreignait la portée de l'interdiction prévue au par. 44(1), l'ancien par. 44(2) ne faisait pas disparaître les obligations imposées aux administrateurs par le par. 122(1) de la LCSA. La Cour d'appel a conclu à tort que le par. 44(2) servait à légitimer de façon générale l'aide financière fournie par une filiale à part entière à sa société mère. À notre avis, il incombe aux administrateurs et aux dirigeants d'exercer leurs pouvoirs conformément aux obligations qu'impose le par. 122(1).

75 Although s. 44(2) authorized certain forms of financial assistance between corporations, this cannot exempt directors and officers from potential liability under s. 122(1) for any financial assistance given by subsidiaries to the parent corporation.

Bien qu'il autorisait certaines formules d'aide financière entre sociétés, le par. 44(2) ne permet pas de soustraire les administrateurs et les dirigeants à leur responsabilité éventuelle en vertu du par. 122(1) pour toute aide financière fournie par une filiale à sa société mère.

76 When faced with the serious inventory management problem, the Wise brothers sought the advice of the vice-president of finance, David Clément. The Wise brothers claimed as an additional argument that in adopting the solution proposed by Clément, they were relying in good faith on the judgment of a person whose profession lent credibility to his statement, in accordance with the defence provided for in s. 123(4)(b) (now s. 123(5)) of the CBCA. The Court of Appeal accepted the argument. We disagree.

Face au grave problème de gestion des stocks, les frères Wise ont demandé conseil au vice-président aux finances, David Clément. Ils ont fait valoir comme argument additionnel qu'en retenant la solution proposée par M. Clément, ils se sont fiés de bonne foi au jugement d'une personne dont la profession permettait d'accorder foi à sa déclaration, conformément au moyen de défense prévu à l'al. 123(4)b) (maintenant le par. 123(5)) de la LCSA. La Cour d'appel a retenu cet argument. Nous ne sommes pas d'accord avec celle-ci.

77 The reality that directors cannot be experts in all aspects of the corporations they manage or supervise shows the relevancy of a provision such as s. 123(4)(b). At the relevant time, the text of s. 123(4) read:

L'utilité d'une disposition telle que l'al. 123(4)b) tient à ce que les administrateurs ne peuvent connaître à fond toutes les facettes des entreprises qu'ils gèrent ou dont ils surveillent la gestion. À l'époque pertinente, le par. 123(4) prévoyait ce qui suit :

123. . . .

123. . . .

(4) A director is not liable under section 118, 119 or 122 if he relies in good faith on

(4) N'est pas engagée, en vertu des articles 118, 119 ou 122, la responsabilité de l'administrateur qui s'appuie de bonne foi sur :

(a) financial statements of the corporation represented to him by an officer of the corporation or in a written report of the auditor of the corporation fairly to reflect the financial condition of the corporation; or

(b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by him.

Although Clément did have a bachelor's degree in commerce and 15 years of experience in administration and finance with Wise, this experience does not correspond to the level of professionalism required to allow the directors to rely on his advice as a bar to a suit under the duty of care. The named professional groups in s. 123(4)(b) were lawyers, accountants, engineers, and appraisers. Clément was not an accountant, was not subject to the regulatory overview of any professional organization and did not carry independent insurance coverage for professional negligence. The title of vice-president of finance should not automatically lead to a conclusion that Clément was a person "whose profession lends credibility to a statement made by him". It is noteworthy that the word "profession" is used, not "position". Clément was simply a non-professional employee of Wise. His judgment on the appropriateness of the solution to the inventory management problem must be regarded in that light. Although we might accept for the sake of argument that Clément was better equipped and positioned than the Wise brothers to devise a plan to solve the inventory management problems, this is not enough. Therefore, in our opinion, the Wise brothers cannot successfully invoke the defence provided by s. 123(4)(b) of the CBCA but must rely on the other defences raised.

C. *The Claim Under Section 100 of the BIA*

The trustee also claimed against the Wise brothers under s. 100 of the BIA. That section reads:

100. (1) Where a bankrupt sold, purchased, leased, hired, supplied or received property or services in a reviewable transaction within the period beginning on

a) des états financiers de la société reflétant équitablement sa situation, d'après l'un de ses dirigeants ou d'après le rapport écrit du vérificateur;

b) les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations, notamment les avocats, comptables, ingénieurs ou estimateurs.

Même si M. Clément était titulaire d'un baccalauréat en commerce et qu'il avait 15 ans d'expérience en administration et en finance chez Wise, cette expérience ne correspond pas au degré de professionnalisme requis pour que les administrateurs puissent invoquer les conseils reçus de lui pour faire échec à une poursuite fondée sur l'obligation de diligence. Les groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)b) sont les avocats, les comptables, les ingénieurs et les estimateurs. Monsieur Clément n'était pas comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit à une police d'assurance-responsabilité professionnelle. On ne saurait conclure qu'en raison de son titre de vice-président aux finances, M. Clément était une personne « dont la profession permet d'accorder foi à [ses] déclarations ». Il convient de signaler que c'est le mot « profession » et non le mot « poste » qui est utilisé. Monsieur Clément était un simple employé non professionnel de Wise. C'est à la lumière de ces faits qu'il convient d'analyser son appréciation de l'opportunité de la solution proposée aux problèmes de gestion des stocks. Même si nous admettions, pour les fins de la discussion, que M. Clément était mieux en mesure que les frères Wise d'élaborer un plan destiné à régler les problèmes de gestion des stocks, cela ne suffirait pas. Par conséquent, nous estimons que les frères Wise ne peuvent faire valoir avec succès le moyen de défense prévu à l'al. 123(4)b) de la LCSA mais doivent s'appuyer sur les autres moyens de défense invoqués.

C. *La réclamation fondée sur l'art. 100 de la LFI*

Le syndic a également fondé sur l'art. 100 de la LFI sa réclamation contre les frères Wise. Selon cet article :

100. (1) Le tribunal peut, sur demande du syndic, enquêter pour déterminer si le failli qui a vendu, acheté, loué, engagé, fourni ou reçu des biens ou services au

the day that is one year before the date of the initial bankruptcy event and ending on the date of the bankruptcy, both dates included, the court may, on the application of the trustee, inquire into whether the bankrupt gave or received, as the case may be, fair market value in consideration for the property or services concerned in the transaction.

(2) Where the court in proceedings under this section finds that the consideration given or received by the bankrupt in the reviewable transaction was conspicuously greater or less than the fair market value of the property or services concerned in the transaction, the court may give judgment to the trustee against the other party to the transaction, against any other person being privy to the transaction with the bankrupt or against all those persons for the difference between the actual consideration given or received by the bankrupt and the fair market value, as determined by the court, of the property or services concerned in the transaction.

80 The provision has two principal elements. First, subs. (1) requires the transaction to have been conducted within the year preceding the date of bankruptcy. Second, subs. (2) requires that the consideration given or received by the bankrupt be “conspicuously greater or less” than the fair market value of the property concerned.

81 The word “may” is found in both ss. 100(1) and 100(2) of the BIA with respect to the jurisdiction of the court. In *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1, a majority of the Ontario Court of Appeal held that, even if the necessary preconditions are present, the exercise of jurisdiction under s. 100(1) to inquire into the transaction, and under s. 100(2) to grant judgment, is discretionary. Equitable principles guide the exercise of discretion. We agree.

82 Referring to s. 100(2) of the BIA, in *Standard Trustco, supra*, at p. 23, Weiler J.A. explained that:

When a contextual approach is adopted it is apparent that although the conditions of the section have been satisfied the court is not obliged to grant judgment. The court has a residual discretion to exercise. The contextual approach indicates that the good faith of the parties, the intention with which the transaction took place, and

moyen d’une transaction révisable, au cours de la période allant du premier jour de l’année précédant l’ouverture de la faillite jusqu’à la date de la faillite inclusivement, a donné ou reçu, selon le cas, une juste valeur du marché en contrepartie des biens ou services.

(2) Lorsque le tribunal, dans des instances en vertu du présent article, constate que la contrepartie donnée ou reçue par le failli dans la transaction révisable était manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché des biens ou services sur lesquels portait la transaction, il peut accorder au syndic un jugement contre l’autre partie à la transaction ou contre toute autre personne ayant intérêt à la transaction avec le failli ou contre toutes ces personnes, pour la différence entre la contrepartie réellement donnée ou reçue par le failli et la juste valeur du marché, telle qu’elle est déterminée par le tribunal, des biens ou services sur lesquels porte la transaction.

Cette disposition comporte deux éléments principaux. Premièrement, le par. (1) exige que la transaction soit effectuée au cours de l’année précédant la date de la faillite. Deuxièmement, le par. (2) exige que la contrepartie donnée ou reçue par le failli soit « manifestement supérieure ou inférieure » à la juste valeur marchande des biens en cause.

Le mot « peut » est utilisé tant au par. 100(1) qu’au par. 100(2) de la LFI relativement à la compétence du tribunal. Dans *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1, la Cour d’appel de l’Ontario a statué à la majorité que, même si les conditions préalables nécessaires sont remplies, l’exercice du pouvoir d’enquêter sur la transaction prévu au par. 100(1) et du pouvoir d’accorder un jugement prévu au par. 100(2) est discrétionnaire. Les principes d’équité encadrent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Nous souscrivons à cette décision.

Au sujet du par. 100(2) de la LFI, dans *Standard Trustco*, précité, p. 23, la juge Weiler a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] Lorsque la méthode contextuelle est retenue, il est évident que, même si les conditions prévues par l’article sont remplies, le tribunal n’est pas tenu d’accorder un jugement. Le tribunal exerce un pouvoir discrétionnaire résiduel. Suivant la méthode contextuelle, la bonne foi des parties, le but de la transaction et l’échange

whether fair value was given and received in the transaction are important considerations as to whether that discretion should be exercised.

We agree with Weiler J.A. and adopt her position; however, this appeal does not turn on the discretion to ultimately impose liability. In our view, the Court of Appeal did not interfere with the trial judge's exercise of discretion in reviewing the facts and finding a palpable and overriding error.

Within the year preceding the date of bankruptcy, Peoples had transferred inventory to Wise for which the trustee claimed Peoples had not received fair market value in consideration. The relevant transactions involved, for the most part, transfers completed in anticipation of the busy holiday season. Given the non-arm's length relationship between Wise and its wholly-owned subsidiary Peoples, there is no question that these inventory transfers could have constituted reviewable transactions.

We share the view of the Court of Appeal that it is not only the final transfers that should be considered. In fairness, the inventory transactions should be considered over the entire period from February to December 1994, which was the period when the new policy was in effect.

In *Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88 (C.A.), the test for determining whether the difference in consideration is "conspicuously greater or less" was held to be not whether it is conspicuous to the parties at the time of the transaction, but whether it is conspicuous to the court having regard to all the relevant factors. This is a sound approach. In that case, a difference of \$1.18 million between fair market value and the consideration received by the bankrupt was seen as conspicuous, where the fair market value was \$6.6 million, leaving a discrepancy of more than 17 percent. While there is no particular percentage that definitively sets the threshold for a conspicuous difference, the percentage difference is a factor.

d'une contrepartie représentant la juste valeur du marché sont des éléments importants pour déterminer s'il y a lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

Nous sommes d'accord avec la juge Weiler et nous adoptons sa position; toutefois, le présent pourvoi ne porte pas sur le pouvoir discrétionnaire d'imposer ultimement une responsabilité. À notre avis, la Cour d'appel ne s'est pas ingérée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en examinant les faits et en concluant à l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

Au cours de l'année qui a précédé la faillite, Peoples a transféré à Wise des marchandises pour lesquelles, selon le syndic, Peoples n'a pas reçu de contrepartie représentant la juste valeur du marché. Les transactions en cause concernaient principalement les transferts effectués en prévision de la période occupée que constitue le temps des Fêtes. Vu le lien de dépendance entre Wise et Peoples, sa filiale à part entière, il n'y a aucun doute que ces transferts de stocks auraient pu constituer des transactions révisables.

Nous estimons comme la Cour d'appel qu'il ne faut pas se contenter d'examiner les derniers transferts. En toute équité, il convient d'analyser les transactions effectuées au cours de toute la période de février à décembre 1994, soit la période pendant laquelle la nouvelle politique était appliquée.

Selon l'arrêt *Skalbania (Trustee of) c. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88 (C.A.), le critère permettant de déterminer si la différence entre la contrepartie et sa juste valeur marchande est « manifestement supérieure ou inférieure » n'est pas de savoir si la différence est manifeste pour les parties au moment de la transaction, mais plutôt si elle l'est pour le tribunal eu égard à tous les facteurs pertinents. Il s'agit d'une méthode judiciaire. Dans cette affaire, une différence de 1,18 million de dollars entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue par le failli a été jugée manifeste, la juste valeur du marché étant de 6,6 millions de dollars, ce qui laissait un écart de plus de 17 pour 100. Bien qu'aucun pourcentage particulier ne soit fixé pour déterminer ce qui constitue une différence manifeste, le pourcentage de différence constitue un facteur.

83

84

85

86

As for the factors that would be relevant to this determination, the court might consider, *inter alia*: evidence of the margin of error in valuing the types of assets in question; any appraisals made of the assets in question and evidence of the parties' honestly held beliefs regarding the value of the assets in question; and other circumstances adduced in evidence by the parties to explain the difference between the consideration received and fair market value: see L. W. Houlden and G. B. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 4-114.1.

87

Over the lifespan of the new policy, Peoples transferred to Wise inventory valued at \$71.54 million. As of the date of bankruptcy, it had received \$59.50 million in property or money from Wise. As explained earlier, the trial judge adjusted the outstanding difference down to a balance of \$4.44 million after taking into account, *inter alia*, the reallocation of general and administrative expenses, and adjustments necessitated by imported inventory transferred from Wise to Peoples. Neither party disputed these figures before this Court. We agree with the Court of Appeal's observation that these findings directly conflict with the trial judge's assertion that Peoples had received no consideration for the inventory transfers on the basis that the outstanding accounts were "neither collected nor collectible" from Wise. Like Pelletier J.A., we conclude that the trial judge's finding in this regard was a palpable and overriding error, and we adopt the view of the Court of Appeal.

88

We are not satisfied that, with regard to all the circumstances of this case, a disparity of slightly more than 6 percent between fair market value and the consideration received constitutes a "conspicuous" difference within the meaning of s. 100(2) of the BIA. Accordingly, we hold that the trustee's claim under the BIA also fails.

Pour ce qui est des autres facteurs qui seraient pertinents à cette décision, le tribunal peut examiner notamment les facteurs suivants : la preuve de la marge d'erreur dans l'évaluation du type de biens en cause; les évaluations qui ont été faites des biens en cause et la preuve de la croyance sincère des parties en ce qui a trait à la valeur de ces biens; les autres éléments présentés en preuve par les parties pour expliquer la différence entre la contrepartie obtenue et la juste valeur du marché : voir L. W. Houlden et G. B. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 4-114.1.

Pendant la période d'application de la nouvelle politique, Peoples a transféré à Wise des stocks d'une valeur de 71,54 millions de dollars. À la date de la faillite, elle avait reçu de Wise des biens ou des sommes s'élevant à 59,5 millions de dollars. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le juge de première instance a ramené la différence à un solde de 4,44 millions de dollars après avoir tenu compte, notamment, de la nouvelle répartition des frais généraux et administratifs et des rajustements nécessaires découlant des transferts par Wise à Peoples des stocks importés. Aucune des parties n'a contesté ces chiffres devant notre Cour. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel qui a fait remarquer que ces conclusions contredisent directement ce qu'a dit le juge de première instance, savoir que Peoples n'avait reçu aucune contrepartie pour les transferts de stocks puisque les comptes recevables [TRADUCTION] « n'ont pas été recouvrés et n'étaient pas recouvrables » de Wise. Comme le juge Pelletier, nous estimons que la conclusion du juge de première instance à cet égard était une erreur manifeste et dominante et nous souscrivons au point de vue de la Cour d'appel.

Nous ne sommes pas convaincus que, compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, un écart d'un peu plus de 6 pour 100 entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue constitue une différence « manifeste » au sens du par. 100(2) de la LFI. Par conséquent, nous statuons que la réclamation du syndic fondée sur la LFI échoue également.

In addition to permitting the court to give judgment against the other party to the transaction, s. 100(2) of the BIA also permits it to give judgment against someone who was not a party but was “privy” to the transaction. Given our finding that the consideration for the impugned transactions was not “conspicuously less” than fair market value, there is no need to consider whether the Wise brothers would have been “privy” to the transaction for the purpose of holding them liable under s. 100(2). Nonetheless, the disagreement between the trial judge and the Court of Appeal on the interpretation of “privy” in s. 100(2) of the BIA warrants the following observations.

The trial judge in this appeal had little difficulty finding that the Wise brothers were privy to the transaction within the meaning of s. 100(2). Pelletier J.A., however, preferred a narrow construction in finding that the Wise brothers were not privy to the transactions. He held, at para. 135 QL, that:

[TRANSLATION] . . . the legislator wanted to provide for the case in which a person other than the co-contracting party of the bankrupt actually received all or part of the benefit resulting from the lack of equality between the respective considerations.

To support this direct benefit requirement, Pelletier J.A. also referred to the French version which uses the term *ayant intérêt*. While he conceded that the respondent brothers received an indirect benefit from the inventory transfers as shareholders of Wise, Pelletier J.A. found this too remote to be considered “privy” to the transactions (paras. 139-40 QL).

The primary purpose of s. 100 of the BIA is to reverse the effects of a transaction that stripped value from the estate of a bankrupt person. It makes sense to adopt a more inclusive understanding of the word “privy” to prevent someone who might receive indirect benefits to the detriment of a bankrupt’s unsatisfied creditors from frustrating the provision’s remedial purpose. The word “privy” should be given a broad reading to include those who benefit directly or indirectly from and have knowledge of a transaction occurring for less than fair market value. In our opinion, this rationale is particularly apt when

Le paragraphe 100(2) de la LFI autorise le tribunal à accorder un jugement non seulement contre l’autre partie à la transaction, mais aussi contre une partie non contractante « ayant intérêt » à la transaction. Comme nous avons conclu que la contrepartie reçue dans les transactions contestées n’était pas « manifestement inférieure » à la juste valeur du marché, il est inutile d’examiner si les frères Wise auraient eu un « intérêt » à la transaction qui permettrait de conclure à leur responsabilité en vertu du par. 100(2). Quoi qu’il en soit, le désaccord entre le juge de première instance et la Cour d’appel sur l’interprétation des mots « ayant intérêt » au par. 100(2) de la LFI justifie les observations suivantes.

En l’espèce, le juge de première instance n’a pas hésité à conclure que les frères Wise avaient un intérêt à la transaction au sens du par. 100(2). Cependant, le juge Pelletier a privilégié une interprétation stricte en concluant que les frères Wise n’avaient pas intérêt aux transactions. Il a dit ce qui suit au par. 136 :

Le législateur me semble avoir voulu prévoir le cas où c’est une personne autre que le cocontractant du failli qui, en réalité, encaisse tout ou partie du bénéfice résultant de l’absence d’équivalence entre les contreparties respectives.

Pour justifier cette exigence d’un avantage direct, le juge Pelletier a mentionné le texte français où l’on utilise l’expression « ayant intérêt ». Même s’il a admis que les frères intimés ont, en leur qualité d’actionnaires de Wise, tiré un avantage indirect des transferts de stocks, le juge Pelletier a conclu que cet avantage était trop éloigné pour qu’ils aient eu un « intérêt » aux transactions (par. 140-141).

L’article 100 de la LFI a principalement pour objet d’annuler les effets d’une transaction qui a diminué la valeur des actifs d’un failli. Il est logique d’adopter une conception plus large des termes « ayant intérêt » pour éviter qu’une personne qui pourrait tirer un avantage indirect au détriment des créanciers du failli puisse contrecarrer l’objet réparateur de cette disposition. Il convient de donner aux termes « ayant intérêt » un sens large afin qu’ils s’appliquent aux personnes qui tirent un avantage direct ou indirect d’une transaction tout en sachant que la contrepartie est inférieure à la juste valeur du

those who benefit are the controlling minds behind the transaction.

92 A finding that a person was “privy” to a reviewable transaction does not of course necessarily mean that the court will exercise its discretion to make a remedial order against that person. For liability to be imposed, it must be established that the transaction occurred: (a) within the past year; (b) for consideration conspicuously greater or less than fair market value; (c) with the person’s knowledge; and (d) in a way that directly or indirectly benefited the person. In addition, after having considered the context and all the above factors, the judge must conclude that the case is a proper one for holding the person liable. In light of these conditions and of the discretion exercised by the judge, we find that a broad reading of “privy” is appropriate.

IV. Disposition

93 For the foregoing reasons, we would dismiss the appeal with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Kugler Kandestin, Montréal.

Solicitors for the respondents Lionel Wise, Ralph Wise and Harold Wise: de Grandpré Chait, Montréal.

Solicitors for the respondent Chubb Insurance Company of Canada: Lavery, de Billy, Montréal.

marché. À notre avis, ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque les personnes qui touchent un avantage sont les instigatrices de la transaction.

Conclure qu’une personne a « intérêt » à la transaction révisable ne signifie évidemment pas que le tribunal exercera son pouvoir discrétionnaire pour rendre une ordonnance réparatrice contre cette personne. Pour conclure à la responsabilité de cette personne, il doit être démontré que la transaction est effectuée a) au cours de l’année précédente, b) en échange d’une contrepartie manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché, c) au su de la personne en cause, et d) d’une manière qui a permis à la personne de tirer un avantage direct ou indirect. De plus, après avoir examiné le contexte et tous les facteurs ci-dessus, le juge doit conclure qu’il y a lieu dans ce cas d’imposer une responsabilité à la personne. Compte tenu de ces conditions et du pouvoir discrétionnaire exercé par le juge, nous concluons qu’une interprétation large des termes « ayant intérêt » s’impose.

IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante : Kugler Kandestin, Montréal.

Procureurs des intimés Lionel Wise, Ralph Wise et Harold Wise : de Grandpré Chait, Montréal.

Procureurs de l’intimée Chubb du Canada, Compagnie d’assurance : Lavery, de Billy, Montréal.