

T-2118-05  
2008 FC 802

T-2118-05  
2008 CF 802

**The Right Honourable Jean Chrétien** (*Applicant*)

**Le très honorable Jean Chrétien** (*demandeur*)

v.

c.

**The Honourable John H. Gomery, in his quality as Ex-Commissioner of the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities and The Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**L'honorable John H. Gomery, en sa qualité d'ex-commissaire de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires et le procureur général du Canada** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: CHRÉTIEN v. CANADA (EX-COMMISSIONER, COMMISSION OF INQUIRY INTO THE SPONSORSHIP PROGRAM AND ADVERTISING ACTIVITIES) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : CHRÉTIEN c. CANADA (EX-COMMISSAIRE, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DE COMMANDITES ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES) (C.F.)**

Federal Court, Teitelbaum D.J.—Ottawa, February 19, 20, 21, 25, 26, 27, April 15 and June 26, 2008.

Cour fédérale, juge suppléant Teitelbaum—Ottawa, 19, 20, 21, 25, 26 et 27 février, 15 avril et 26 juin 2008.

*Inquiries — Judicial review alleging breach of duty of procedural fairness by Commissioner of Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities — Commission created to investigate Government of Canada sponsorship program, advertising activities after Auditor General of Canada reporting problems in 2003 with management of Sponsorship Program — Content of duty of procedural fairness owed to persons appearing before Commission of Inquiry — Commissioner, who was given mandate to investigate, report on program, and make recommendations based on factual findings, making comments on record, to media, and after inquiry concluded — Such comments indicating Commissioner prejudged issues, not impartial toward applicant — Reasonable apprehension of bias on part of Commissioner — Commissioner's findings set aside — Application allowed.*

*Enquêtes — Contrôle judiciaire au motif qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'équité procédurale de la part du commissaire de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires — La Commission a été établie à la suite de questions soulevées dans le rapport de 2003 de la vérificatrice générale du Canada concernant le Programme de commandites du gouvernement du Canada — Teneur de l'obligation d'équité procédurale due aux personnes comparaisant devant la commission d'enquête — Le commissaire, qui s'est vu confier le mandat de faire enquête et rapport sur le programme, et formuler ensuite des recommandations sur ses conclusions de fait, a fait des commentaires officiellement aux médias, de même qu'après l'enquête — Ces commentaires dénotent que le commissaire a préjugé des questions, et qu'il n'a pas été impartial envers le demandeur — Il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire — Ses conclusions ont été infirmées — Demande accueillie.*

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Judicial review alleging breach of duty of procedural fairness by Commissioner of Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities — Commissioner, John Gomery, given mandate to investigate, report on program, make recommendations based on factual findings — Content of duty of procedural fairness owed to persons appearing before Commission of Inquiry — Potential damage findings could have on reputations of parties involved warranting high degree of fairness — Comments made by Commissioner on record, to media, and after inquiry concluded indicating he prejudged issues, was not impartial toward applicant — Reasonable*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Contrôle judiciaire au motif qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'équité procédurale de la part du commissaire de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires — Le commissaire, John Gomery, s'est vu confier le mandat de faire enquête et rapport sur le programme, et formuler ensuite des recommandations sur ses conclusions de fait — Teneur de l'obligation d'équité procédurale due aux personnes comparaisant devant la Commission d'enquête — L'atteinte que pouvaient causer les conclusions aux réputations des parties visées justifiait un degré élevé d'équité — Les commentaires que le commissaire a faits officiellement aux*

*apprehension of bias on part of Commissioner, duty of fairness breached — Only appropriate forum in which decision maker is to become engaged is within hearing room of proceeding being presided upon.*

This was an application for judicial review in respect of the report of the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities entitled *Who is Responsible?: Fact Finding Report*. The Commission was established as a result of questions raised in the Auditor General of Canada's 2003 Report concerning the federal government's Sponsorship Program. Its Commissioner, the Honourable Justice John H. Gomery, was given a double mandate to investigate and report on the program, and to make recommendations based on his factual findings. In compliance with his mandate, the Commissioner was required to submit two reports. The scope of this judicial review was limited to the first report, wherein the Commissioner was to provide his factual conclusions after completing the hearings of Phase I of his mandate.

At issue was whether Commissioner Gomery breached the duty of procedural fairness by, *inter alia*, demonstrating a reasonable apprehension of bias.

*Held*, the application should be allowed.

The requirements of procedural fairness depend on the nature and function of the administrative board. The five factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* were considered to determine the content of the duty of fairness owed to persons appearing before the Commission. Although the nature of the proceedings did not provide for the same level of procedural fairness as that required in a trial, the potential damage that the findings of the Commission could have on the reputations of the parties involved in the investigation was of such serious consequence that a high degree of fairness was required. The standard of impartiality expected of a decision maker is variable depending on his or her role and function.

There was more than sufficient evidence to find that an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, would find a reasonable apprehension of bias on the part of the Commissioner. His comments on the record, to the media, and after the inquiry had concluded, viewed cumulatively, not only indicated that he prejudged issues but also that he was not impartial toward the applicant. Among other things, the Commissioner was not in a position to confirm the findings of the Auditor General or to conclude that the Sponsorship Program was "run in a catastrophically bad way" after

*médias, de même qu'après l'enquête, dénotent qu'il a préjugé des questions et qu'il n'a pas été impartial envers le demandeur — Il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire et donc un manquement à l'obligation d'équité — La seule tribune appropriée qu'un décideur doit fréquenter est la salle d'audience où se déroule la procédure même qu'il préside.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire relativement au rapport de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires publié sous le titre : *Qui est responsable? : Rapport factuel*. La Commission a été établie à la suite de questions soulevées dans le rapport de 2003 de la vérificatrice générale du Canada concernant le Programme de commandites du gouvernement fédéral. Son commissaire, l'honorable John H. Gomery, s'est vu attribuer un double mandat : faire enquête et rapport sur le programme, et formuler ensuite des recommandations sur ses conclusions de fait. Conformément à son mandat, le commissaire était tenu de soumettre deux rapports. Le contrôle judiciaire en l'espèce se limitait au premier rapport, où le commissaire devait présenter ses conclusions de fait à l'issue des audiences relatives à la phase I de son mandat.

La question à trancher était celle de savoir si le commissaire Gomery a manqué à l'obligation d'équité procédurale en suscitant, entre autres, une crainte raisonnable de partialité.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les exigences de l'équité procédurale dépendent de la nature et de la fonction de la commission administrative. Les cinq facteurs dégagés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* ont été pris en compte pour déterminer la teneur de l'obligation d'équité due aux personnes qui comparaissent devant la Commission. Même si la nature de l'instance ne prévoyait pas le même degré d'équité procédurale que dans le cadre d'un procès, l'atteinte que pouvaient causer les conclusions de la Commission aux réputations des parties visées par l'enquête avait une conséquence si grave qu'il était nécessaire d'accorder un degré élevé d'équité. Le critère de l'impartialité attendue d'un décideur varie suivant le rôle et la fonction du décideur en question.

Les éléments de preuve étaient plus que suffisants pour conclure qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, jugerait que le commissaire a suscité une crainte raisonnable de partialité. Les commentaires, lorsqu'on les considère cumulativement, que le commissaire a faits officiellement aux médias, de même qu'après l'enquête, dénotent non seulement que celui-ci a préjugé certaines questions, mais aussi qu'il n'a pas été impartial envers le demandeur. Après seulement trois mois d'audience, le commissaire n'était pas en mesure de confirmer les conclusions de la vérificatrice générale ou de

conducting only three months of hearings, as he had not heard the testimony of all witnesses who were to appear before the Commission. Also, to conclude that the mismanagement was “catastrophic” before hearing all the evidence undermined the very purpose of the Commission of Inquiry, creating a sense that the proceedings were perfunctory in nature. Other comments made by Commissioner Gomery before all the evidence had been heard trivialized the proceedings and bore a pejorative connotation. Still others damaged the applicant’s reputation by fostering suspicion of the applicant and raising doubts about his integrity. The applicant was put in a position in which he was caused to appear before a commission that had publicly questioned his conduct and integrity before he had even appeared before it. The Commissioner’s preoccupation with the media outside the hearing room had a detrimental impact on the fairness of the proceedings. The only appropriate forum in which a decision maker is to become engaged is within the hearing room of the very proceeding over which he or she is presiding. Comments revealing impressions and conclusions related to the proceedings should not be made extraneous to the proceedings either prior, concurrently or even after the proceedings have concluded. For these reasons, the findings in the Commissioner’s report, as they related to the applicant, were set aside.

conclure que le Programme de commandites était « dirigé de manière catastrophique » puisqu’il n’avait pas entendu le témoignage de tous les témoins qui devaient comparaître devant la Commission. De même, le fait de conclure que la mauvaise gestion avait été « catastrophique » avant d’avoir entendu la totalité de la preuve minait l’objet même de la Commission d’enquête, donnant ainsi l’impression que les procédures étaient tenues pour la forme. D’autres commentaires faits par le commissaire Gomery avant d’avoir entendu la totalité de la preuve ont banalisé les procédures et comportaient une connotation péjorative. D’autres encore ont entaché la réputation du demandeur en suscitant des doutes à son égard et quant à son intégrité. Le demandeur a été mis dans une situation où il était tenu de comparaître devant une commission qui avait mis en doute publiquement sa conduite et son intégrité, avant qu’il ait même comparu devant elle. La préoccupation du commissaire à l’égard des médias, à l’extérieur de la salle d’audience, a eu un effet préjudiciable sur l’équité des procédures. La seule tribune appropriée qu’un décideur doit fréquenter est la salle d’audience où se déroule la procédure même qu’il préside. Il faut éviter de faire des commentaires révélant des impressions et des conclusions liées aux procédures à l’extérieur de ces dernières, soit avant, soit en même temps, soit même après leur conclusion. Pour ces motifs, il convient d’infirmier les conclusions figurant dans le rapport du commissaire qui ont trait au demandeur.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 312.  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 12, 13.  
 Order in Council P.C. 2004-110, February 19, 2004.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; (2000), 189 D.L.R. (4th) 96; 32 Admin. L.R. (3d) 292; 256 N.R. 85 (C.A.); *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2004-110, le 19 février 2004.  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 12, 13.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 312.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d’enquête sur le système d’approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.); *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

## CONSIDERED:

*Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708; 47 Admin. L.R. (2d) 244; 212 N.E. 357 (C.A.); revg [1997] 1 F.C. 911; (1997), 144 D.L.R. (4th) 493; 126 F.T.R. 241 (T.D.); *Addy v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces in Somalia)*, [1997] 3 F.C. 784; 149 D.L.R. (4th) 118; 50 Admin. L.R. (2d) 111; 133 F.T.R. 81 (T.D.); *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.); *Reg. v. Gough*, [1993] A.C. 646 (H.L.); *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259; (2003), 231 D.L.R. (4th) 1; [2004] 2 W.W.R. 1; 19 B.C.L.R. (4th) 195; 7 Admin. L.R. (4th) 1; [2004] 1 C.N.L.R. 342; 40 C.P.C. (5th) 1; 309 N.R. 201; 2003 SCC 45; *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein* (2002), 23 C.P.R. (4th) 5; 299 N.R. 244; 2002 FCA 503; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249; (2002), 245 N.B.R. (2d) 201; 209 D.L.R. (4th) 1; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; 2002 SCC 11; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 372 N.R. 1; 2008 SCC 9; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Beno v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 F.C. 499; (2002), 216 F.T.R. 45; 2002 FCT 142; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; 2003 SCC 29; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392; (2005), 263 D.L.R. (4th)

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *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 (C.A.); infirmant [1997] 1 C.F. 911 (1<sup>re</sup> inst.); *Addy c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 3 C.F. 784 (1<sup>re</sup> inst.); *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.); *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.); *Reg. v. Gough*, [1993] A.C. 646 (H.L.); *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259; 2003 CSC 45; *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers' Association*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein*, 2002 CAF 503; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 240; (2002), 245 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201; 2002 CSC 11; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; 2008 CSC 9; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Beno c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 499; 2002 CFPI 142; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392; 2005 CAF 404; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49.

113; 44 Admin. L.R. (4th) 4; [2006] CLLC 230-002; 344 N.R. 257; 2005 FCA 404; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195; (2004), 236 D.L.R. (4th) 485; 11 Admin. L.R. (4th) 306; 34 Imm. L.R. (3d) 157; 316 N.R. 299; 2004 FCA 49.

## AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. *Restoring Accountability: Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006.

Canada. Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. *Who is Responsible?: Fact Finding Report*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2005.

Canada. Office of the Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*, November 2003, online: <[http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/parl\\_oag\\_200311\\_e\\_1126.html](http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/parl_oag_200311_e_1126.html)>.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press Canada, 2004, “juicy”.

Perreault, François. *Inside Gomery*, trans. by Carl Angers. Toronto: Douglas & McIntyre, 2006.

APPLICATION for judicial review alleging a breach of the duty of procedural fairness by the Commissioner of the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. Application allowed.

## APPEARANCES

*David W. Scott, Q.C.* and *Peter K. Doody* for applicant.

*Raynold Langlois, Q.C.*, *Marie H. Cossette* and *Marie-Geneviève Masson* for respondent John H. Gomery.

*Francisco Couto* and *Sylvain Lussier* for respondent Attorney General of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for applicant.

*Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, for respondent John H. Gomery.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Bureau de la vérificatrice générale. *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, novembre 2003, en ligne : <[http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl\\_oag\\_200311\\_f\\_1126.html](http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_200311_f_1126.html)>.

Canada. Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires. *Qui est responsable? : Rapport factuel*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2005.

Canada. Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires. *Rétablir l'imputabilité : Recommandations*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto: Oxford University Press Canada, 2004, «juicy».

Perreault, François. *Gomery : l'enquête*. Montréal : Éditions de l'Homme, 2006.

DEMANDE de contrôle judiciaire au motif qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'équité procédurale de la part du commissaire de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*David W. Scott, c.r.* et *Peter K. Doody* pour le demandeur.

*Raynold Langlois, c.r.*, *Marie H. Cossette* et *Marie-Geneviève Masson* pour le défendeur John H. Gomery.

*Francisco Couto* et *Sylvain Lussier* pour le défendeur le procureur général du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.*, Ottawa, pour le demandeur.

*Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, pour le défendeur John H. Gomery.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur le procureur général du Canada.



*The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by*

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

[1] TEITELBAUM D.J.: This is an application for judicial review brought by the applicant, the Right Honourable Jean Chrétien (the applicant), in respect of the Fact Finding Report of the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities, dated November 1, 2005, entitled *Who is Responsible?: Fact Finding Report* [also referred to as Phase I Report].

[1] LE JUGE SUPPLÉANT TEITELBAUM : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur, le très honorable Jean Chrétien (le demandeur), relativement au rapport factuel que la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires a publié en date du 1<sup>er</sup> novembre 2005, sous le titre : *Qui est responsable? : Rapport factuel* [aussi désigné sous le nom rapport, phase I]

## BACKGROUND

[2] The Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities (the Commission) was created by Order in Council P.C. 2004-110 on February 19, 2004, pursuant to Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. The Order in Council appointed the Honourable Mr. Justice John Howard Gomery (as he then was) as Commissioner and set the terms of reference. The Commissioner was given a double mandate to investigate and report on the sponsorship program and advertising activities of the Government of Canada and to make recommendations based on his factual findings to prevent mismanagement of sponsorship programs or advertising activities in the future.

[3] The Commission was established as a result of questions raised in Chapters 3 and 4 of the Auditor General of Canada's November 2003 Report (the Auditor General's Report [*Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*]), which reported problems with the management of the federal government's Sponsorship Program, the selection of communications agencies for the government's advertising activities, contract management, and the measuring and reporting of value-for-money. The Auditor General's Report also noted that there was a lack of transparency in decision making, a lack of written program guidelines, and a failure to inform Parliament of the Sponsorship Program, including its objectives, expenditures, and the results it achieved.

## CONTEXTE

[2] La Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires (la Commission) a été créée par le Décret C.P. 2004-110 le 19 février 2004, en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. C'est par ce Décret qu'a été nommé l'honorable John Howard Gomery (alors juge) à titre de commissaire et qu'a été fixé le cadre de référence de l'enquête. Le commissaire s'est vu attribuer un double mandat : faire enquête et rapport sur le programme de commandites et les activités publicitaires du gouvernement du Canada, et formuler ensuite des recommandations fondées sur ses conclusions de fait en vue de prévenir la mauvaise gestion des futurs programmes de commandites ou activités publicitaires.

[3] La Commission a été établie à la suite de questions soulevées aux chapitres 3 et 4 du Rapport de novembre 2003 de la vérificatrice générale du Canada (le Rapport de la vérificatrice générale [*Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*]), qui faisait état de problèmes posés par la gestion du Programme de commandites du gouvernement fédéral, le choix d'agences de communication pour les activités publicitaires du gouvernement, la gestion de contrats, ainsi que les activités de mesure et de déclaration relatives à l'optimisation des ressources. Dans son rapport, la vérificatrice générale signalait également le manque de transparence du processus décisionnel, l'absence de lignes directrices écrites concernant le programme, de même que l'omission d'informer le

[4] In compliance with his mandate, the Commissioner was required to submit two reports to the Governor General. In the first report (the Phase I Report), the Commissioner was to provide his factual conclusions after completing the hearings of Phase I of his mandate, which was defined as follows:

(a) to investigate and report on questions raised, directly or indirectly, by Chapters 3 and 4 of the November 2003 Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons with regard to the sponsorship program and advertising activities of the Government of Canada, including

- (i) the creation of the sponsorship program,
- (ii) the selection of communications and advertising agencies,
- (iii) the management of the sponsorship program and advertising activities by government officials at all levels,
- (iv) the receipt and use of any funds or commissions disbursed in connection with the sponsorship program and advertising activities by any person or organization, and
- (v) any other circumstance directly related to the sponsorship program and advertising activities that the Commissioner considers relevant to fulfilling his mandate.

[5] The second report was to be prepared in the context of Phase II of the mandate and was aimed at presenting the Commissioner's recommendations. This second Phase was defined as follows:

(b) to make any recommendations that he considers advisable, based on the factual findings made under paragraph (a), to prevent mismanagement of sponsorship programs or advertising activities in the future, taking into account the initiatives announced by the Government of Canada on February 10, 2004, namely,

- (i) the introduction of legislation to protect "whistleblowers", relying in part on the report of the Working Group on the Disclosure of Wrongdoing,
- (ii) the introduction of changes to the governance of Crown corporations that fall under Part X of the *Financial Administration Act* to ensure that audit committees are strengthened,

Parlement du Programme de commandites, y compris ses objectifs, ses dépenses et les résultats obtenus.

[4] Conformément à son mandat, le commissaire était tenu de soumettre deux rapports à la gouverneure générale. Dans le premier (le rapport, phase I), il devait présenter ses conclusions de fait à l'issue des audiences relatives à la phase I de son mandat, qui était définie comme suit :

a) de faire enquête et de faire rapport sur les questions soulevées, directement ou indirectement, par les chapitres 3 et 4 du Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes, novembre 2003, concernant le programme de commandites et les activités publicitaires du gouvernement du Canada, notamment :

- (i) la création du programme de commandites,
- (ii) la sélection d'agences de communication et de publicité,
- (iii) la gestion du programme de commandites et des activités publicitaires par les responsables à tous les niveaux,
- (iv) la réception et l'usage, par toute personne ou organisation, de fonds ou de commissions octroyés à l'égard du programme de commandites et des activités publicitaires,
- (v) toute autre question directement liée au programme de commandites et aux activités publicitaires que le commissaire juge utile à l'accomplissement de son mandat.

[5] Le second rapport devait être produit dans le contexte de la phase II du mandat et avait pour but de présenter les recommandations du commissaire. Cette seconde phase était définie comme suit :

b) de formuler les recommandations qui lui semblent opportunes, d'après les faits révélés par l'enquête faite au titre de l'alinéa a), en vue de prévenir la mauvaise gestion des futurs programmes de commandites ou activités publicitaires, en tenant compte des mesures que le gouvernement du Canada a annoncées le 10 février 2004, notamment :

- (i) le dépôt d'un projet de loi visant à protéger les « dénonciateurs », projet fondé en partie sur le rapport du Groupe de travail sur la divulgation des actes fautifs,
- (ii) l'instauration de changements à la gestion des sociétés d'État visées par la partie X de la *Loi sur la gestion des finances publiques* afin de donner plus de pouvoir aux comités de vérification,

(iii) an examination of

(A) the possible extension of the *Access to Information Act* to all Crown corporations,

(B) the adequacy of the current accountability framework with respect to Crown corporations, and

(C) the consistent application of the provisions of the *Financial Administration Act* to all Crown corporations,

(iv) a report on proposed changes to the *Financial Administration Act* in order to enhance compliance and enforcement, including the capacity to

(A) recover lost funds, and

(B) examine whether sanctions should apply to former public servants, Crown corporation employees and public office holders, and

(v) a report on the respective responsibilities and accountabilities of Ministers and public servants as recommended by the Auditor General of Canada.

[6] Although the Commissioner was given a broad mandate, the terms of reference made the express limitation that the Commissioner was “to perform his duties without expressing any conclusions or recommendation regarding the civil or criminal liability of any person or organization and to ensure that the conduct of the inquiry does not jeopardize any ongoing criminal investigation or criminal proceedings” (paragraph *k*, Order in Council).

[7] To assist him in completing this mandate, the Commissioner had the support of administrative staff and legal counsel. Mr. Bernard Roy, Q.C., was appointed as lead Commission counsel. Mr. François Perreault acted as the Commission’s communications advisor and was responsible for media relations.

[8] The public hearings were held from September 7, 2004 until June 17, 2005, during which time 172 witnesses were heard. The hearings were completed in two phases. The Phase I hearings took place from September 2004 to February 2005. The Phase II hearings were held from February to May 2005. The Phase I and II Reports were submitted to the Governor General and

(iii) l’examen des questions suivantes :

(A) la possibilité d’appliquer la *Loi sur l’accès à l’information* à toutes les sociétés d’État,

(B) l’efficacité du régime actuel de reddition de comptes en ce qui concerne les sociétés d’État,

(C) l’application uniforme de la *Loi sur la gestion des finances publiques* à toutes les sociétés d’État,

(iv) l’établissement d’un rapport sur les changements à apporter à la *Loi sur la gestion des finances publiques* pour en favoriser le respect et le contrôle d’application, notamment pour permettre :

(A) le recouvrement de fonds détournés,

(B) l’examen de l’opportunité d’infliger des sanctions aux anciens fonctionnaires, employés des sociétés d’État et titulaires de charges publiques,

(v) l’établissement d’un rapport sur la responsabilité des ministres et des fonctionnaires, selon la recommandation de la vérificatrice générale du Canada.

[6] Le mandat confié au commissaire était vaste, mais le cadre de référence de l’enquête comportait une limite expresse : le commissaire devait « exercer ses fonctions en évitant de formuler toute conclusion ou recommandation à l’égard de la responsabilité civile ou criminelle de personnes ou d’organisations et veiller à ce que l’enquête dont il [était] chargé ne compromette aucune autre enquête ou poursuite en matière criminelle en cours » (alinéa *k*, Décret).

[7] Pour l’aider à exécuter ce mandat, le commissaire a bénéficié de l’appui d’un personnel administratif et de conseillers juridiques. M<sup>e</sup> Bernard Roy, c.r., a été nommé procureur en chef de la Commission. M. François Perreault a agi comme conseiller en communications pour la Commission et il était chargé des relations avec les médias.

[8] Les audiences publiques ont eu lieu du 7 septembre 2004 au 17 juin 2005, période au cours de laquelle 172 témoins ont été entendus. Les audiences se sont déroulées en deux phases : celles de la première ont duré de septembre 2004 à février 2005, celles de la seconde, de février à mai 2005. Les rapports concernant les phases I et II ont été présentés à la gouverneure générale et



made public on November 1, 2005 and February 1, 2006, respectively. As explained in my reasons below, the scope of this judicial review is limited to the Phase I Report and does not include the Commission's Phase II Report [Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. *Restoring Accountability*, 2006].

### The Sponsorship Program

[9] Before turning to the issues raised in this application, it is necessary to provide some details regarding the origins of the sponsorship program and advertising activities, which were the focus of the Commission's investigation and Report.

[10] In 1993, the Liberal Party of Canada, led by the Right Honourable Jean Chrétien, won a majority of seats in the House of Commons. The official Opposition party at the time was the Bloc Québécois. The following year, the Parti Québécois, led by the Honourable Jacques Parizeau, came to power in Quebec and soon announced that a provincial referendum would be held in October 1995 to decide whether or not Quebec should separate from Canada. The "No" side won by a very slim majority. As a result, Quebec would not attempt to secede from Canada but would remain part of the Canadian federation. Mr. Parizeau resigned as premier and was replaced by the Honourable Lucien Bouchard, who pledged to hold another referendum when "winning conditions" were present.

[11] Following the close result of the Referendum and with this pledge from Mr. Bouchard, a Cabinet committee, chaired by the Honourable Marcel Massé (Minister of Intergovernmental Affairs at the time), was appointed to make recommendations on national unity. Based on the recommendations in the Cabinet committee's report, the Government of Canada, after holding a meeting of Cabinet on February 1 and 2, 1996, decided it would undertake special measures to counteract the sovereignty movement in Quebec. These special measures became known as the "national unity strategy" or "national unity file". As stated by

rendus publics le 1<sup>er</sup> novembre 2005 et le 1<sup>er</sup> février 2006, respectivement. Comme je l'explique plus loin dans mes motifs, le présent contrôle judiciaire se limite au rapport, phase I de la Commission et n'inclut pas le rapport, phase II [Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires. *Rétablir l'imputabilité*].

### Le Programme de commandites

[9] Avant d'aborder les questions soulevées dans la présente demande, il est nécessaire de donner quelques détails sur les origines du programme de commandites et des activités publicitaires, qui ont été le point de mire de l'enquête et du rapport de la Commission.

[10] En 1993, le Parti libéral du Canada, dirigé par le très honorable Jean Chrétien, a remporté une majorité de sièges au sein de la Chambre des communes. À l'époque, le Bloc québécois était le parti d'opposition officiel. L'année suivante, le Parti québécois, dirigé par l'honorable Jacques Parizeau, est arrivé au pouvoir au Québec et a annoncé peu de temps après qu'un référendum provincial allait être tenu en octobre 1995 afin de décider si le Québec devait se séparer ou non du Canada. Le camp du « Non » l'a emporté par une très mince majorité. Le Québec n'allait donc pas tenter de se séparer du Canada et continuerait de faire partie de la fédération canadienne. M. Parizeau a démissionné comme premier ministre et a été remplacé par l'honorable Lucien Bouchard, qui a promis de tenir un autre référendum quand il y aurait des « conditions gagnantes ».

[11] À la suite du résultat serré du référendum, ainsi que de cette promesse de M. Bouchard, un comité du Cabinet, présidé par l'honorable Marcel Massé (à l'époque ministre des Affaires intergouvernementales), a été établi pour formuler des recommandations sur l'unité nationale. Se fondant sur les recommandations figurant dans le rapport du comité du Cabinet, et après avoir tenu une réunion du Cabinet les 1<sup>er</sup> et 2<sup>es</sup> février 1996, le gouvernement du Canada a décidé de prendre des mesures spéciales pour contrer le mouvement souverainiste au Québec. Ces mesures spéciales ont été baptisées la « stratégie d'unité nationale » ou le

the applicant in his opening statement before the Commission, national unity was his number one priority as Prime Minister. As a result, he placed his Chief of Staff, Mr. Jean Pelletier, in charge of the national unity file in his office.

[12] The national unity strategy sought to increase federal visibility and presence throughout Canada, but particularly in Quebec. This was to be accomplished in many ways, one of which was to prominently, systematically and repeatedly advertise federal programs and initiatives through a sponsorship program. Sponsorships were arrangements in which the Government of Canada provided organizations with financial resources to support cultural, community, and sporting events. In exchange, the organizations would provide visibility through promotional material and by displaying symbols such as the Canadian flag or the Canada wordmark. According to the Auditor General's Report, from 1997 until March 31, 2003, the Government of Canada spent approximately \$250 million to sponsor 1,987 events.

[13] Responsibility for administering the Sponsorship Program was given to Advertising and Public Opinion Research Sector (APORS), a sector of the Department of Public Works and Government Services Canada (PWGSC), which later became the Communication Coordination Service Branch (CCSB) with the merger of APORS and other PWGSC sectors in October 1997. Mr. Joseph Charles Guité was director of APORS from 1993 to 1997 and executive director of CCSB from 1997 until his retirement in 1999.

[14] APORS (and later CCSB) did not have the personnel, training or expertise necessary to manage and administer the sponsorships. As a result, contracts were awarded to advertising and communication agencies to complete these tasks and, in exchange for these services, the agencies received remuneration in the form of commissions and production costs. Over \$100 million of the total expenditures of the Sponsorship Program

« dossier de l'unité nationale ». Comme l'a mentionné le demandeur dans sa déclaration d'ouverture devant la Commission, l'unité nationale était sa toute première priorité en sa qualité de premier ministre. Il a donc confié à son chef de cabinet, M. Jean Pelletier, la responsabilité du dossier de l'unité nationale au sein de son bureau.

[12] La stratégie d'unité nationale avait pour but de rehausser la visibilité et la présence du gouvernement fédéral sur l'ensemble du territoire canadien, mais surtout au Québec. Cela devait se faire de nombreuses façons, et l'une d'elles était d'annoncer de manière visible, systématique et répétée divers programmes et initiatives du gouvernement fédéral au moyen d'un programme de commandites. Les commandites étaient des ententes dans le cadre desquelles le gouvernement du Canada fournissait à des organismes des ressources pécuniaires en vue de soutenir des activités de nature culturelle, communautaire et sportive. En échange, ces organismes procuraient au gouvernement une certaine visibilité en distribuant des documents de promotion et en affichant des symboles, tels que le drapeau canadien ou le mot « Canada ». Selon le Rapport de la vérificatrice générale, entre 1997 et le 31 mars 2003, le gouvernement du Canada a dépensé environ 250 millions de dollars pour commanditer 1 987 activités.

[13] La responsabilité de l'administration du Programme de commandites a été confiée au Secteur de la publicité et de la recherche sur l'opinion publique (SPROP), un élément du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux du Canada (TPSGC), qui est plus tard devenu la Direction des services de coordination des communications (DSCC) après la fusion du SPROP et d'autres secteurs de TPSGC en octobre 1997. M. Joseph Charles Guité a été directeur du SPROP de 1993 à 1997, et directeur exécutif de la DSCC de 1997 jusqu'à sa retraite, en 1999.

[14] Le SPROP (et plus tard la DSCC) ne disposait pas du personnel, de la formation ou de la compétence nécessaires pour gérer et administrer les commandites. C'est ainsi que des contrats ont été attribués à des agences de publicité et de communication pour accomplir ces tâches et, en contrepartie de ces services, les agences étaient rémunérées sous la forme de commissions et de frais de production. Une tranche de

was paid to communications agencies in the form of production fees and commissions.

[15] In March 2002, the Minister of PWGSC, then the Honourable Don Boudria, asked the Office of the Auditor General to audit the government's handling of three contracts totalling \$1.6 million awarded to Groupaction Marketing, a communications agency based in Montréal. Findings of shortcomings in the contract management process led to an RCMP investigation and the initiation of a government-wide audit of the Sponsorship Program and the public opinion research and advertising activities of the Government of Canada. The results of this audit were released in the Auditor General's November 2003 Report, which in turn led to the creation of the Commission and the Report at issue in this application.

#### INTERLOCUTORY MOTIONS

[16] The parties to this application brought two interlocutory motions relating to these proceedings. My decisions on these motions are set out below.

1. Attorney General of Canada's motion to quash paragraphs from Mr. Jean-Sébastien Gallant's affidavit

[17] This first motion presented by the Attorney General of Canada is to quash paragraphs and expurgate exhibits from the affidavit sworn by Mr. Jean-Sébastien Gallant on May 29, 2007, in support of the applicant's application for judicial review.

[18] At the hearing on this matter, the Attorney General submitted that he no longer objected to paragraph 14 (with corresponding Exhibit 19) and paragraphs 24 to 27 (with corresponding exhibits 29 to 31) of the affidavit. These paragraphs and exhibits deal

plus de 100 millions de dollars des dépenses totales du Programme de commandites a été versée à des agences de communication sous la forme de commissions et d'honoraires de production.

[15] En mars 2002, le ministre de TPSGC, à l'époque l'honorable Don Boudria, a demandé au Bureau de la vérificatrice générale de vérifier la façon dont le gouvernement avait traité trois contrats, d'un montant total de 1,6 million de dollars, qui avaient été adjugés à Groupaction Marketing, une agence de communication dont le siège se trouvait à Montréal. Les lacunes relevées dans le processus de gestion des contrats ont mené à une enquête de la GRC, ainsi qu'au lancement d'une vérification pangouvernementale du Programme de commandites et des activités de publicité et de sondage du gouvernement du Canada. Les résultats de cette vérification ont été publiés dans le Rapport de novembre 2003 de la vérificatrice générale, lequel document s'est soldé à son tour par la création de la Commission et la production du rapport qui est en litige dans la présente demande.

#### LES REQUÊTES INTERLOCUTOIRES

[16] Les parties à la présente demande ont déposé deux requêtes interlocutoires ayant trait à la présente instance. Mes décisions sur ces requêtes sont exposées ci-après.

1. La requête du procureur général du Canada en vue de faire radier certains paragraphes de l'affidavit de M. Jean-Sébastien Gallant

[17] Cette première requête du procureur général du Canada a pour but de faire radier des paragraphes et de faire expurger des pièces faisant partie de l'affidavit souscrit par M. Jean-Sébastien Gallant le 29 mai 2007 au soutien de la demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur.

[18] À l'audition de la présente affaire, le procureur général a déclaré qu'il ne s'opposait plus au paragraphe 14 (ainsi qu'à la pièce correspondante 19) et aux paragraphes 24 à 27 (ainsi qu'aux pièces correspondantes 29 à 31) de l'affidavit. Ces paragraphes et ces

with interviews that Commissioner Gomery gave to the media in December 2004. Since Commissioner Gomery acknowledged to have granted these interviews and admitted to the truth of what was stated in quotation marks, the paragraphs and exhibits in question can remain in Mr. Gallant's affidavit.

[19] However, the Attorney General seeks to have removed from Mr. Gallant's affidavit paragraph 4 and corresponding exhibits 2 to 4 of the affidavit, which make allegations pertaining to Mr. Bernard Roy (the Commission's lead counsel), Ms. Sally Gomery (Commissioner Gomery's daughter), and former prime minister, the Right Honorable Brian Mulroney. These documents are included in Mr. Gallant's affidavit in support of the applicant's allegation that Commissioner Gomery has shown a reasonable apprehension of bias towards him. Mr. Roy was principal secretary to Prime Minister Mulroney from 1984 to 1988. Mr. Roy is now a partner in the same law firm as Ms. Gomery and Mr. Mulroney.

[20] The Attorney General submits that these allegations, and therefore the documents that support them and that are sought to be introduced by exhibits 2 to 4, are irrelevant to the application for judicial review of Commissioner Gomery's Phase I Report. The applicant insists that I should be extremely careful in my assessment of what is relevant or irrelevant to the case. He submits that the relevance of evidence is determined by the grounds in support of the application for judicial review (*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.) (hereinafter *Pathak*)).

[21] I agree with the Attorney General that paragraph 4 and corresponding exhibits 2 to 4 are irrelevant to the issue of whether Commissioner Gomery has shown a reasonable apprehension of bias towards the applicant. The professional career and the political allegiances of Mr. Roy are of no use in the analysis of Commissioner Gomery's conduct. I acknowledge that pursuant to the decision in *Pathak*, above, the relevance of the evidence is a function of the grounds in support of the application for judicial review. Page 460 of *Pathak* reads as follows:

pièces ont trait à des entrevues que le commissaire Gomery a accordées aux médias en décembre 2004. Comme ce dernier a reconnu avoir donné ces entrevues et admis la véracité de ce qui était dit entre guillemets, les paragraphes et les pièces en question peuvent demeurer dans l'affidavit de M. Gallant.

[19] Cependant, le procureur général souhaite faire radier de l'affidavit de M. Gallant le paragraphe 4 et les pièces correspondantes 2 à 4 de l'affidavit, qui comportent des allégations concernant M<sup>e</sup> Bernard Roy (le procureur en chef de la Commission), M<sup>e</sup> Sally Gomery (la fille du commissaire Gomery) et l'ancien premier ministre, le très honorable Brian Mulroney. Ces documents sont inclus dans l'affidavit de M. Gallant à l'appui de l'allégation du demandeur selon laquelle le commissaire Gomery a suscité à son endroit une crainte raisonnable de partialité. M<sup>e</sup> Roy a exercé les fonctions de premier secrétaire de l'ancien premier ministre Brian Mulroney de 1984 à 1988. M<sup>e</sup> Roy est aujourd'hui associé au sein du même cabinet d'avocats que M<sup>e</sup> Sally Gomery et M. Mulroney.

[20] Le procureur général soutient que ces allégations, ainsi que, partant, les documents qui les étayaient et que l'on cherche à faire introduire par les pièces 2 à 4, ne sont pas pertinents quant à la demande de contrôle judiciaire concernant le rapport, phase I du commissaire Gomery. Le demandeur insiste pour que je fasse preuve d'une extrême prudence dans la façon dont j'établis ce qui est pertinent ou non en ce qui concerne la présente affaire. Il soutient que la pertinence de la preuve est déterminée par les motifs qui étayaient la demande de contrôle judiciaire (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.) (ci-après *Pathak*)).

[21] Je suis d'accord avec le procureur général que le paragraphe 4 et les pièces correspondantes 2 à 4 ne sont pas pertinents à la question de savoir si le commissaire Gomery a suscité une crainte raisonnable de partialité à l'endroit du demandeur. La carrière professionnelle et les allégeances politiques de M<sup>e</sup> Roy ne sont d'aucune utilité dans l'analyse de la conduite du commissaire Gomery. Je reconnais que, conformément à l'arrêt *Pathak*, précité, la pertinence de la preuve est fonction des motifs qui étayaient la demande de contrôle judiciaire. La page 460 de *Pathak* se lit comme suit :

A document is relevant to an application for judicial review if it may affect the decision that the Court will make on the application. As the decision of the Court will deal only with the grounds of review invoked by the respondent, the relevance of the documents requested must necessarily be determined in relation to the grounds of review set forth in the originating notice of motion and the affidavit filed by the respondent.

[22] The applicant submits that if I were to quash some evidence as being irrelevant at this stage, such as the documents regarding Mr. Roy, my decision would have the effect of striking one of the grounds in support of his application for judicial review, since the ground in question is based on the evidence, the relevance of which I must now determine. In other words, in the applicant's opinion, if I quash some portions of the evidence now, I deprive him at the same time of a ground of review.

[23] I am fully aware that in the course of the present interlocutory application, I must avoid deciding on the merits of the application for judicial review. However, I do not think that assessing the relevance of the evidence at this stage amounts to deciding the soundness of the grounds in support of the application. That is not the way I read and interpret the *Pathak* decision. In that case, the Court of Appeal stated “the relevance of the documents requested must necessarily be determined in relation to the grounds of review (in French: “*la pertinence des documents demandés doit nécessairement être établie en fonction des motifs de contrôle*”) (my emphasis). I understand from this passage that I have the discretion to “determine” or “establish” what is relevant from what is not. My task is to proceed with the assessment of the relevance of the evidence by relying on the grounds of review set forth in the notice of application. I do not think that, in *Pathak*, the Court of Appeal wanted to suggest that all the evidence relating more or less to the grounds of review must automatically be considered as relevant. My role consists precisely in filtering, “determining” or “establishing,” what is relevant from what is not.

[24] For this reason and by virtue of the discretion that is conferred upon me, paragraph 4 is quashed and corresponding exhibits 2 to 4 are expurgated from Mr. Gallant's affidavit. However, at this point, for the

Un document intéresse une demande de contrôle judiciaire s'il peut influencer sur la manière dont la Cour disposera de la demande. Comme la décision de la Cour ne portera que sur les motifs de contrôle invoqués par l'intimé, la pertinence des documents demandés doit nécessairement être établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductif d'instance et l'affidavit produits par l'intimé.

[22] Le demandeur soutient que, si j'en venais à annuler certains éléments de preuve parce qu'ils ne sont pas pertinents à ce stade-ci, comme les documents concernant M<sup>e</sup> Roy, ma décision aurait pour effet de radier l'un des motifs qui étaient sa demande de contrôle judiciaire, car le motif en question est fondé sur la preuve, dont il faut maintenant que je détermine la pertinence. Autrement dit, de l'avis du demandeur, si j'annule maintenant certains éléments de la preuve, je le prive en même temps d'un motif de contrôle.

[23] Je suis parfaitement conscient que, dans le cadre de la présente requête interlocutoire, je me dois d'éviter de me prononcer sur le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire. Cependant, je ne crois pas que le fait d'apprécier la pertinence de la preuve à ce stade-ci revient à me prononcer sur le bien-fondé des motifs qui étaient la demande. Ce n'est pas ainsi que je lis et que j'interprète l'arrêt *Pathak*. Dans cette affaire-là, la Cour d'appel a déclaré : « la pertinence des documents demandés doit nécessairement être établie en fonction des motifs de contrôle » (en anglais : « *the relevance of the documents requested must necessarily be determined in relation to the grounds of review* ») (non souligné dans l'original). Je déduis de ce passage que j'ai le pouvoir discrétionnaire d'« établir » ou de « déterminer » ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas. Ma tâche consiste à apprécier la pertinence de la preuve en me fondant sur les motifs de contrôle énoncés dans l'avis de demande. Je ne crois pas que dans *Pathak* la Cour d'appel voulait laisser entendre qu'il faut automatiquement considérer comme pertinente la totalité de la preuve qui se rapporte plus ou moins aux motifs de contrôle. Mon rôle consiste précisément à filtrer, à « établir » ou à « déterminer » ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas.

[24] Pour cette raison et en vertu du pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré, le paragraphe 4 est radié et les pièces correspondantes 2 à 4 sont expurgées de l'affidavit de M. Gallant. Cependant, à ce stade-ci,



sake of efficiency and practicality, I do not require that the affidavit be in fact modified. I shall simply not take into consideration this portion of the evidence in the course of my analysis of the application on the merits.

[25] The Attorney General also seeks to have removed paragraphs 5 to 13 and 32, and the corresponding exhibits 5 to 18 and 36 of the affidavit, which all relate to Phase II of the Commission's mandate, and more particularly to the Phase II Report entitled *Restoring Accountability: Recommendations*. The Attorney General asserts that everything that relates to the Commission's Phase II mandate is irrelevant to the application for judicial review of the Phase I Report.

[26] I agree with the Attorney General that any allusion or reference to the Phase II mandate of the Commission is irrelevant to the present application for judicial review. I apply the same reasoning as that used above as to what constitutes relevance (see *Pathak*, above). For this reason, paragraphs 5 to 13 and 32 are quashed and the corresponding exhibits 5 to 18 and 36 are expurgated from Mr. Gallant's affidavit. Here again, I do not require that the affidavit be in fact modified. I shall simply not take into consideration this portion of the evidence in the course of my analysis of the application on the merits.

[27] The Attorney General further seeks to have removed paragraphs 15 to 23 and corresponding exhibits 20 to 28 of the affidavit, which all pertain to the media coverage surrounding the Commissioner and the publication of his Phase I Report. These documents and newspaper articles are included in Mr. Gallant's affidavit in support of the applicant's allegation that his reputation has been damaged by the Commissioner's findings and by the statements the Commissioner made to the media. The Attorney General alleges that the newspaper articles that mention the applicant's name in relation to the Commission constitute hearsay in that they reflect only the opinions of the journalists who wrote them. Furthermore, it is impossible to cross-examine these journalists. The Attorney General does not deny that Commissioner Gomery has made declarations to journalists; however, evidence of these declarations cannot be established by relying on the journalists' opinions.

par souci d'efficacité et de commodité, je n'exige pas que l'affidavit soit concrètement modifié. Je ne tiendrai tout simplement pas compte de cette partie de la preuve lors de mon analyse de la demande au fond.

[25] Le procureur général cherche de plus à faire radier les paragraphes 5 à 13 et 32, ainsi que les pièces correspondantes 5 à 18 et 36, de l'affidavit lesquels sont tous liés à la phase II du mandat de la Commission, et plus particulièrement au rapport, phase II intitulé : *Rétablir l'imputabilité : Recommendations*. Selon le procureur général, tout ce qui concerne la phase II du mandat de la Commission est sans rapport avec la demande de contrôle judiciaire portant sur le rapport, phase I.

[26] Je suis d'accord avec le procureur général que toute allusion ou référence à la phase II du mandat de la Commission est sans rapport avec la présente demande de contrôle judiciaire. Mon raisonnement est le même que celui que j'ai appliqué plus tôt pour déterminer ce qui constitue la pertinence (voir *Pathak*, précité). Pour cette raison, les paragraphes 5 à 13 et 32 sont radiés et les pièces correspondantes 5 à 18 et 36 sont expurgées de l'affidavit de M. Gallant. Là encore, je n'exige pas que l'affidavit soit concrètement modifié. Je ne tiendrai tout simplement pas compte de cette partie de la preuve lors de mon analyse de la demande au fond.

[27] Le procureur général demande de plus la radiation des paragraphes 15 à 23 et des pièces correspondantes 20 à 28 de l'affidavit, lesquels portent tous sur la couverture médiatique qui a entouré le commissaire et la publication de son rapport, phase I. Ces documents et ces articles de journal sont inclus dans l'affidavit de M. Gallant à l'appui de l'allégation du demandeur selon laquelle les conclusions du commissaire et les déclarations que celui-ci a faites aux médias ont porté atteinte à sa réputation. Le procureur général allègue que les articles de journal qui mentionnent le nom du demandeur relativement à la Commission constituent du oui-dire, en ce sens qu'ils ne reflètent que les opinions des journalistes qui les ont écrits. En outre, il est impossible de contre-interroger ces journalistes. Le procureur général ne nie pas que le commissaire Gomery a fait des déclarations à des journalistes; il est toutefois impossible d'établir la preuve de ces déclarations en se fiant aux opinions des journalistes.

[28] I agree with the Attorney General that the newspaper articles that allude to the applicant in relation to the Commission constitute hearsay in that they merely represent the opinions of the journalists who wrote them. As we will see below in the course of the application presented by the applicant based on rule 312 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], only a limited number of newspaper articles will be admissible in evidence for the limited purpose of providing the context for some statements in quotation marks that Commissioner Gomery acknowledged as having been made by him. That is not the case of the newspaper articles we are dealing with here. For this reason, paragraphs 15 to 23 are quashed and corresponding exhibits 20 to 28 are expurgated from Mr. Gallant's affidavit. Here again, I do not require that the affidavit be in fact modified. I shall simply not take into consideration this portion of the evidence in the course of my analysis of the application on the merits.

[29] Next, the Attorney General seeks to have removed paragraphs 33 and 34 and corresponding exhibits 37 and 38 of the affidavit, which deal with Mr. François Perreault's book entitled *Inside Gomery* [translated by Carl Angers, Toronto: Douglas & McIntyre, 2006]. These documents are included in Mr. Gallant's affidavit in support of the applicant's allegation that Commissioner Gomery has shown a reasonable apprehension of bias towards him. The applicant believes that Mr. Perreault's book should be admitted into evidence because in the foreword written by him, Commissioner Gomery recognizes the accuracy of Mr. Perreault's "chronicle of the inner workings of the commission". On the other hand, the Attorney General insists that this statement by Commissioner Gomery should not be perceived as an admission that the entirety of the book is accurate. In the Attorney General's opinion, Mr. Perreault's book constitutes hearsay.

[30] I agree with the applicant that Commissioner Gomery's statement in his foreword to the effect that the inner workings of the Commission, as chronicled by Mr. Perreault, are accurate, strongly suggests that he in fact attests to the accuracy of the entire book. I assume Commissioner Gomery read Mr. Perreault's book before agreeing to author its foreword, and that if there was a

[28] Je conviens avec le procureur général que les articles de journal qui font allusion au demandeur relativement à la Commission constituent du oui-dire, en ce sens que ces articles ne représentent que les opinions des journalistes qui les ont écrits. Comme nous le verrons plus loin, dans le cadre de la demande présentée par le demandeur en se fondant sur la règle 312 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/ 2004-283, art. 2)], seul un nombre restreint d'articles de journal sera admissible en preuve dans le but restreint de situer le contexte dans lequel le commissaire Gomery a reconnu avoir fait certaines des déclarations indiquées entre guillemets. Ce n'est pas le cas des articles de journal dont il est question ici. Pour cette raison, les paragraphes 15 à 23 sont radiés et les pièces correspondantes 20 à 28 sont expurgées de l'affidavit de M. Gallant. Là encore, je n'exige pas que l'affidavit soit concrètement modifié. Je ne tiendrai tout simplement pas compte de cette partie de la preuve lors de mon analyse de la demande au fond.

[29] Ensuite, le procureur général souhaite faire radier les paragraphes 33 et 34 et les pièces correspondantes 37 et 38 de l'affidavit, lesquels portent sur l'ouvrage de M. François Perreault intitulé : *Gomery : l'enquête* [Montréal : Éditions de l'Homme, 2006]. Ces documents sont inclus dans l'affidavit de M. Gallant à l'appui de l'allégation du demandeur selon laquelle le commissaire Gomery a suscité à son endroit une crainte raisonnable de partialité. Le demandeur est d'avis qu'il faudrait admettre en preuve le livre de M. Perreault parce que, dans la préface de cet ouvrage, le commissaire Gomery reconnaît l'exactitude du texte de M. Perreault qui « relate [...] le fonctionnement interne de la Commission ». Le procureur général soutient par contre qu'il ne faudrait pas considérer cette déclaration du commissaire Gomery comme une reconnaissance que l'ouvrage tout entier est exact. De l'avis du procureur général, le livre de M. Perreault constitue du oui-dire.

[30] Je suis d'accord avec le demandeur que ce que déclare le commissaire Gomery dans sa préface, à savoir que le fonctionnement interne de la Commission, tel que relaté par M. Perreault, est exact, donne fortement à croire qu'il atteste en fait l'exactitude du livre tout entier. Je présume que le commissaire Gomery a lu l'ouvrage de M. Perreault avant d'accepter d'en rédiger la préface et

passage of the book that struck him as inaccurate, he would have suggested to Mr. Perreault to modify the passage, or at the very least, that he would have distanced himself from the book by not using the term “accurate” in reference to the manner Mr. Perreault chronicled the inner workings of the Commission. For this reason, Mr. Perreault’s book is admissible, and paragraphs 33 and 34 and corresponding exhibits 37 and 38 can remain in Mr. Gallant’s affidavit.

[31] The Attorney General also seeks to have struck paragraphs 35 to 38 and corresponding exhibits 39 to 42 of the affidavit, which deal with Mr. Mel Cappe’s biography and the criminal convictions of Messrs. Paul Coffin, Jean Brault and Charles Guité. The Attorney General submits that these documents have no relevance to the application for judicial review of the Phase I Report.

[32] I agree with the Attorney General that the documents in relation to Messrs. Cappe, Coffin, Brault and Guité have no relevance to the present application for judicial review. I apply the same reasoning as that used above as to what constitutes relevance (see *Pathak*, above). For this reason, paragraphs 35 to 38 are quashed and the corresponding exhibits numbered 39 to 42 are expurgated from Mr. Gallant’s affidavit. Here again, I do not require that the affidavit be modified. I shall simply not take into consideration this portion of the evidence in the course of my analysis of the application on the merits.

[33] Finally, the Attorney General requests that paragraph 28 and corresponding Exhibit 32 of the affidavit, which deal with an affidavit sworn by Jacqueline Chernys in January 2005 in support of a motion for the recusal of Commissioner Gomery be struck. The Attorney General submits that these documents already form part of the evidence filed in electronic form.

[34] Exhibit 32 does indeed already form part of the record filed electronically. Since there is an order rendered by Mr. Justice Simon Noël that states that the evidence filed electronically by the Attorney General is automatically part of the applicant’s record, I must require that Exhibit 32 be expurgated from Mr. Gallant’s

que, s’il y avait eu dans ce livre un passage qu’il aurait jugé inexact, il aurait suggéré à M. Perreault de le modifier ou bien, à tout le moins, il aurait pris ses distances par rapport au livre en n’employant pas le mot « exact » pour qualifier la façon dont M. Perreault relatait le fonctionnement interne de la Commission. Pour cette raison, le livre de M. Perreault est recevable, et les paragraphes 33 et 34, ainsi que les pièces correspondantes 37 et 38, peuvent demeurer dans l’affidavit de M. Gallant.

[31] Le procureur général cherche également à faire radier les paragraphes 35 à 38, ainsi que les pièces correspondantes 39 à 42, de l’affidavit lesquels portent sur la biographie de M. Mel Cappe et les déclarations de culpabilité de MM. Paul Coffin, Jean Brault et Charles Guité. Le procureur général soutient que ces documents ne sont pas pertinents quant à la demande de contrôle judiciaire concernant le rapport, phase I.

[32] Je suis d’accord avec le procureur général que les documents concernant MM. Cappe, Coffin, Brault et Guité ne sont pas pertinents à la présente demande de contrôle judiciaire. Mon raisonnement est le même que celui que j’ai appliqué plus tôt pour déterminer ce qui constitue la pertinence (voir *Pathak*, précité). Pour cette raison, les paragraphes 35 à 38 sont radiés et les pièces correspondantes 39 à 42 sont expurgées de l’affidavit de M. Gallant. Là encore, je n’exige pas que l’affidavit soit concrètement modifié. Je ne tiendrai tout simplement pas compte de cette partie de la preuve lors de mon analyse de la demande au fond.

[33] Enfin, le procureur général demande que le paragraphe 28 et la pièce correspondante 32 de l’affidavit, lesquels portent sur l’affidavit souscrit par Jacqueline Chernys en janvier 2005 au soutien de la requête en récusation du commissaire Gomery, soient radiés. Le procureur général soutient que ces pièces font déjà partie de la preuve produite sous forme électronique.

[34] La pièce 32 fait effectivement déjà partie du dossier déposé par voie électronique. Étant donné que le juge Simon Noël a déjà rendu une ordonnance indiquant que la preuve que le procureur général a déposée par voie électronique fait automatiquement partie du dossier du demandeur, je me dois d’exiger que la pièce 32 soit

affidavit. Here again, I do not require that the affidavit be modified.

2. Motion by the applicant pursuant to rule 312 of the *Federal Courts Rules*

[35] The applicant filed a motion for leave, pursuant to rule 312, to file the supplemental affidavit of Ms. Patricia Prud'homme sworn on November 9, 2007. This affidavit introduces additional evidence that consists of newspaper articles and transcripts of interviews granted by Commissioner Gomery when he retired from the Superior Court of Quebec in August 2007. In the course of these interviews, Commissioner Gomery made some comments that the applicant considers relevant to his application for judicial review.

[36] However, relevance of the documents sought to be adduced is not the only condition that has to be met in order to file a supplemental affidavit. Other conditions are: (1) the evidence must serve the interests of justice; (2) it must assist the Court; (3) it must not cause substantial or serious prejudice to the other side; and (4) the evidence must not have been available prior to the cross-examination of the opponent's affidavits (*Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein* (2002), 23 C.P.R. (4th) 5 (F.C.A.), at paragraphs 8-9).

[37] I agree with the applicant that all these conditions have been satisfied in the present case. The motion for leave to file Ms. Prud'homme's supplemental affidavit pursuant to rule 312 is therefore granted. The evidence introduced by that affidavit is henceforth part of the record.

ISSUES ON JUDICIAL REVIEW APPLICATION

[38] Taking into account the submissions of the parties, the issues in this application may be framed as follows:

expurgée de l'affidavit de M. Gallant. Là encore, je n'exige pas que l'affidavit soit modifié.

2. La requête du demandeur en vertu de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*

[35] Le demandeur a présenté une requête, en application de la règle 312, en vue d'obtenir l'autorisation de déposer l'affidavit complémentaire de M<sup>me</sup> Patricia Prud'homme, souscrit le 9 novembre 2007. Cet affidavit introduit des éléments de preuve additionnels, qui consistent en des articles de journal et des transcriptions d'entrevues que le commissaire Gomery a accordées lorsqu'il a pris sa retraite de la Cour supérieure du Québec en août 2007. Lors de ces entrevues, le commissaire Gomery a fait quelques commentaires que le demandeur juge pertinents quant à sa demande de contrôle judiciaire.

[36] Cependant, la pertinence des documents que l'on souhaite introduire n'est pas la seule condition qu'il faut remplir pour pouvoir déposer un affidavit complémentaire. Il y en a d'autres : 1) les éléments de preuve doivent servir les intérêts de la justice; 2) les éléments de preuve doivent aider la Cour; 3) les éléments de preuve ne causeront pas de préjudice important ou grave à la partie adverse; et 4) les éléments de preuve n'étaient pas disponibles avant le contre-interrogatoire relatif aux affidavits de la partie adverse (*Atlantic Engraving Ltd c. Lapointe Rosenstein*, 2002 CAF 503, aux paragraphes 8 et 9).

[37] Je suis d'accord avec le demandeur qu'en l'espèce toutes ces conditions sont remplies. La requête visant à obtenir l'autorisation de déposer l'affidavit complémentaire de M<sup>me</sup> Prud'homme en vertu de la règle 312 des Règles est donc accueillie. Les éléments de preuve que cet affidavit introduit font dorénavant partie du dossier.

LES QUESTIONS EN LITIGE VISÉES PAR LA DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[38] Compte tenu des observations des parties, il est possible de formuler comme suit les questions qui sont en litige dans la présente demande :

- |  |  |
|--|--|
| <p>1. What content of procedural fairness was owed to persons appearing before the Commission?</p>   | <p>1. Quel était le degré d'équité procédurale due aux personnes ayant comparu devant la Commission?</p>   |
| <p>2. What are the applicable standards of review?</p>   | <p>2. Quelles sont les normes de contrôle applicables?</p>   |
| <p>3. Did the Commissioner breach the duty of procedural fairness?</p>   | <p>3. Le commissaire a-t-il manqué à l'obligation d'équité procédurale?</p>  |
| <p>a. Was there a reasonable apprehension of bias on the Commissioner's part toward the applicant?</p>   | <p>a. Le commissaire a-t-il suscité une crainte raisonnable de partialité envers le demandeur?</p>   |
| <p>b. Did the Commissioner err by making findings not supported by some evidence on the record?</p>  | <p>b. Le commissaire a-t-il commis une erreur en tirant des conclusions non étayées par des éléments de preuve figurant dans le dossier?</p>   |
| <p>c. Was the applicant given adequate notice pursuant to section 13 of the <i>Inquiries Act</i>?</p>  | <p>c. Le demandeur a-t-il été informé par un préavis suffisant, au sens de l'article 13 de la <i>Loi sur les enquêtes</i>?</p>   |
| <p>d. Was the Commissioner's act of limiting the cross-examination of Mr. Guité on the pending criminal charges against him a breach of the duty of fairness and rules of natural justice?</p> | <p>d. Le fait que le commissaire ait limité le contre-interrogatoire de M. Guité aux accusations criminelles pendantes contre lui constituait-il un manquement à l'obligation d'équité et aux règles de justice naturelle?</p> |
| <p>e. Was the Commissioner's act of allowing Commission counsel to provide him with summaries of the evidence a breach of the duty of fairness?</p>  | <p>e. Le fait que le commissaire ait autorisé les procureurs de la Commission à lui fournir des sommaires de la preuve constituait-il un manquement à l'obligation d'équité?</p>   |
| <p>f. Was the Commissioner's act of refusing to disclose all documents to the applicant a breach of the duty of fairness?</p>  | <p>f. Le fait que le commissaire ait refusé de communiquer au demandeur tous les documents constitue-t-il un manquement à l'obligation d'équité?</p>   |

## ANALYSIS

Issue 1: The content of procedural fairness owed to persons appearing before the Commission

[39] Procedural fairness is a basic tenet of our legal system. It requires that public decision makers act fairly in coming to decisions that affect the rights, privileges or interests of an individual. There is no exception of the application of this principle for commissions of inquiry. As stated by Justice Cory in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of*

## ANALYSE

Question n° 1 : Le degré d'équité procédurale due aux personnes ayant comparu devant la Commission

[39] L'équité procédurale est un principe fondamental de notre système juridique. Ce principe exige que les décideurs publics agissent de manière équitable lorsqu'ils rendent une décision qui a une incidence sur les droits, les privilèges ou les intérêts d'une personne. L'application de ce principe aux commissions d'enquête ne comporte aucune exception. Comme l'a déclaré le



*Inquiry on the Blood System*), [1997] 3 S.C.R. 440, at paragraphs 30-31 (hereinafter *Krever*):

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.

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. [in the Court of Appeal's decision in the same case] 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 expense of the fundamental right of each citizen to be treated fairly.

[40] The content of the duty of fairness is variable and flexible. The requirements of procedural fairness will depend on the nature and function of the administrative board (see generally *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 (hereinafter *Knight*); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (hereinafter *Baker*); *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, at paragraphs 74-75; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 1 S.C.R. 190, at paragraph 79 (hereinafter *Dunsmuir*)).

[41] In *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97 (hereinafter *Westray*), Justice Cory noted the following about the function of public inquiries in Canada, at paragraphs 60 and 62:

Commissions of inquiry have a long history in Canada. This Court has already noted (*Starr v. Houlden, supra*, at pp. 1410-11) the significant role that they have played in our country, and the diverse functions which they serve. As *ad hoc*

juge Cory 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, aux paragraphes 30 et 31 (ci-après *Krever*) :

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.

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 [dans la décision rendue en Cour d'appel sur la même affaire] 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 travail d'une commission, il ne peut se faire aux dépens du droit fondamental de tout citoyen d'être traité équitablement.

[40] La teneur de l'obligation d'équité est variable et souple. Les exigences de l'équité procédurale dépendront de la nature et de la fonction de la commission administrative (voir généralement *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653 (ci-après *Knight*); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (ci-après *Baker*); *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, aux paragraphes 74 et 75; et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 79 (ci-après *Dunsmuir*)).

[41] Dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97 (ci-après *Westray*), le juge Cory signale ce qui suit à propos de la fonction que remplissent les enquêtes publiques au Canada, aux paragraphes 60 et 62 :

Les commissions d'enquête existent depuis longtemps au Canada. Notre Cour a déjà souligné (*Starr c. Houlden, précité*, aux pp. 1410 et 1411) le rôle important qu'elles ont joué dans notre pays et les nombreuses fonctions qu'elles remplissent.

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.

...

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.

[42] With respect to the nature of public inquiries, Justice Cory set out the following basic principles in *Krever*, at paragraph 57:

- (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

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.

[...]

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.

[42] Pour ce qui est de la nature des enquêtes publiques, le juge Cory a énoncé les principes de base suivants dans l’arrêt *Krever*, au paragraphe 57 :

- 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

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;
- (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.

[43] In *Baker*, the Supreme Court of Canada identified five non-exhaustive factors that are to be considered when determining the content of the duty of fairness. They are: (i) the nature of the decision and the decision-making process; (ii) the statutory scheme; (iii) the importance of the decision to the individuals affected; (iv) the legitimate expectations of the parties; and (v) the choices of procedure made by the decision-making body. Justice L'Heureux-Dubé in *Baker*, at paragraph 22, stressed that:

... underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

[44] The applicant argues that each of these factors indicate that a high duty of procedural fairness was owed to parties appearing before the Commission. The Attorney General submits that the duty of procedural fairness imposed on commissions of inquiry is more limited than that put forward by the applicant. The

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) 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.

[43] Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême du Canada a relevé cinq facteurs non exhaustifs qu'il convient de prendre en compte au moment de déterminer la teneur de l'obligation d'équité. Ces facteurs sont les suivants : i) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; ii) la nature du régime législatif; iii) l'importance de la décision pour les personnes visées; iv) les attentes légitimes des parties; et v) les choix de procédure que fait l'organisme décisionnel. Dans cet arrêt, au paragraphe 22, la juge L'Heureux-Dubé souligne que :

[...] l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

[44] Le demandeur soutient qu'il ressort de chacun de ces facteurs qu'un degré élevé d'équité procédurale était dû aux parties ayant comparu devant la Commission. Au dire du procureur général, l'obligation d'équité procédurale imposée aux commissions d'enquête est plus restreinte que celle que suggère le demandeur. Le

Attorney General does not dispute that the content of the duty of fairness is variable, but suggests that the content of the duty of fairness is to be decided using the following three factors established in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, and applied in *Knight*: (i) the nature of the decision to be made by the administrative body in question; (ii) the relationship between that body and the individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights. However, in my reading of *Knight*, these factors do not apply when determining the content of the duty of fairness; instead, their proper application is in the context of determining whether or not a general duty to act fairly exists at all. Whether a duty to act fairly exists is not at issue here and the jurisprudence is clear that procedural fairness is essential in commissions of inquiry (see *Krever*, at paragraph 55). Thus, the content of fairness in the present case shall be determined using the five non-exhaustive factors set out in *Baker*.

(i) The nature of the decision and the decision-making process

[45] In *Knight*, the Supreme Court held that “the closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of those governing principles should be imported into the realm of administrative decision making” (*Knight*, at page 683). In *Baker*, the Supreme Court added “The more the process provided for, the function of the tribunal, the nature of the decision-making body, and the determinations that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required by the duty of fairness” (*Baker*, at paragraph 23).

[46] Some of the rules and procedures adopted by the Commission are similar to the procedures found in the judicial process, for example, there existed the right to discovery of relevant documents, witnesses gave their evidence under oath or affirmation, proceedings could be held *in camera* at the discretion of the Commission

procureur général ne conteste pas que la teneur de l'obligation d'équité varie, mais, selon lui, il faut la déterminer en recourant aux trois facteurs suivants, établis dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, et appliqués dans l'arrêt *Knight* : i) la nature de la décision à prendre par l'organisme administratif en question; ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier; et iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Cependant, selon mon interprétation de l'arrêt *Knight*, ces facteurs ne s'appliquent pas lorsqu'il est question de déterminer la teneur de l'obligation d'équité; ils s'appliquent plutôt quand il est question de décider s'il existe ou non une obligation générale d'agir équitablement. Il ne s'agit pas en l'espèce de savoir s'il existe une telle obligation, et il ressort clairement de la jurisprudence qu'il est essentiel que les commissions d'enquête respectent l'équité procédurale (*Krever*, au paragraphe 55). C'est donc dire qu'en l'espèce la teneur de l'équité sera déterminée à l'aide des cinq facteurs non exhaustifs qui sont énoncés dans l'arrêt *Baker*.

i) La nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir

[45] Dans l'arrêt *Knight*, la Cour suprême a statué que « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point ces principes directeurs devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives » (*Knight*, à la page 683). Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême a ajouté ce qui suit : « Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès » (*Baker*, au paragraphe 23).

[46] Certaines des règles et des procédures que la Commission a adoptées sont semblables aux procédures que comporte le processus judiciaire. Par exemple, il y avait le droit à l'interrogatoire préalable sur les documents pertinents, les témoignages ont été faits sous serment ou par affirmation solennelle, les

(despite this being a public inquiry), parties had the right to be represented by counsel, the right to give evidence and to call and question witnesses, and the opportunity to cross-examine witnesses. Parties were also entitled to bring procedural motions, to have those motions argued and decided upon by the Commissioner, and to make final submissions, both written and oral. Further, pursuant to the *Inquiries Act*, the Commissioner had the power to summons witnesses and to compel witnesses to give evidence and produce documents.

[47] Despite these similarities, however, commissions of inquiry are not synonymous to trials. In *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527 (C.A.) (hereinafter *Beno* (CA)), the Federal Court of Appeal held that Mr. Justice Campbell had erred in his decision at the trial level when he characterized the Commission as “trial like” (see [1997] 1 F.C. 911 (T.D.), at paragraph 74 *per* Campbell J. (hereinafter *Beno* (TD))). The Federal Court of Appeal stated, at paragraph 23:

It is clear from his reasons for judgment that the Judge of first instance assimilated commissioners to judges. Both, in his view, exercise “trial like functions.” That is clearly wrong. A public inquiry is not equivalent to a civil or criminal trial (see *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry into the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36 (C.A.), at paragraphs 36, 73 [hereinafter *Krever*]; *Greyeyes v. British Columbia* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 80 (S.C.), at page 88; *Di Iorio et al. v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at page 201; *Bortolotti v. Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 O.R. (2d) 617 (C.A.), at pages 623-624; *Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375 (C.A.), at page 378)). 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 (*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at page 138). 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” (see *Irvine v. Canada (Restrictive Trade*

procédures pouvaient se dérouler à huis clos à la discrétion de la Commission (même s’il s’agissait d’une enquête publique), et les parties avaient le droit d’être représentées par un avocat, le droit de témoigner et d’appeler et d’interroger des témoins, ainsi que la possibilité de contre-interroger des témoins. Elles avaient également le droit de présenter des requêtes de nature procédurale, de faire plaider ces requêtes et de les faire trancher par le commissaire, ainsi que de présenter des observations finales, tant écrites qu’orales. Par ailleurs, en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, le commissaire était habilité à assigner des témoins et à contraindre ces derniers à témoigner et à produire des documents.

[47] Malgré ces similitudes, il n’y a toutefois pas de synonymie entre une commission d’enquête et un procès. 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 (C.A.) (ci-après *Beno* (CA)), la Cour d’appel fédérale a déclaré que le juge Campbell avait commis une erreur dans sa décision, en première instance, en disant de la Commission qu’elle comportait « une fonction analogue au procès » (voir [1997] 1 C.F. 911 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 74, juge Campbell (ci-après *Beno* (1<sup>re</sup> inst.))). La Cour d’appel fédérale a déclaré ce qui suit, au paragraphe 23 :

Il ressort clairement de ses motifs que le juge de première instance a assimilé les commissaires à des juges. Selon lui, les commissaires aussi bien que les juges exercent des « fonctions analogues à celles d’un juge présidant un procès ». C’est tout à fait faux. Une enquête publique n’est pas du tout un procès civil ou criminel (voir *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l’enquête sur l’approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.), aux paragraphes 36 et 73 [ci-après *Krever*]; *Greyeyes v. British Columbia* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 80 (C.S.), à la page 88; *Di Iorio et al. c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, à la page 201; *Bortolotti v. Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 O.R. (2d) 617 (C.A.), aux pages 623 et 624; *Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375 (C.A.), à la page 378)). 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 (*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d’enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, à la page 138). Les règles de preuve et de procédure sont donc considérablement moins contraignantes



*Practices Commission*), [1987] 1 S.C.R. 181, at page 231; *Greyeyes, supra*, at page 88). Judges may impose monetary or penal sanctions; the only potential consequence of an adverse finding by the Somalia Inquiry is that reputations could be tarnished (see *Westray, supra*, at page 163, *per* Cory J.; *Krever, supra* at paragraph 29; *Greyeyes, supra*, at page 87).

Thus, unlike trials, commissions of inquiry are inquisitorial in nature rather than adversarial.

[48] There are also significant differences in the nature of the decisions. As held in *Krever*, the findings of a Commissioner “are simply findings of fact and statements of opinion” that carry “no legal consequences . . . . They are not enforceable and do not bind courts considering the same subject matter” (*Krever*, at paragraph 34). Further, as noted above, paragraph (k) of the Order in Council provided that the Commissioner was to perform his duties “without expressing any conclusion or recommendation regarding the civil or criminal liability of any person or organization”. Thus, the nature of the Commission’s report and recommendations are vastly different than judicial decisions.

[49] Although there are similarities in procedure, the role played by commissioners is distinct from the role of a judge presiding over a trial. The nature of a commission’s report and recommendations are also vastly different than judicial decisions. This suggests that a lower content of procedural fairness is required.

(ii) The nature of the statutory scheme and the precise statutory provisions

[50] The Commission was created by an Order in Council pursuant to section 2 of the *Inquiries Act*, which

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 » (voir *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la page 231; *Greyeyes*, précité, à la page 88). Les juges peuvent imposer des sanctions pécuniaires ou pénales; la seule conséquence susceptible de découler d’une conclusion défavorable de la Commission d’enquête sur la Somalie est que des réputations pourraient être ternies (voir ce que le juge Cory a déclaré à ce sujet dans *Commission d’enquête sur la tragédie de la mine Westray*, précité, à la page 163; voir aussi *Krever*, précité, au paragraphe 29; *Greyeyes*, précité, à la page 87).

C’est donc dire que, contrairement aux procès, les commissions d’enquête sont de nature inquisitoire et non contradictoire.

[48] Il y a aussi des différences de taille dans la nature des décisions rendues. Comme il est indiqué dans l’arrêt *Krever*, les conclusions d’un commissaire « 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 » (*Krever*, au paragraphe 34). En outre, comme je l’ai indiqué plus tôt, l’alinéa k) du Décret indique que le commissaire devait « exercer ses fonctions en évitant de formuler toute conclusion ou recommandation à l’égard de la responsabilité civile ou criminelle de personnes ou d’organisations ». La nature du rapport et des recommandations de la Commission est donc bien différente de celle d’une décision judiciaire.

[49] Même s’il y a des similitudes sur le plan de la procédure, le rôle joué par les commissaires est distinct de celui que joue le juge qui préside un procès. La nature du rapport et des recommandations d’une commission est également très différente de celle d’une décision judiciaire. Cela dénote qu’un degré moindre d’équité procédurale est nécessaire.

ii) La nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l’organisme

[50] La Commission a été créée par un décret en vertu de l’article 2 de la *Loi sur les enquêtes*, lequel dispose

provides that the Governor in Council may “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.”

[51] The *Inquiries Act* also contains fairness guarantees in sections 12 and 13. Section 12 provides that persons whose conduct is under investigation may be represented by counsel. Section 13 provides that notice must be given to persons against whom there are allegations of misconduct.

[52] The finality of the decision also affects the content of procedural fairness. In *Baker*, the Court held that greater procedural protections will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted (*Baker*, at paragraph 24). The Order in Council and the *Inquiries Act* are silent on the availability of an appeal. This suggests that, with the exception of challenging findings on judicial review, the Commission’s findings are final. Further, the objective of such a commission of inquiry is to produce a fact-finding report that sheds light on the matter or conduct it was created to investigate. After conducting the inquiry, the commission is expected to produce a report and recommendations based on its factual findings. Thus, the report is determinative of the issue in so far as it relates to the public inquiry, recognizing of course that the report is not determinative of any other proceedings or hearings. On the other hand, the inquiry also seems preliminary in nature in that no rights or interests are determined and the result of the inquiry is simply findings of fact and recommendations. However, since the report is determinative of the inquiry, I am satisfied that the second factor in this analysis also suggests that a high degree of fairness is owed.

que le gouverneur en conseil peut « faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques ».

[51] La *Loi sur les enquêtes* comporte également des garanties d’équité aux articles 12 et 13. L’article 12 prévoit que la personne dont la conduite fait l’objet d’une enquête peut être représentée par un avocat. Selon l’article 13, les personnes visées par des allégations d’inconduite doivent en être informées par un préavis.

[52] Le caractère définitif de la décision a également une incidence sur la teneur de l’équité procédurale. Dans l’arrêt *Baker*, la Cour suprême a statué que des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d’appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu’il n’est plus possible de présenter d’autres demandes (*Baker*, au paragraphe 24). Le Décret et la *Loi sur les enquêtes* ne disent rien au sujet de la possibilité de faire appel. Cela dénote que, à l’exception de la contestation de conclusions dans le cadre d’un contrôle judiciaire, les conclusions de la Commission sont définitives. En outre, l’objectif d’une telle commission d’enquête est de produire un rapport d’enquête qui fait la lumière sur l’affaire ou la conduite pour laquelle la commission a été créée et chargée de faire enquête. Après l’enquête, la commission est censée produire un rapport et des recommandations qui reposent sur ses conclusions de fait. C’est donc dire que le rapport est déterminant quant à la question en litige dans la mesure où celle-ci est liée à l’enquête publique, en reconnaissant bien sûr que le rapport n’est pas déterminant quant à n’importe quelle autre instance et audience. En revanche, l’enquête semble être elle aussi de nature préliminaire, en ce sens qu’aucun droit ou intérêt n’est établi et que le résultat de l’enquête consiste simplement en des conclusions de fait et des recommandations. Cependant, comme le rapport est déterminant quant à l’enquête, je suis persuadé que le second facteur de cette analyse dénote lui aussi qu’il convient de faire preuve d’un degré élevé d’équité.

(iii) The importance of the decision to the individuals affected

[53] The more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact, the greater the procedural protections to be provided (*Baker*, at paragraph 25). In *Krever*, the Supreme Court recognized that findings of commissions of inquiry may damage the reputation of witnesses and that, “[f]or most, a good reputation is their most highly prized attribute” (*Krever*, at paragraph 55). “It is essential” stated the Court in *Krever*, “that procedural fairness be demonstrated in the hearings of a commission.” In the present case, the Commissioner himself recognized the potential for evidence emerging throughout the inquiry that “might be perceived as adverse or unfavourable to persons’ reputations” and stated that it was “of paramount importance that the Inquiry’s process be scrupulously fair” (Phase I Report, Appendix C: Opening Statement, at pages 524-525).

[54] This is not to say, however, that the content of fairness is necessarily more stringent where there is a risk that one’s reputation may be negatively affected. As I stated in *Addy v. Canada (Commission and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces in Somalia)*, [1997] 3 F.C. 784 (T.D.) “the possible and purported damage to the applicants’ reputations must not trump all other factors and interests” (*Addy*, at paragraph 50). In determining the standard of fairness, it is necessary to “balance the risks to an individual’s reputation and the social interests in publication of a report” (*Addy*, at paragraph 61). Likewise, the risks to an individual’s reputation must be balanced with the social interest in permitting the commission to conduct its inquiry and to inform and educate the public about the matter or conduct under review.

[55] Although a commission does not have the power to affect any individual rights in that it cannot make any conclusions or recommendations regarding civil or

iii) L’importance de la décision pour les personnes visées

[53] Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses (*Baker*, au paragraphe 25). Dans l’arrêt *Krever*, la Cour suprême a reconnu que les conclusions des commissions d’enquête peuvent ternir la réputation d’un témoin et que « [u]ne bonne réputation représent[e] la valeur la plus prisée par la plupart des gens » (*Krever*, au paragraphe 55). « Il est essentiel », d’ajouter la Cour dans *Krever*, « de démontrer le respect des principes de l’équité procédurale dans les audiences de la commission ». En l’espèce, le commissaire a lui-même reconnu qu’il pouvait apparaître au cours de l’enquête des preuves susceptibles de déboucher sur une conclusion de fait qui « pourrait être perçue comme étant défavorable ou préjudiciable à la réputation d’une personne », et il a déclaré qu’il était « absolument crucial que l’Enquête se déroule de façon rigoureusement équitable » (rapport, phase I, annexe C : Déclaration préliminaire, à la page 548).

[54] Cependant, cela ne veut pas dire que le degré d’équité est forcément plus strict lorsqu’il y a un risque de ternir la réputation d’une personne. Comme je l’ai déclaré dans la décision *Addy c. Canada (Commissaire et président de la Commission d’enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 3 C.F. 784 (1<sup>re</sup> inst.), « l’atteinte qui pourrait éventuellement être faite à la réputation des requérants ne doit pas l’emporter sur toutes autres considérations » (*Addy*, au paragraphe 59). Pour déterminer la norme d’équité, il est nécessaire d’« équilibrer les risques pour la réputation d’un individu et l’intérêt qu’a la société à voir publier un rapport » (*Addy*, au paragraphe 61). Dans le même ordre d’idées, les risques pour la réputation d’un individu doivent être mis en équilibre avec l’intérêt qu’a la société à permettre à la Commission de procéder à son enquête et d’informer et d’éduquer le public au sujet de l’affaire ou de la conduite en question.

[55] Une commission n’a pas le pouvoir d’influer sur des droits individuels, en ce sens qu’elle ne peut pas tirer de conclusions ou formuler de recommandations au sujet

criminal culpability, this does not mean that the findings of a commission of inquiry are any less important to the persons affected. As noted in *R. v. Higher Education Funding Council, Ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651(Q.B.), at page 667 and cited by the Supreme Court in *Baker*, at paragraph 25:

In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

[56] Recognizing the importance of one's reputation and the potential damage that may be caused to one's reputation as a result of the Commission's findings, it follows that this factor suggests that a high content of procedural fairness is required.

(iv) The legitimate expectations of the parties

[57] As stated in *Baker*, the legitimate expectations of the person challenging the decision may determine the procedures required by the duty of fairness. The content of the duty of fairness will be affected where a legitimate expectation is found to exist, and the duty of fairness will require that the procedure expected is followed (*Baker*, at paragraph 26). However, the doctrine of legitimate expectations does not create substantive rights (*Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170). But, where decision makers act in contravention of representations as to procedure, or backtrack on substantive promises without according significant procedural rights, the decision maker will generally be seen to have acted unfairly (*Baker*, at paragraph 26).

de la culpabilité civile ou criminelle, mais cela ne veut pas dire que les conclusions d'une commission d'enquête sont moins importantes pour les personnes visées. Comme il a été signalé dans l'arrêt *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la page 667, et cité par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*, au paragraphe 25 :

[TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux, et le droit public a, depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve contesté, ce qui le rend « judiciaire » dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut officiel de l'organisme décisionnel.

[56] Vu l'importance de la réputation d'une personne et l'atteinte que l'on peut causer à cette réputation à cause des conclusions de la Commission, il s'ensuit que ce facteur dénote qu'un degré élevé d'équité procédurale s'impose.

iv) Les attentes légitimes des parties

[57] Comme il est dit dans l'arrêt *Baker*, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peut déterminer les procédures qu'exige l'obligation d'équité. S'il est conclu qu'il existe une attente légitime, cela aura une incidence sur le degré de l'obligation d'équité, et cette dernière exigera que l'on suive la procédure attendue (*Baker*, au paragraphe 26). Cependant, la doctrine des attentes légitimes ne crée pas de droits matériels (*Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170). Mais, lorsque des décideurs agissent en contravention d'assurances données en matière de procédure, ou reviennent sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants, il sera généralement considéré qu'ils ont agi inégalement (*Baker*, au paragraphe 26).

[58] The applicant notes that the Commissioner, in his opening statement, recognized that “it [was] of paramount importance that the Inquiry’s process be scrupulously fair” because of the potential that reputations could be harmed as a result of factual findings made by the Commission. He argues that he had a legitimate expectation that the proceedings would be conducted in such a manner.

[59] In my view, there was a legitimate expectation on behalf of the applicant that the Commission would comply with all procedures listed in its rules of procedure and practice. However, the extent of the applicant’s legitimate expectations is limited by the nature of the process, since a commission of inquiry cannot afford as many safeguards as proceedings before a normal court of justice. As the Supreme Court noted in *Krever*, at paragraph 53, “No matter how carefully the inquiry hearings are conducted they cannot provide the evidentiary or procedural safeguards which prevail at a trial.” Despite this, the applicant certainly had a legitimate expectation that the process would be fair and would be conducted in accordance with the Commission’s rules of procedure and practice.

(v) The choices of procedure made by the decision-making body

[60] A lower content of procedural fairness will be called for where a statute leaves to the decision maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances. Here, paragraph (e) of the terms of reference contained in the Order in Council provides:

... the Commissioner be authorized to adopt any procedures and methods that he may consider expedient for the proper conduct of the inquiry, and to sit at any times and in any places in Canada that he may decide.

This conferral of power upon the Commissioner suggests that a lower content of procedural fairness is required.

[58] Le demandeur signale que le commissaire, dans sa déclaration préliminaire, a reconnu qu’il était « absolument crucial que l’Enquête se déroule de façon rigoureusement équitable » à cause du risque que les conclusions de fait tirées par la Commission entachent des réputations. Il soutient qu’il s’attendait légitimement à ce que les procédures se déroulent de cette façon-là.

[59] À mon avis, le demandeur s’attendait légitimement à ce que la Commission se conforme à toutes les procédures énumérées dans ses règles de procédure et de pratique. Cependant, l’étendue des attentes légitimes du demandeur est circonscrite par la nature du processus suivi, car une commission d’enquête ne peut accorder autant de garanties que dans le cas des procédures engagées devant une cour de justice ordinaire. Comme le signale la Cour suprême dans *Krever*, au paragraphe 53, « [p]eu 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 ». Malgré cela, le demandeur avait sans doute une attente légitime que le processus serait équitable et qu’il serait mené d’une manière conforme aux règles de procédure et de pratique de la Commission.

v) Les choix de procédure que l’organisme fait lui-même

[60] Lorsqu’une loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou que l’organisme a l’expertise voulue pour déterminer les procédures qui s’imposent dans les circonstances, le degré d’équité procédurale sera moindre. En l’espèce, l’alinéa e) du cadre de référence contenu dans le Décret indique ce qui suit :

[...] que le commissaire soit autorisé à adopter les procédures et méthodes qui lui paraîtront indiquées pour la conduite de l’enquête et à siéger aux moments et aux endroits au Canada qu’il jugera opportuns.

Ce pouvoir conféré au commissaire laisse entendre que le degré d’équité procédurale nécessaire est inférieur.



[61] Taking into consideration the factors enunciated in *Baker*, I find that the applicant was entitled to a high level of procedural fairness before the Commission. Although the nature of the proceedings do not provide for the same level of procedural fairness required in a trial, the potential damage that the findings of the Commission could have on the reputations of the parties involved in the investigation was of such serious consequence that a high degree of fairness was required.

#### Issue 2: Applicable Standards of Review

[62] With respect to the Commission's findings, the parties agree that the applicable standard of review is that enunciated by the Federal Court of Appeal in *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.) (hereinafter *Morneault*), at paragraph 46:

Given that the findings are those of a commission of inquiry, I prefer to review them on a standard of whether they are supported by some evidence in the record of the inquiry. In [*Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (P.C.)] at page 814, Lord Diplock remarked on differences between an investigative inquiry and ordinary civil litigation and went on, at page 820, to lay down the two rules of natural justice in the passage quoted above. He then added, at page 821:

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 on *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.

[63] The Federal Court (Trial Division) has also adopted this standard when reviewing the findings of commissions of inquiry (see *Beno v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 F.C. 499 (T.D.), *per* Heneghan J. (hereinafter *Beno II*)).

[64] Following the Federal Court of Appeal in *Morneault*, the standard applicable to the Commission's findings in the present application is whether the findings are "based on *some* material that tends logically to show

[61] Compte tenu des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*, je conclus que le demandeur avait droit à un degré élevé d'équité procédurale devant la Commission. Même si la nature de l'instance ne prévoit pas le même degré d'équité procédurale que dans le cadre d'un procès, l'atteinte que pouvaient causer les conclusions de la Commission aux réputations des parties visées par l'enquête avait une conséquence si grave qu'il était nécessaire d'accorder un degré élevé d'équité.

#### Question n° 2 : Les normes de contrôle applicables

[62] Pour ce qui est des conclusions de la Commission, les parties conviennent que la norme de contrôle applicable est celle que la Cour d'appel fédérale a énoncée dans l'arrêt *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.) (ci-après *Morneault*), au paragraphe 46 :

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

[63] La Cour fédérale (Section de première instance) a également adopté cette norme pour contrôler les conclusions de commissions d'enquête (*Beno c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 499 (1<sup>re</sup> inst.), juge Heneghan (ci-après *Beno II*)).

[64] Conformément à ce que la Cour d'appel fédérale indique dans l'arrêt *Morneault*, la norme qui s'applique aux conclusions tirées par la Commission dont il est question dans la présente demande consiste à

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.”

[65] With respect to the other issues raised in this application, the applicant submits that the standard of review analysis has no application. The respondents did not make submissions with respect to the standard applicable to the issues of procedural fairness and natural justice save for their submissions regarding the standard of review applicable to the Commission’s findings.

[66] I accept the applicant’s submissions in this regard. It is well-established that the standard of review analysis does not apply to issues of procedural fairness (*C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539). They are always reviewed as questions of law and, as such, the applicable standard of review is correctness (*Dunsmuir*). No deference is owed when determining the fairness of the decision-maker’s process. If the duty of fairness is breached, the decision in question must be set aside (*Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392 (F.C.A.) and *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195, 2004 FCA 49).

Issue 3: Did the Commissioner Breach the Duty of Procedural Fairness?

A. Was there a reasonable apprehension of bias on the Commissioner’s part toward the applicant?

[67] Procedural fairness requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias by an impartial decision maker (*Baker*, at paragraph 45). The standard of impartiality expected of a decision maker is variable depending on the role and function of the decision maker involved (*Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623 per Cory J. (hereinafter *Newfoundland Telephone*)). In *Newfoundland Telephone*,

savoir si ces conclusions sont [TRADUCTION] « fondée[s] 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, [n’est] pas en bonne partie contradictoire en soi ».

[65] Quant aux autres questions soulevées dans la présente demande, le demandeur soutient que l’analyse de la norme de contrôle ne s’applique pas. Les défendeurs n’ont pas fait d’observations à l’égard de la norme qui s’applique aux questions d’équité procédurale et de justice naturelle, hormis leurs observations concernant la norme de contrôle applicable aux conclusions de la Commission.

[66] Je souscris aux observations du demandeur à cet égard. Il est bien établi que l’analyse de la norme de contrôle ne s’applique pas aux questions d’équité procédurale (*S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539). Ces questions sont toujours contrôlées en tant que questions de droit et, par conséquent, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte (*Dunsmuir*). La détermination de l’équité du processus que suit le décideur n’appelle aucune retenue. S’il y a eu manquement à l’obligation d’équité, la décision en question doit être infirmée (*Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392 et *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195).

Question n° 3 : Le commissaire a-t-il manqué à l’obligation d’équité procédurale?

A. Le commissaire a-t-il suscité une crainte raisonnable de partialité envers le demandeur?

[67] L’équité procédurale exige que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité (*Baker*, au paragraphe 45). Le critère de l’impartialité attendue d’un décideur varie, suivant le rôle et la fonction du décideur en question (*Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, juge Cory (ci-après *Newfoundland Telephone*)). Dans *Newfoundland Telephone*, aux pages 638 et 639, la Cour

at pages 638-639, the Supreme Court established a spectrum for assessing allegations of bias against members of commissions or administrative boards:

It can be seen that there is a great diversity of administrative boards. Those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts. That is to say that the conduct of the members of the Board should be such that there could be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. At the other end of the scale are boards with popularly elected members such as those dealing with planning and development whose members are municipal councillors. With those boards, the standard will be much more lenient. In order to disqualify the members a challenging party must establish that there has been a pre-judgment of the matter to such an extent that any representations to the contrary would be futile. Administrative boards that deal with matters of policy will be closely comparable to the boards composed of municipal councillors. For those boards, a strict application of a reasonable apprehension of bias as a test might undermine the very role which has been entrusted to them by the legislature.

...

Further, a member of a board which performs a policy formation function should not be susceptible to a charge of bias simply because of the expression of strong opinions prior to the hearing. This does not of course mean that there are no limits to the conduct of board members. It is simply a confirmation of the principle that the courts must take a flexible approach to the problem so that the standard which is applied varies with the role and function of the Board which is being considered. In the end, however, commissioners must base their decision on the evidence which is before them. Although they may draw upon their relevant expertise and their background of knowledge and understanding, this must be applied to the evidence which has been adduced before the board.

[68] Justice Cory stressed in that case “that the courts must take a flexible approach to the problem so that the standard which is applied varies with the role and function of the Board which is being considered” (*Newfoundland Telephone*, at page 639). Applying this flexible approach, he then concluded that the applicable standard for assessing the Board’s impartiality during the investigative stage was the closed-mind standard. He also found that when the matter reached the hearing stage, the Board’s role had changed and, as a result, the

suprême a établi une échelle pour évaluer les allégations de partialité visant les membres de commissions ou d’organismes administratifs :

De toute évidence, il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice. C’est-à-dire que la conduite des membres de la commission ne doit susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l’autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public. C’est le cas notamment de celles qui s’occupent de questions d’urbanisme et d’aménagement, dont les membres sont des conseillers municipaux. Pour ces commissions, la norme est nettement moins sévère. La partie qui conteste l’habilité des membres ne peut en obtenir la récusation que si elle établit que l’affaire a été préjugée au point de rendre vain tout argument contraire. Les commissions administratives qui s’occupent de questions de principe sont dans une large mesure assimilables à celles composées de conseillers municipaux en ce sens que l’application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité risquerait de miner le rôle que leur a précisément confié le législateur.

[...]

En outre, le membre d’une commission qui remplit une fonction d’élaboration des politiques ne devrait pas être exposé à une accusation de partialité du seul fait d’avoir exprimé avant l’audience des opinions bien arrêtées. Cela ne veut pas dire, évidemment, que la conduite des membres d’une commission n’est assujettie à aucune restriction. Il s’agit plutôt de la simple confirmation du principe suivant lequel les tribunaux doivent faire preuve de souplesse face à ce problème, de manière que la norme appliquée varie selon le rôle et la fonction de la commission en cause. En dernière analyse, cependant, les commissaires doivent fonder leur décision sur la preuve qui leur a été présentée. Bien qu’ils puissent faire appel à leur expérience, à leurs connaissances et à leur compréhension du domaine, cela doit se faire dans le cadre de la preuve produite devant la commission.

[68] Dans cet arrêt, le juge Cory a souligné que « les tribunaux doivent faire preuve de souplesse face à ce problème, de manière que la norme appliquée varie selon le rôle et la fonction de la commission en cause » (*Newfoundland Telephone*, à la page 639). Appliquant cette règle de souplesse, il a ensuite conclu que la norme qu’il y avait lieu d’appliquer pour évaluer l’impartialité de la commission, au stade de l’enquête, était celle de l’« esprit fermé ». Il a également conclu que, lorsque l’affaire eut atteint le stade de l’audition, le rôle de la

standard used to assess the Board's conduct at that stage was the reasonable apprehension of bias standard.

[69] In *Beno* (CA), the Federal Court of Appeal considered the nature, mandate and function of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia and determined that the Commission was situated somewhere between the legislative and adjudicative extremes on the spectrum, stating the following, at paragraphs 26-27:

It is not necessary, for the purposes of this appeal, to determine with precision the test of impartiality that is applicable to members of commissions of inquiry. Depending on its nature, mandate and function, the Somalia Inquiry must be situated along the *Newfoundland Telephone* spectrum somewhere between its legislative and adjudicative extremes. Because of the significant differences between this Inquiry and a civil or criminal proceeding, the adjudicative extreme would be inappropriate in this case. On the other hand, in view of the serious consequences that the report of a commission may have for those who have been served with a section 13 notice, the permissive "closed mind" standard at the legislative extreme would also be inappropriate. We are of the opinion that the Commissioners of the Somalia Inquiry must perform their duties in a way which, having regard to the special nature of their functions, does not give rise to a reasonable apprehension of bias. As in *Newfoundland Telephone*, the reasonable apprehension of bias standard must be applied flexibly. Cory J. held (*supra*, at pages 644-645):

Once matters proceeded to a hearing, a higher standard had to be applied. Procedural fairness then required the board members to conduct themselves so that there could be no reasonable apprehension of bias. The application of that test must be flexible. It need not be as strict for this Board dealing with policy matters as it would be for a board acting solely in an adjudicative capacity. This standard of conduct will not of course inhibit the most vigorous questioning of witnesses and counsel by board members.

Applying that test, we cannot but disagree with the findings of the Judge of first instance. A commissioner should be disqualified for bias only if the challenger establishes a reasonable apprehension that the commissioner would reach a conclusion on a basis other than the evidence. In this case, a flexible application of the reasonable apprehension of bias test requires that the reviewing court take into consideration

commission avait changé et, de ce fait, la norme à appliquer pour examiner la conduite de la commission à ce stade était celle de la crainte raisonnable de partialité.

[69] Dans l'arrêt *Beno* (CA), précité, la Cour d'appel fédérale a pris en considération la nature, le mandat et la fonction de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie et a décrété que la Commission se situait quelque part entre les extrémités législative et juridictionnelle de l'échelle, déclarant ce qui suit, aux paragraphes 26 et 27 :

Pour les fins du présent appel, il n'est pas nécessaire d'indiquer de façon précise en quoi consiste le critère d'impartialité applicable aux membres des commissions d'enquête. Selon sa nature, son mandat et sa fonction, la Commission d'enquête sur la Somalie doit, par rapport à l'échelle énoncée dans *Newfoundland Telephone*, se situer entre les extrémités législatives et juridictionnelles. Compte tenu des différences notables qui distinguent cette enquête d'une instance civile ou criminelle, l'extrémité juridictionnelle ne conviendrait pas en l'espèce. Par ailleurs, vu les graves conséquences que le rapport d'une commission peut entraîner pour les personnes qui ont reçu signification du préavis que prévoit l'article 13, la norme permissive de l'« esprit fermé » à l'extrémité législative ne conviendrait guère également. Nous sommes d'avis que les membres de la Commission d'enquête sur la Somalie doivent exercer leurs fonctions d'une façon qui, eu égard à la nature particulière de celles-ci, ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité. Tout comme dans *Newfoundland Telephone*, le critère de la crainte raisonnable de partialité doit s'appliquer avec souplesse. Le juge Cory a statué ainsi (aux pages 644 et 645) :

Si, au stade de l'enquête, c'était le critère de l'« esprit fermé » qui s'appliquait, à l'audience la norme devait être plus sévère. Aussi l'équité procédurale commandait-elle alors que les commissaires se comportent de façon à ne susciter aucune crainte raisonnable de partialité. Il faut appliquer ce critère avec souplesse. Il n'a pas à être aussi sévère dans le cas de la Commission en cause, qui traite de questions de principe, qu'il le serait dans le cas d'une commission remplissant des fonctions purement juridictionnelles. Cette norme de conduite n'empêchera évidemment pas les commissaires de soumettre à l'interrogatoire le plus rigoureux possible témoins et avocats.

Si nous appliquons ce critère, nous ne pouvons souscrire aux conclusions du juge de première instance. Un commissaire ne doit être déclaré inhabile pour cause de partialité que s'il existe une crainte raisonnable qu'il décide sur un fondement autre que la preuve. Ici, une application souple du critère de la crainte raisonnable de partialité exige que le tribunal d'appel tienne compte du fait que les commissaires agissaient en qualité

the fact that the commissioners were acting as investigators in the context of a long, arduous and complex inquiry. The Judge failed to appreciate this context in applying the test. [Endnote omitted.]

[70] Relying on the Federal Court of Appeal's decision in *Beno*, the Attorney General submits that the Commission falls in the middle of the *Newfoundland Telephone* spectrum and argues that the applicable test is whether there is a reasonable apprehension that the Commissioner would reach a conclusion on a basis other than the evidence. In the alternative, the Attorney General submits that the applicable test is the reasonable apprehension of bias test established in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 (hereinafter *Committee for Justice and Liberty*).

[71] The applicant submits that the test for assessing Commissioner Gomery's impartiality is the reasonable apprehension of bias test or reasonable person test as enunciated in the dissenting judgment of Justice de Grandpré in *Committee for Justice and Liberty* and subsequently adopted by the Supreme Court of Canada. The applicant argues that since the Commissioner is a judge and was appointed as Commissioner because of his judicial skills, the applicable test for determining whether or not there is a reasonable apprehension of bias on the part of the Commissioner is the same as that which is applied when assessing the impartiality of a judge presiding over a trial. Put simply, the applicant argues that because the Commissioner in this case was selected because of his skills as a judge, although he was sitting as a Commissioner in the hearings, he should be held to the same standard of judicial neutrality expected of a judge presiding over a trial.

[72] Although the Commissioner's experience as a judge may have assisted him in his role as Commissioner, he was not sitting as a judge while performing his duties as a Commissioner. Thus, it does not necessarily follow that his impartiality is to be assessed using a strict application of the reasonable apprehension of bias test.

d'enquêteurs dans le contexte d'une enquête longue, ardue et complexe. Le juge n'a pas tenu compte de ce contexte en appliquant le critère. [Note de fin de texte omise.]

[70] S'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Beno*, le procureur général soutient que la Commission se situe au milieu de l'échelle décrite dans *Newfoundland Telephone* et il ajoute que le critère applicable est celui de savoir s'il y a une crainte raisonnable que le commissaire tirerait une conclusion sur un autre fondement que la preuve. Le procureur général soutient que, subsidiairement, le critère applicable est celui de la crainte raisonnable de partialité qui a été énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369 (ci-après *Committee for Justice and Liberty*).

[71] Au dire du demandeur, le critère permettant d'évaluer l'impartialité du commissaire Gomery est celui de la crainte raisonnable de partialité ou celui de la personne raisonnable qu'a énoncé dans ses motifs dissidents le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty* et que la Cour suprême du Canada a fait sien par la suite. Le demandeur ajoute qu'étant donné que le commissaire est un juge et qu'il a été nommé comme commissaire en raison de ses compétences judiciaires, le critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer s'il existe ou non une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire est le même que celui que l'on applique au moment d'évaluer l'impartialité d'un juge qui préside un procès. Pour dire les choses simplement, le demandeur est d'avis qu'étant donné que, dans la présente affaire, le commissaire a été choisi en raison de ses compétences de juge, même s'il siégeait à titre de commissaire aux audiences, il faudrait qu'il soit assujéti à la même norme de neutralité judiciaire que celle à laquelle on s'attend de la part d'un juge qui préside un procès.

[72] L'expérience acquise par le commissaire à titre de juge l'a peut-être bien aidé à jouer son rôle de commissaire, mais ce n'était pas à titre de juge qu'il siégeait pendant qu'il remplissait ses fonctions de commissaire. Il ne s'ensuit donc pas forcément que l'on doit évaluer son impartialité en appliquant de manière stricte le critère de la crainte raisonnable de partialité.



[73] After considering the jurisprudence cited by the parties, I conclude that the Commission falls somewhere between the middle and high end of the *Newfoundland Telephone* spectrum. Thus, using a flexible application of the reasonable apprehension of bias test, I adopt the test enunciated by Justice de Grandpré in *Committee for Justice and Liberty*, at page 394. That test is:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. ... that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe [the Chairman of the Board], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

[74] As Justice Cory stated in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484 (hereinafter *R.D.S.*), the test for a reasonable apprehension of bias “contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case” (*R.D.S.*, at paragraph 111). He further noted that “the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including ‘the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold’” (emphasis in original). He added “the threshold for a finding of real or perceived bias is high” and “a real likelihood or probability of bias must be demonstrated ... a mere suspicion is not enough” (*R.D.S.*, at paragraphs 112-113).

[75] I harken back to the words of Lord Denning in *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.), at page 310, wherein he stated:

... in considering whether there was a real likelihood of bias, the court does not look at the mind of the justice himself or at

[73] Après avoir examiné la jurisprudence que les parties ont citée, je conclus que la Commission se situe quelque part entre le milieu et l’extrémité supérieure de l’échelle décrite dans l’arrêt *Newfoundland Telephone*. Par conséquent, en recourant à une application souple du critère de la crainte raisonnable de partialité, je fais mien le critère que le juge de Grandpré a énoncé dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty*, à la page 394, et qui est le suivant :

[...] la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d’appel, ce critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe [le commissaire], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

[74] Comme l’a déclaré le juge Cory dans l’arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 (ci-après *R.D.S.*), le critère de la crainte raisonnable de partialité « comporte un double élément objectif : la personne examinant l’allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l’affaire » (*R.D.S.*, au paragraphe 111). Et, signale-t-il par ailleurs, « [l]a personne raisonnable doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l’ensemble des circonstances pertinentes, y compris [TRADUCTION] “des traditions historiques d’intégrité et d’impartialité, et consciente aussi du fait que l’impartialité est l’une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter” » (souligné dans l’original). De plus, « [p]eu importe les mots précis utilisés pour définir le critère, ses diverses formulations visent à souligner la rigueur dont il faut faire preuve pour conclure à la partialité, réelle ou apparente » et « il faut établir une réelle probabilité de partialité car un simple soupçon est insuffisant » (*R.D.S.*, aux paragraphes 112 et 113).

[75] Je reviens aux propos de lord Denning dans l’arrêt *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.), à la page 310 :

[TRADUCTION] [...] pour trancher la question de savoir s’il y avait une réelle probabilité de partialité, la cour ne scrute pas

the mind of the chairman of the tribunal, or whoever it may be, who sits in a judicial capacity. It does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expense of the other. The court looks at the impression which would be given to other people. Even if he was as impartial as could be, nevertheless, if right-minded persons would think that, in the circumstances, there was a real likelihood of bias on his part, then he should not sit. And if he does sit, his decision cannot stand. ... Nevertheless, there must appear to be a real likelihood of bias. Surmise or conjecture is not enough. ... There must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice, or chairman, as the case may be, would, or did, favour one side unfairly at the expense of the other. The court will not enquire whether he did, in fact, favour one side unfairly. Suffice it that reasonable people might think he did. The reason is plain enough. Justice must be rooted in confidence; and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: "The judge was biased." [Cited cases omitted.]

[76] There exists a presumption that a decision maker will act impartially, and "[m]ore than a mere suspicion, or the reservations of a 'very sensitive or scrupulous conscience,' is required to displace that presumption" (*Beno (CA)*, at paragraph 29). The onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence and the threshold for finding a reasonable apprehension of bias is high. But, where a reasonable apprehension of bias is found, the hearing and any decision resulting from it will be void, since the damage created by such an apprehension of bias cannot be remedied. This is consistent with Justice Le Dain's decision, speaking for the Court in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, at page 661, wherein he stated:

... I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

l'esprit du juge ou du président du tribunal, ni de quiconque exerce une fonction judiciaire. La cour ne se demande pas s'il existe une réelle probabilité que l'intéressé avantage ou a de fait avantaagé une partie aux dépens de l'autre. La cour s'intéresse à l'impression produite. Même si le juge était le plus impartial possible, dans la mesure où des personnes sensées estiment que, compte tenu des circonstances, il y a une réelle probabilité de partialité de sa part, il ne doit pas siéger. S'il siège, sa décision ne peut pas être maintenue [...] Cela dit, il doit y avoir une réelle probabilité de partialité. Suppositions et conjectures ne suffisent pas [...] Il faut que les circonstances soient telles qu'une personne raisonnable puisse penser qu'il est probable ou vraisemblable que le juge ou le président favorise ou a favorisé injustement l'une des parties aux dépens de l'autre. La cour ne cherchera pas à savoir si le juge a effectivement favorisé injustement l'une des parties. Il suffit que des personnes raisonnables puissent le penser. La raison en est évidente. La justice suppose un climat de confiance qui ne peut subsister si des personnes sensées ont l'impression que le juge a fait preuve de partialité. [Décisions citées omises.]

[76] Il existe une présomption selon laquelle un décideur agira de manière impartiale et, pour écarter cette présomption, « [i]l faut plus qu'un simple soupçon ou des réserves émanant d' "une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne" » (*Beno (CA)*, au paragraphe 29). C'est à la personne qui allègue l'existence de la partialité qu'il appartient d'en faire la preuve, et la barre à atteindre pour conclure à une crainte raisonnable de partialité est élevée. Cependant, lorsqu'on arrive à une telle conclusion, l'audition de l'affaire, ainsi que n'importe quelle décision qui en découle, seront nulles, car il ne peut être remédié au préjudice que crée une telle crainte de partialité. Cela concorde avec la décision du juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, à la page 661, où il déclare ceci :

[...] j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

Application of reasonable apprehension of bias test in the present case

[77] The applicant alleges that the following indicate a reasonable apprehension of bias: (1) that the Commission's lead counsel, Mr. Roy, was the secretary to the Prime Minister of Canada, the Right Honourable Brian Mulroney, from 1984 to 1988 and is now a partner of Mr. Mulroney and Ms. Sally Gomery, the Commissioner's daughter, at the law firm of Ogilvy Renault LLP; (2) the public statements made by Mr. François Perreault, the Commission's spokesperson; and (3) the public statements made by the Commissioner during the Phase I hearings and after the release of the Phase I Report and the Commissioner's preoccupation with media coverage. I have already determined that the documents evidencing the relationship between the Commissioner's lead counsel and Mr. Mulroney and Ms. Gomery are not relevant. Thus, I need not consider this ground in my analysis on this part.

[78] The applicant submits that the Commissioner's comments, on the record, to the media, and after the inquiry had concluded establish a reasonable apprehension of bias. He further argues that Commissioner Gomery was seduced by the media and the limelight to such an extent that the judicial instinct for fairness, objectivity and restraint which the applicant was entitled to expect of him gave way to a preoccupation on his part with focussing media (and public) attention upon himself, a course of conduct which preordained unfavourable findings about the applicant in the Report.

[79] The Attorney General argues that the Court, in assessing the allegations of a reasonable apprehension of bias, must be cautious not to confound the Commissioner's personality with his state of mind. He suggests that the Commissioner was a "much speaking judge" and acknowledges that some of the comments made by the Commissioner were inappropriate, but maintains that these comments do not establish that the Commissioner would decide on something other than the evidence or, in the alternative, that there is a reasonable apprehension of bias toward the applicant.

L'application en l'espèce du critère de la crainte raisonnable de partialité

[77] Le demandeur allègue que les éléments suivants dénotent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité : 1) le fait que le procureur en chef de la Commission, M<sup>e</sup> Roy, avait été secrétaire du premier ministre du Canada, le très honorable Brian Mulroney, de 1984 à 1988 et qu'il travaillait maintenant en compagnie de M. Mulroney et de M<sup>e</sup> Sally Gomery, la fille du commissaire, au cabinet d'avocats Ogilvy Renault s.r.l.; 2) les déclarations publiques faites par M. François Perreault, porte-parole de la Commission; et 3) les déclarations faites par le commissaire lors des audiences relatives à la phase I et après la publication du rapport d'enquête, phase I, et ses déclarations révélant sa préoccupation concernant la couverture médiatique. J'ai déjà statué que les documents prouvant la relation entre le procureur en chef du commissaire et M. Mulroney et M<sup>e</sup> Gomery ne sont pas pertinents. Je n'ai donc pas à prendre en considération ce motif dans mon analyse de cette partie.

[78] Le demandeur soutient que les commentaires que le commissaire a faits officiellement aux médias, de même qu'après l'enquête, établissent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Il allègue de plus que le commissaire Gomery a été séduit par les médias et les fruits de la célébrité au point où l'instinct judiciaire d'équité, d'objectivité et de retenue auquel le demandeur était en droit de s'attendre du commissaire avait cédé le pas à la volonté de sa part d'attirer sur lui-même l'attention des médias (et du public), une attitude qui laissait présager que des conclusions défavorables seraient tirées au sujet du demandeur dans le rapport d'enquête.

[79] Le procureur général soutient qu'en évaluant les allégations de crainte raisonnable de partialité, la Cour doit prendre garde de ne pas confondre la personnalité du commissaire et son état d'esprit. Il laisse entendre que le commissaire était un « décideur qui s'exprimait abondamment » et, même si celui-ci a reconnu que certains de ses commentaires étaient inappropriés, ces derniers n'établissent pas que le commissaire se prononcerait sur quelque chose d'autre que la preuve et, subsidiairement, qu'il y a une crainte raisonnable de partialité à l'endroit du demandeur.

[80] After reviewing the evidence placed before me on this issue, I am convinced that there is more than sufficient evidence to find that an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, would find a reasonable apprehension of bias on the part of the Commissioner. The comments made by the Commissioner, viewed cumulatively, not only indicate that he prejudged issues but also that the Commissioner was not impartial toward the applicant.

[81] Statements made by the Commissioner indicate that while conducting the hearings, the Commissioner formed conclusions about issues he was to investigate and report before having heard all the evidence. In December 2004, when the Commission's Phase I hearings had recessed for the holidays, the Commissioner granted interviews to journalists, which resulted in the publication of a number of newspaper articles. As noted above, the Commissioner does not contest the accuracy of the statements in quotations in the articles.

[82] In an article in the *Ottawa Citizen*, dated December 16, 2004, the Commissioner is quoted as having stated, "I'm coming to the same conclusion as (Auditor General) Sheila Fraser that this was a government program which was run in a catastrophically bad way. I haven't been astonished with what I'm hearing, but it's dismaying". In an article published the following day in the *National Post*, Commissioner Gomery, speaking of his previous comment that the Sponsorship Program "was run in a catastrophically bad way", stated: "Does anyone have a different opinion on that subject?" "I simply confirmed the findings that Sheila Fraser had made, which I think I am in a position to do after three months of hearings" (my emphasis).

[83] The Attorney General asserts that the Commissioner was indeed in a position to determine at the time he made these statements that the Sponsorship Program was "run in a catastrophically bad way", since this conclusion related to the public servants' management of the program and, at this time in

[80] Après avoir passé en revue les éléments de preuve qui m'ont été soumis sur cette question, je suis persuadé que ces éléments sont plus que suffisants pour conclure qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, jugerait que le commissaire a suscité une crainte raisonnable de partialité. Lorsqu'on les considère cumulativement, les commentaires faits par le commissaire dénotent non seulement que celui-ci a préjugé de certaines questions, mais aussi qu'il n'a pas été impartial envers le demandeur.

[81] Les déclarations du commissaire indiquent que, pendant que celui-ci dirigeait les audiences, et avant d'avoir entendu la totalité de la preuve, il est arrivé à des conclusions au sujet de questions sur lesquelles il devait faire enquête et rapport. En décembre 2004, quand les audiences tenues dans le cadre de la phase I de la Commission ont été suspendues pour les Fêtes, le commissaire a accordé à des journalistes des entrevues qui ont mené à la publication d'un certain nombre d'articles dans les journaux. Comme je l'ai dit plus tôt, le commissaire ne conteste pas l'exactitude des déclarations présentées entre guillemets dans ces articles.

[82] Dans un article paru dans l'*Ottawa Citizen* le 16 décembre 2004, le commissaire est cité comme ayant déclaré : [TRADUCTION] « J'arrive à la même conclusion que (la vérificatrice générale) Sheila Fraser, à savoir qu'il s'agissait d'un programme gouvernemental qui a été mené de manière catastrophique. Je ne suis pas surpris par ce que j'entends, mais c'est consternant ». Dans un article publié le lendemain dans le *National Post*, le commissaire Gomery, parlant de son commentaire antérieur selon lequel le Programme de commandites [TRADUCTION] « était dirigé de manière catastrophique », a déclaré : [TRADUCTION] « Quelqu'un d'autre a-t-il une opinion différente sur le sujet? [...] J'ai simplement confirmé les conclusions que Sheila Fraser avait tirées, ce que je crois être en mesure de faire après trois mois d'audience » (non souligné dans l'original).

[83] Le procureur général soutient que le commissaire était effectivement en mesure de déterminer, à l'époque où il a fait ces déclarations, que le Programme de commandites était [TRADUCTION] « dirigé de manière catastrophique », puisque cette conclusion reposait sur la gestion du programme par les fonctionnaires et que, à

the Commission's proceedings, the Commission had concluded three and a half months of hearings in which public servants had told him about the way the program was run. The Attorney General further argues that the Commissioner's mandate, which was given to him by the Government of Canada, had the premise that there had been very bad mismanagement of the program. The Attorney General points to conclusions reached by the Auditor General in her Report, notably that "[r]ules for selecting communications agencies, managing contracts, and measuring and reporting results were broken or ignored"; "[p]ublic servants also broke the rules in selecting communications agencies for the government's advertising activities"; and that "[w]hile these chapters contain the names of various contractors, it must be noted that our conclusions about management practices and actions refer only to those of public servants. The rules and regulations we refer to are those that apply to public servants" [see "Government-Wide Audit of Sponsorship, Advertising, and Public Opinion Research" at page 1 of the Auditor General's Report]. In addition, the Attorney General notes that the Privy Council, on behalf of the Government of Canada, agreed with the findings contained in Chapters 3, 4, and 5 of the Auditor General's Report. Thus, the Attorney General suggests that it was popular belief that the Sponsorship Program was "run in a catastrophically bad way".

[84] I cannot agree with the Attorney General that the Commissioner, after conducting only three of nine months of hearings, was in a position to confirm the findings of the Auditor General or to conclude that the Sponsorship Program was "run in a catastrophically bad way". First, unlike the Auditor General's investigation, the Commissioner's mandate, as set out in the terms of reference, was not limited to investigating and reporting only the way in which the program was managed by public servants. I stress that subparagraph iii of Phase I of the Commissioner's mandate, issued under Part I of the *Inquiries Act*, provided that the Commissioner was to investigate and report on "the management of the sponsorship program and advertising activities by government officials at all levels" (my emphasis). Thus,

ce stade des travaux de la Commission, cette dernière avait terminé trois mois et demi d'audiences publiques au cours desquelles des fonctionnaires s'étaient exprimés sur la manière dont était mené le programme. Le procureur général soutient également que le mandat du commissaire, qui lui avait été confié par le gouvernement du Canada, reposait sur la prémisse que le programme avait été fort mal géré. Le procureur général fait référence aux conclusions tirées par la vérificatrice générale dans son Rapport, notamment qu'« [o]n a ignoré ou violé les règles établies pour la sélection des agences de communications, la gestion des contrats, la mesure et la communication de l'information sur les résultats », que « [l]es fonctionnaires ont aussi violé les règles établies pour la sélection des agences de communications aux fins des activités de publicité du gouvernement », et « [b]ien que ces chapitres contiennent le nom de divers entrepreneurs, qu'il faut noter que nos conclusions sur les pratiques de gestion et sur certaines actions ne touchent que les fonctionnaires. Les règles et les règlements que nous mentionnons concernent les fonctionnaires » [voir « Vérification à l'échelle gouvernementale des activités de commandite, de publicité et de recherche sur l'opinion publique » aux pages 1 et 2]. De plus, le procureur général souligne que le Conseil privé, au nom du gouvernement du Canada, a souscrit aux conclusions contenues dans les chapitres 3, 4 et 5 du Rapport de la vérificatrice générale. Ainsi, il laisse entendre que, selon la croyance populaire, le Programme de commandites était [TRADUCTION] « dirigé de manière catastrophique ».

[84] Je ne puis souscrire à la thèse du procureur général selon laquelle, après seulement trois mois d'audience sur neuf, le commissaire était en mesure de confirmer les conclusions de la vérificatrice générale ou de conclure que le Programme de commandites était [TRADUCTION] « dirigé de manière catastrophique ». Premièrement, contrairement à l'enquête de la vérificatrice générale, le mandat du commissaire, tel qu'énoncé dans le cadre de référence de l'enquête, ne se limitait pas à faire enquête et rapport uniquement sur la façon dont les fonctionnaires géraient le programme. Je souligne que le sous-alinéa iii de la phase I du mandat du commissaire, pris en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, prévoyait que ce dernier devait faire enquête et rapport sur « la gestion du programme de



the Commissioner was not in a position to conclude that the program was mismanaged before having heard from government officials of all levels who were set to testify. This is especially so given that the Commissioner ultimately concluded that the Sponsorship Program was run out of the Prime Minister's Office under the direct supervision of Mr. Pelletier (a senior official who had yet to testify), who "for all practical purposes, assumed the role, the functions and the responsibilities of a Minister of a department charged with the implementation of a program". Without having heard the testimony of all witnesses who were to appear before the Commission, especially those whom he found to be in charge of the program, the Commissioner was not in a position to conclude that the Program was "run in a catastrophically bad way".

[85] Second, to conclude that the mismanagement was "catastrophic" before hearing all the evidence undermined the very purpose of the Commission of Inquiry, creating a sense that the proceedings were perfunctory in nature. The Commissioner's remarks indicate that he had reached conclusions or drawn inferences of fact before the evidence was complete and submissions had been received from all participants. The Commissioner had a duty not to reach conclusions about the management of the Sponsorship Program until having heard all the evidence, and he was not in a position to do so until then. The objective of the inquiry was to get to the truth of the matters that were the subject of Chapters 3 and 4 of the Auditor General's Report. By stating that he "was coming to the same conclusion" and that he "simply confirmed the findings that Sheila Fraser had made" after only three months of hearings would, in my view, leave the reasonable person with the view that the Commissioner had prejudged some of the very matters he was tasked to investigate before hearing all the evidence.

[86] There is other evidence to lead a reasonable observer to conclude that the Commissioner prejudged

commandites et des activités publicitaires par les responsables à tous les niveaux » (non souligné dans l'original). Le commissaire n'était donc pas en mesure de conclure que le programme avait été mal géré avant d'avoir entendu la version des responsables à tous les niveaux qui étaient censés témoigner. Cela est d'autant plus vrai qu'il a conclu en fin de compte que le Programme de commandites était dirigé à partir du Cabinet du Premier ministre, sous la supervision directe de M. Pelletier (un haut dirigeant qui n'avait pas encore témoigné), lequel était « investi, à toutes fins utiles, du rôle, des fonctions et des responsabilités d'un ministre chargé de mettre en œuvre un programme dans un ministère ». Sans avoir entendu le témoignage de tous les témoins qui devaient comparaître devant la Commission, surtout ceux qui, avait-il conclu, étaient responsables du programme, le commissaire n'était pas en mesure de conclure que le programme avait été [TRADUCTION] « dirigé de manière catastrophique ».

[85] Deuxièmement, le fait de conclure que la mauvaise gestion avait été [TRADUCTION] « catastrophique » avant d'avoir entendu la totalité de la preuve minait l'objet même de la Commission d'enquête, donnant ainsi l'impression que les procédures étaient tenues pour la forme. Les propos du commissaire indiquent que ce dernier était arrivé à des conclusions ou avait tiré des inférences de fait avant que la preuve soit complète et que l'on ait obtenu des observations de tous les participants. Le commissaire se devait de ne pas tirer de conclusions sur la gestion du Programme de commandites avant d'avoir entendu la totalité des éléments de preuve et il n'était pas en mesure de le faire avant cela. L'objectif de l'enquête était de découvrir la vérité sur les questions visées par les chapitres 3 et 4 du Rapport de la vérificatrice générale. Le fait de dire qu'il [TRADUCTION] « arrivait à la même conclusion » et qu'il [TRADUCTION] « confirmait simplement les constatations que Sheila Fraser avait faites » après trois mois d'audience seulement donnerait à la personne raisonnable l'impression qu'il avait préjugé de certaines des questions mêmes sur lesquelles il était chargé de faire enquête, et ce, avant d'avoir entendu la totalité de la preuve.

[86] Il y a d'autres preuves qui amèneraient un observateur raisonnable à conclure que le commissaire a

the outcome of the investigation. In Mr. Perreault's book entitled *Inside Gomery* (which the Commissioner in the foreword to the book described as "accurate" ("exacte" in the original, French version)) and in an article in the *Toronto Star*, dated March 1, 2006, Commissioner Gomery is cited as having stated the following with respect to the answer given by the applicant when asked who was responsible for managing the Sponsorship Program: "And the very answer he gave me was the only answer that counted as far as I was concerned. . . . So, with this answer, I had everything that I needed". Again, this comment was made before all the evidence had been heard from the witnesses who were called to testify or were to be called to testify. A reasonable, well-informed person, viewing this statement, would conclude that, instead of sitting as a dispassionate decision maker presiding over the hearings with no pre-established ideas regarding the conclusions he would eventually reach after hearing all the evidence, the Commissioner had a plan or checklist of the evidence that was expected and which was required in order to support predetermined conclusions.

[87] Also, in an article in the *Ottawa Citizen*, dated December 16, 2004, the Commissioner is quoted as having stated, in reference to upcoming evidence that was to be heard by the Commission, that the "juicy stuff" was yet to come. The term "juicy" is defined by the *Canadian Oxford Dictionary* [2nd ed. Toronto: Oxford University Press Canada, 2004] as meaning "racy, scandalous".

[88] This comment trivialized the proceedings, which had enormous stakes for the witnesses involved in the proceedings, especially those who had yet to testify. It telegraphed to the public a prediction that evidence of wrongdoing was forthcoming and, because in terms of public interest the most important witnesses were yet to come (including the applicant and other senior officials and Cabinet ministers), the comment was clearly directed at what might be expected from or about them. Whatever interpretation is given to this comment, the comment bears a pejorative connotation to which no witness ought to have been subjected.

préjugé de l'issue de l'enquête. Dans l'ouvrage de M. Perreault intitulé : *Gomery : l'enquête* (ouvrage que le commissaire qualifie, dans la préface, d'« exact » (« accurate » dans la version anglaise traduite)), ainsi que dans un article paru dans le *Toronto Star* le 1<sup>er</sup> mars 2006, le commissaire Gomery est cité comme ayant déclaré ce qui suit au sujet de la réponse donnée par le demandeur, quand il lui a été demandé qui était chargé de la gestion du Programme de commandites : [TRADUCTION] « Et la réponse même qu'il m'a donnée était la seule qui comptait, quant à moi [. . .] Donc, avec cette réponse, j'avais tout ce qu'il me fallait ». Là encore, ce commentaire a été fait avant d'avoir entendu la totalité de la preuve des témoins qui avaient été ou devaient être appelés à témoigner. Une personne bien renseignée et raisonnable, considérant cette déclaration, conclurait que le commissaire, au lieu de siéger comme un décideur impartial, et présidant les audiences sans aucune idée préconçue quant aux conclusions qu'il tirerait en fin de compte après avoir entendu la totalité de la preuve, avait un plan ou une liste de contrôle des éléments de preuve qui étaient attendus et dont il fallait disposer pour étayer des conclusions prédéterminées.

[87] En outre, dans un article paru le 16 décembre 2004 dans l'*Ottawa Citizen*, le commissaire est cité comme ayant déclaré, au sujet de preuves à venir que la Commission allait entendre, qu'il y avait des « choses juteuses » (*juicy stuff*) encore à venir. Selon le *Canadian Oxford Dictionary* [2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press Canada, 2004], le mot « *juicy* » signifie [TRADUCTION] « corsé ou scandaleux ».

[88] Ce commentaire a banalisé les procédures, qui comportaient des enjeux énormes pour les témoins qui y prenaient part, surtout ceux qui n'avaient pas encore témoigné. Il faisait part au public d'une prédiction que des preuves de méfait étaient à venir et, étant donné que, sur le plan de l'intérêt public, les témoins les plus importants n'avaient pas encore comparu (dont le demandeur, d'autres hauts dirigeants et des ministres du Cabinet), ce commentaire visait manifestement ce à quoi l'on pouvait s'attendre de la part de ces personnes ou à leur sujet. Quelle que soit la manière dont on l'interprète, ce commentaire comporte une connotation péjorative à laquelle aucun témoin n'aurait dû être soumis.

[89] The effect of this comment was exacerbated by a subsequent comment made to the press by the Commissioner’s media spokesperson, Mr. Perreault. When the applicant’s counsel requested an explanation from the Commissioner for comments made by him to the media, the Commission received a number of e-mails from the public. Mr. Perreault stated to the press: “People are saying in the e-mails, ‘What’s Chrétien got to hide?’” Mr. Perreault also recounted this event and the public interest in the Commission’s work in his book [at page 112]:

Particular events sometimes boosted [the number of hits on the Commission’s Web site], bringing a bonus flurry of e-mails. Each time we received a barrage of messages criticizing the reasons behind a motion or the attitude of a witness, or commenting on a shocking admission of guilt, media coverage reflected that reaction. The reverse was also true, when the public reacted to press reports. For example, [following the request for an explanation on January 11, 2005 from] lawyers for the former prime minister — a move that prompted a surge of e-mails — Les Whittington of the *Toronto Star* asked me to confirm the uptick.

“Of course, we got thousands more.”

“And where did they come from — what were they all saying?”

“If I had to say what the gist was, I’d say... ‘What is Jean Chrétien trying to do?’”

That remark won me a headline, an angry response from Jean Chrétien’s lawyers, and a new wave of support.

[90] The applicant submits that it was inappropriate for the Commissioner’s spokesperson to make this statement after his counsel made a “perfectly responsible submission” to the Commission. In the applicant’s view, the Commissioner and Mr. Perreault should not have paid attention to such e-mails as they were irrelevant and not a true representation of public opinion. Most importantly, the applicant stresses that Mr. Perreault’s statement was inaccurate, as none of the e-mails contained such questions or accusations. The Attorney General notes that Mr. Perreault’s role was to address the

[89] L’effet de ce commentaire a été accentué par le commentaire fait aux médias par le porte-parole de la Commission aux médias, M. Perreault. Lorsque les avocats du demandeur ont demandé une explication au commissaire au sujet des commentaires qu’il avait faits auprès des médias, la Commission a reçu un certain nombre de courriels de la part du public. M. Perreault a déclaré à la presse : [TRADUCTION] « Le public demande dans ces courriels : “Qu’est-ce que M. Chrétien a à cacher?” » M. Perreault a également traité de cet incident et de l’intérêt du public pour les travaux de la Commission dans son ouvrage [à la page 157] :

Certains jours, des événements sont venus gonfler l’achalandage avec [le nombre de visites effectuées sur le site Web de la Commission], en prime, un flux de courriels excédant la normale. À chaque poussée d’interventions condamnant les motifs d’une requête ou l’attitude d’un témoin, ou bien commentant une admission choquante, nous retrouvons une réaction semblable dans la couverture médiatique des jours suivants. L’inverse était aussi vrai puisque le public, à son tour, réagissait aux commentaires des médias. Par exemple, [dans les jours qui suivirent la demande d’explications du 11 janvier 2005 présentée] par les avocats de l’ancien premier ministre, Les Whittington, du *Toronto Star*, me demanda si nous avions bel et bien reçu plus de courriels qu’à l’habitude.

« Bien sûr, des milliers de plus. »

« Et d’où viennent-ils, que racontent-ils, tous ces courriels? »

« Si je devais en retenir un sens général, je dirais... mais que veut donc Jean Chrétien avec tout cela? »

Cette remarque me valut tout à la fois une manchette, les foudres des avocats de Jean Chrétien et une nouvelle marée de messages de soutien.

[90] Le demandeur soutient qu’il était inapproprié pour le porte-parole de la Commission de faire cette déclaration après que ses avocats eurent présenté une « observation tout à fait raisonnable » devant la Commission. Selon le demandeur, le commissaire et M. Perreault n’auraient pas dû prêter attention à de tels courriels puisqu’ils n’étaient pas pertinents et qu’ils ne reflétaient pas fidèlement l’opinion du public. Plus important encore, le demandeur souligne que la déclaration de M. Perreault était inexacte, puisqu’aucun des courriels ne contenaient de telles questions ou

public's need to be informed and that his statements were not necessarily vetted by or made with the knowledge of the Commissioner.

[91] I have reviewed the e-mails received by the Commission of which Mr. Perreault was speaking and note that none of the e-mails ask “What’s Chrétien got to hide?” or “What is Jean Chrétien trying to do?” nor can the content of the e-mails be construed in a manner that supports Mr. Perreault’s statement. In my view, it is irrelevant that the Commissioner did not personally make the statement. First, the statement was made by Mr. Perreault, the Commission’s spokesperson and the very person whom the Commissioner, in his opening statement to the proceedings, designated as “the only person who will speak on behalf of the Commission.” Second, in the Commissioner’s ruling on the motion for recusal, the Commissioner essentially affirmed the truthfulness of Mr. Perreault’s statement regarding the content of the e-mails: “As to the comments made to certain journalists by Mr. Perreault, the Commission media spokesman, I wish to state that those comments were made without my knowledge. In any event, Mr. Perreault simply stated the content of e-mails received – a matter of fact”.

[92] This statement, in my view, sent a message to the public that the applicant was indeed trying to conceal something and that his motivation for bringing the motion for recusal (which he was legally permitted to do) was questionable. It damaged the applicant’s reputation by fostering suspicion of the applicant and essentially raised doubts about his integrity. Again, I note that the applicant had yet to appear before the Commission. This comment, along with others made by the Commissioner, had a detrimental effect on the appearance of fairness in the proceedings and gave the impression that the applicant had acted improperly.

[93] Putting aside the fact that the Commissioner prejudged issues in the investigation, there is sufficient

accusations. Le procureur général précise que le rôle de M. Perreault était de répondre aux besoins d’information du public et que ses déclarations n’étaient pas nécessairement approuvées ou faites au su du commissaire.

[91] J’ai examiné les courriels reçus par la Commission dont parlait M. Perreault et j’ai constaté que dans aucun de ces courriels on ne demande « Qu’est-ce que M. Chrétien a à cacher? » ou « Que veut donc Jean Chrétien avec tout cela? » et que le contenu de ces courriels ne peut être interprété de façon à appuyer la déclaration de M. Perreault. À mon avis, il n’est pas pertinent que le commissaire n’ait pas lui-même fait cette déclaration. Premièrement, la déclaration a été faite par M. Perreault, le porte-parole de la Commission et la personne même que le commissaire a désignée, lors de sa déclaration d’ouverture des audiences, comme [TRADUCTION] « la seule personne autorisée à s’exprimer au nom de la Commission ». Deuxièmement, dans sa décision sur la requête en récusation, le commissaire a essentiellement confirmé la véracité de la déclaration de M. Perreault à propos du contenu des courriels : [TRADUCTION] « En ce qui concerne les commentaires faits à certains journalistes par M. Perreault, porte-parole de la Commission, je voudrais dire que ces commentaires ont été faits à mon insu. De toute façon, M. Perreault a tout simplement mentionné le contenu de courriels reçus – un élément de fait ».

[92] À mon avis, cette déclaration transmettait au public le message selon lequel le demandeur tentait effectivement de cacher quelque chose et que sa motivation à l’origine de la requête en récusation (qu’il pouvait légalement déposer) était douteuse. Cela a entaché la réputation du demandeur en suscitant des doutes à son égard et, essentiellement, quant à son intégrité. Une fois encore, je souligne que le demandeur n’avait pas encore comparu devant la Commission. Ce commentaire, ainsi que d’autres commentaires faits par le commissaire, ont eu un effet préjudiciable sur l’équité des procédures et ont donné l’impression que le demandeur avait agi d’une manière inappropriée.

[93] Abstraction faite du fait que le commissaire a préjugé de certaines questions dans l’enquête, il y

evidence in the surrounding circumstances to lead a reasonable person to conclude that the Commissioner was not impartial toward the applicant. The most striking evidence of this is the following pejorative comment made by the Commissioner about the applicant: “It’s such a disappointment that the Prime Minister would put his name on golf balls. That’s really small-town cheap, you know, free golf balls”. Not only was this remark a personal insult directed at the applicant and his background, but it suggests that the Commissioner had come to the conclusion that the applicant had acted improperly even before the applicant appeared before the Commission to give his evidence.

[94] Other evidence of a lack of impartiality toward the applicant is found in the Commissioner’s response to the applicant’s testimony in which the applicant presented a number of golf balls bearing the signatures of other heads of state and one golf ball from Ogilvy Renault LLP. In both Mr. Perreault’s book and in a March 1, 2006 article in the *Toronto Star*, Commissioner Gomery is cited as having remarked: “Whether or not he was involved in this affair, we will find out later. How can a former head of government take part in this vaudeville show! Everything was there, even the shrills at the back of the room. His own lawyer looked uncomfortable. This show did not impress me. I feel sorry for my poor Sally, unjustly dragged into this”.

[95] I note that on a number of occasions, the Commissioner gave assurances that he had not prejudged any issues and that his impartiality remained intact. First, in an article in the *National Post* on December 17, 2004, the Commissioner was quoted as stating: “I don’t think I am in danger of having prejudged an issue that I shouldn’t have prejudged”, and “I haven’t made any judgments or prejudged any issue. I just made a comment on the personality of one of the witnesses”. This second statement was made with respect to a comment the Commissioner had made in an interview the previous day about Mr. Guité: “It’s impossible not to like Chuck Guité”. “Let’s face it, he’s a charming scamp and he had his department mesmerized. He got himself

a suffisamment d’éléments de preuve dans les circonstances de l’affaire pour amener un observateur raisonnable à conclure que le commissaire n’a pas été impartial envers le demandeur. L’élément le plus révélateur est le commentaire péjoratif suivant que le commissaire a fait au sujet du demandeur : [TRADUCTION] « C’est tellement décevant que le premier ministre ait fait inscrire son nom sur des balles de golf. C’est vraiment une attitude villageoise, vous savez, offrir des balles de golf gratis ». Non seulement cette remarque était-elle une insulte à l’endroit du demandeur et de ses origines, mais elle laisse entendre que le commissaire en était arrivé à la conclusion que le demandeur avait agi de manière inappropriée même avant de comparaître devant la Commission pour témoigner.

[94] Une autre preuve de manque d’impartialité envers le demandeur se trouve dans la réponse du commissaire au témoignage du demandeur dans lequel ce dernier avait présenté un certain nombre de balles autographiées d’autres chefs d’États et une balle de golf d’Ogilvy Renault s.r.l. Tant dans l’ouvrage de M. Perreault et que dans un article paru dans le *Toronto Star* le 1<sup>er</sup> mars 2006, le commissaire Gomery est cité comme ayant déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Qu’il ait été impliqué ou non dans la présente affaire, nous finirons par le savoir. Comment un ancien chef de gouvernement peut-il prendre part à ce spectacle de vaudeville! Tout y était, même les réactions au fond de la salle. Son propre avocat avait l’air mal à l’aise. Ce spectacle ne m’a pas impressionné. Je suis désolé pour ma pauvre Sally qui a été injustement entraînée dans cette affaire ».

[95] Je signale qu’à un certain nombre de reprises le commissaire a donné l’assurance qu’il n’avait préjugé d’aucune question et que son impartialité demeurerait intacte. Premièrement, dans un article paru dans le *National Post* le 17 décembre 2004, le commissaire est cité comme ayant déclaré : [TRADUCTION] « Je ne crois pas que je risque d’avoir préjugé d’une question que je n’aurais pas dû préjuger » et [TRADUCTION] « Je n’ai fait aucun jugement ni préjugé d’aucune question. J’ai simplement fait un commentaire sur la personnalité de l’un des témoins ». Cette seconde déclaration a été faite au sujet d’une remarque que le commissaire avait dite la veille, lors d’une entrevue, à propos de M. Guité : [TRADUCTION] « Il est impossible de ne pas aimer Chuck



promoted just before his retirement and thereby built up his pension. I'm going to hear more about Mr. Guité. He will probably have to testify again".

[96] When the hearings resumed in January 2005, counsel for the applicant expressed concern about the statements the Commissioner had made to the media. The Commissioner expressed regret if his comments had caused anxiety or concern and reassured the parties that he had not reached any conclusions and would not do so until having heard all the evidence. However, the Commissioner went on to justify his conduct by stating that there had been a change in what was considered proper judicial conduct and stated:

We have also seen over the last decades an increasing pressure for judges to come out of their ivory towers to establish some sort of a relationship with the media and to permit the media to have a better understanding of what it is that is taking place in the courtrooms or before commissions of inquiry of this kind.

It was on the understanding of this evolution that led me to make... to grant certain interviews at the end of the year. I was told by representatives of the media that there was a desire to know a little bit better what was going on and what could be expected. It was in that context that these press interviews were granted.

In the Commissioner's dismissal of the motion for recusal brought against him by the applicant, the Commissioner provided further reassurances that he had not prejudged any issues and that he remained impartial, stating [*Who is Responsible?: Fact Finding Report*, at pages 629-630]:

In the representations made before me on January 11th, Mr. Scott declared and I quote: "You have closed your mind". That statement was factually incorrect. I am the only person in the world who could know if I had closed my mind, and I said then, to reassure Mr. Scott and others, that my mind remained open. It is still open today and I repeat that I have not yet reached any final conclusion on any of the questions which this Inquiry calls upon me to decide.

Guité ». [TRADUCTION] « Reconnaissons-le, il est un charmant coquin qui avait envoûté son ministère. Il a réussi à obtenir une promotion juste avant de prendre sa retraite et a ainsi amélioré sa pension. Je vais en entendre davantage sur M. Guité. Il devra probablement témoigner de nouveau ».

[96] Quand les audiences ont repris en janvier 2005, les avocats du demandeur ont fait part de leur inquiétude au sujet des déclarations que le commissaire avait faites aux médias. Ce dernier a déclaré que, si ses commentaires avaient été une cause d'anxiété ou d'inquiétude, il le regrettrait, et il a rassuré les parties qu'il n'avait tiré aucune conclusion et qu'il ne le ferait pas avant d'avoir entendu la totalité de la preuve. Cependant, le commissaire a ensuite justifié sa conduite en disant qu'il y avait eu un changement dans ce que l'on considérait comme une conduite appropriée de la part des juges, et il a déclaré ceci :

Nous avons aussi pu voir durant les dernières décennies que l'on a exercé de plus en plus de pression sur les juges afin qu'ils sortent de leur tour d'ivoire pour établir une certaine relation avec les médias et leur permettre de mieux comprendre ce qui se passe dans les salles d'audience ou devant les commissions d'enquête de ce genre.

C'est ma compréhension de cette évolution qui m'a amené à faire [...] à accorder quelques entrevues à la fin de l'année. Des représentants des médias m'ont dit que les gens désiraient en savoir un peu plus concernant ce qui se passait et ce à quoi ils pouvaient s'attendre. C'est dans ce contexte que j'ai accordé ces entrevues aux médias.

En rejetant la requête en récusation déposée contre lui par le demandeur, le commissaire a donné une assurance supplémentaire qu'il n'avait préjugé d'aucune question et qu'il demeurerait impartial [*Qui est responsable? : Rapport factuel*, aux pages 656 et 657] :

Lors de ses représentations devant moi le 11 janvier, M. Scott a déclaré, et je cite : « Vous avez l'esprit fermé ». Cette affirmation est factuellement incorrecte; je suis le seul au monde à pouvoir dire si je me suis fait mon idée ou non, et j'ai alors répondu, pour rassurer M. Scott et d'autres, que tel n'est pas le cas. Je garde l'esprit ouvert et je répète que je n'ai encore tiré aucune conclusion définitive sur aucune des questions dont cette Commission d'enquête est saisie.

When I referred to the report of the Auditor General, I am quoted as saying that I “was coming” to the same conclusions as she did, not that I had so concluded. In other words, I indicated that my mental processes were ongoing; I have not closed my mind to contrary evidence, should such evidence be adduced.

When I made reference to autographed golf balls, I said that it was disappointing to have heard evidence that a Prime Minister *would* allow (note the use of the conditional tense) his name to be used in this way. My mind remains open to any reasonable explanation, and it is a small point in any event. I am looking forward to hearing Mr. Chrétien’s testimony.

I have heard contradictory evidence, from various witnesses. I must conclude that some witnesses have not been truthful, but I did not say which witness or witnesses I was talking about, or indicate which of the conflicting versions I may be inclined to prefer. As to the relative truthfulness of various witnesses, these are conclusions I will draw only in light of all the evidence thus far and yet to come.

Finally, my description of Mr. Guité and the characterization of him as a “charming scamp”, which is admittedly the kind of colourful language that judges should avoid using, does not in any way betray how I feel about his credibility. Sometimes charming people are credible and sometimes not. It is too soon to decide what weight I will give to Mr. Guité’s testimony. That remains to be decided when the hearings are completed.

[97] The Attorney General relies heavily on these assurances by the Commissioner in support of the argument that the Commissioner had not formed premature conclusions. That the Commissioner made assurances that he had not prejudged any issue is irrelevant, as one may be unaware of their own biases. In *Reg. v. Gough*, [1993] A.C. 646 (H.L.), at page 665 (quoted by the Supreme Court of Canada in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259 [at paragraph 65]), Lord Goff, quoting Devlin L.J. in *Reg. v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers’ Association*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.), stated:

Bias is or may be an unconscious thing and a man may honestly say that he was not actually biased and did not allow his interest to affect his mind, although, nevertheless, he may have allowed it unconsciously to do so. The matter must be determined upon the probabilities to be inferred from the circumstances in which the justices sit.

On dit que j’ai déclaré, en me référant au Rapport de la Vérificatrice générale, que « je suis en train d’arriver » aux mêmes conclusions qu’elle, et non pas que j’ai déjà tiré ces conclusions. Autrement dit, j’indiquais alors que ma réflexion continuait; je n’ai exclu d’avance aucune preuve du contraire qui pourrait être faite.

Quand j’ai parlé des balles de golf autographiées, j’ai dit qu’il était décevant d’avoir entendu dire en preuve qu’un premier ministre *aurait* autorisé (je souligne le conditionnel) une telle utilisation de son nom. Je n’exclus aucune explication raisonnable à ce sujet, qui revêt au demeurant un intérêt mineur. J’attends avec intérêt le témoignage de M. Chrétien.

J’ai entendu des témoignages contradictoires de divers témoins. Force m’est de conclure que certains d’entre eux n’ont pas dit la vérité, mais je n’en ai nommé aucun et je n’ai pas non plus indiqué lesquelles des versions contradictoires je puis être porté à préférer. En ce qui concerne l’honnêteté relative des divers témoins, c’est un facteur au sujet duquel je tirerai mes conclusions uniquement à la lumière de toute la preuve déjà recueillie et de celle à venir.

Finalement, ma description de M. Guité et le fait que je l’ai qualifié de « charmant garnement », expression imagée qu’un juge devrait sans doute éviter, j’en conviens, ne révèlent aucunement ce que je pense de sa crédibilité. Les personnes charmantes sont parfois dignes de foi, parfois pas. Il est encore trop tôt pour que je décide quelle valeur j’accorderai au témoignage de M. Guité. Je tirerai ma conclusion à ce sujet quand les audiences seront terminées.

[97] Le procureur général se fonde dans une large mesure sur ces assurances qu’a données le commissaire pour faire valoir que ce dernier n’était pas parvenu à des conclusions prématurées. Il n’est pas pertinent que le commissaire ait donné l’assurance de n’avoir préjugé d’aucune question, car une personne peut ne pas être consciente de ses propres partis pris. Dans l’arrêt *Reg. v. Gough*, [1993] A.C. 646 (H.L.), à la page 665 (arrêté cité par la Cour suprême du Canada dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259 [au paragraphe 65]), lord Goff, citant le lord-juge Devlin dans *Reg v. Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers’ Association*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.), a déclaré ceci :

[TRADUCTION] La partialité est ou peut être une attitude inconsciente, et une personne peut sincèrement affirmer qu’elle n’était pas réellement partielle et qu’elle n’a pas laissé ses propres intérêts influencer sur sa pensée, bien qu’elle puisse avoir inconsciemment permis que cela se produise. La question doit être tranchée en fonction des probabilités qui peuvent

[98] The determinative test, as stated above, is whether a reasonably well-informed person, viewing the matter realistically and practically, would conclude that there is a reasonable apprehension of bias. As I have already stated, I am satisfied that the test for a reasonable apprehension of bias has been met in this case.

[99] Lastly, I note that the Commissioner made other inappropriate comments that seemingly tainted the purpose and focus of the inquiry. On a number of occasions, the Commissioner referred to the proceedings as a “show” or “spectacle” and even declared: “I have the best seat in the house for the best show in town”. Upon his retirement, the Commissioner further commented: “I was criticized for saying it but I stand by what I said – I had the best seat in the house for the best show in town”. “It was an amazing spectacle. It was a drama with surprise discoveries almost every day, with eminently competent lawyers. It was an ideal situation for the person running the show”. “It wasn’t a rehearsed spectacle, but to see witnesses, one after the other, making startling revelations after being confronted with documents they couldn’t explain was exciting and engrossing”. Although these statements do not indicate a reasonable apprehension of bias toward the applicant *per se*, they had the effect of transforming the nature of the inquiry from one that was a fact-finding mission with the hallmarks of fairness into an “exhibition” of misconduct on the part of senior government officials.

[100] The applicant has also raised concerns about the Commissioner’s preoccupation with the media. He argues that Commissioner Gomery was seduced by the media and the limelight to such an extent that the judicial instinct for fairness, objectivity and restraint which the applicant was entitled to expect of him gave way to a preoccupation on his part with focussing media (and public) attention upon himself, a course of conduct which preordained unfavourable findings about the applicant in the Report.

être inférées des circonstances dans lesquelles les juges ont entendu l’affaire.

[98] Le critère déterminant, ainsi qu’il est indiqué ci-dessus, consiste à savoir si une personne raisonnablement bien renseignée, qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, conclurait à une crainte raisonnable de partialité. Comme je l’ai déjà dit, je suis persuadé que le critère de la crainte raisonnable de partialité a été respecté en l’espèce.

[99] Enfin, je signale que le commissaire a fait d’autres commentaires inopportuns qui ont censément entaché l’objet et le point de mire de l’enquête. À un certain nombre de reprises, il a qualifié les procédures de « show » ou de « spectacle », allant même jusqu’à déclarer : « J’ai le meilleur siège pour le meilleur spectacle en ville ». Au moment de prendre sa retraite, le commissaire a aussi déclaré : [TRADUCTION] « J’ai été critiqué pour l’avoir dit, mais j’insiste. J’avais le meilleur siège de la maison pour le meilleur spectacle en ville ». [TRADUCTION] « C’était un beau spectacle qui se passait. C’était un drame avec une découverte presque à tous les jours, avec des avocats de grande compétence. C’était une situation idéale pour celui qui présidait ». [TRADUCTION] « Ce n’était pas un spectacle qui avait été répété, mais de voir des témoins, l’un après l’autre, faire des révélations surprenantes après avoir été confrontés à des documents qu’ils ne pouvaient pas expliquer était excitant et captivant ». Même si ces déclarations ne dénotent pas en soi une crainte raisonnable de partialité à l’endroit du demandeur, elles ont eu pour effet de transformer la nature de l’enquête, de la faire passer d’une mission de collecte de faits marquée du sceau de l’équité à un « étalage » d’actes d’inconduite de hauts dirigeants du gouvernement.

[100] Le demandeur a également fait état de ses doutes au sujet de la préoccupation du commissaire Gomery à l’égard des médias. Il soutient que ce dernier a été séduit par les médias et les fruits de la célébrité au point où l’instinct judiciaire d’équité, d’objectivité et de retenue auxquels le demandeur était en droit de s’attendre du commissaire a cédé le pas à la volonté de sa part d’attirer sur lui-même l’attention des médias (et du public), une attitude qui laissait présager que des conclusions défavorables seraient tirées à propos du demandeur dans le rapport d’enquête.

[101] I agree with the applicant that the Commissioner became preoccupied with ensuring that the spotlight of the media remained on the Commission's inquiry, and he went to great lengths to ensure that the public's interest in the Commission did not wane. This preoccupation with the media outside the hearing room had a detrimental impact on the fairness of the proceedings.

[102] I note that the Commissioner, in his ruling on the motion for recusal, acknowledged that some of the statements he had made during the interviews were, in his words, "ill-advised" and "inappropriate". He further acknowledged that his statements detracted attention from "the real objective of the Inquiry, which [was] to get at the truth of the matters which were subject of Chapters 3 and 4 of the Report of the Auditor General" and expressed his regret for this distraction. However, this acknowledgement and expression of regret, in my view, were incapable of repairing the harm that the Commissioner caused to the applicant's reputation and the irreparable harm caused to the fairness or apparent fairness of the proceedings.

[103] Considering again the basic principles applicable to commissions of inquiries so succinctly set down by Justice Cory in *Krever*, above, I do not read that it is a function of a commissioner to grant press interviews nor to express, during such an interview or interviews, an opinion as to what the evidence showed, and more particularly, to express that opinion before all of the evidence had been heard from the witnesses who were called to testify or were to be called to testify. Although I do not necessarily agree with the applicant that the Commissioner's preoccupation with the media "preordained unfavourable findings about the Applicant in the Report", I find that the Commissioner's conduct outside the hearing room had a detrimental effect on the fairness of the proceedings in that the applicant was put in a position in which he was caused to appear before a commission that had publicly questioned his conduct and integrity before he had even appeared before the commission.

[101] Je suis d'accord avec le demandeur que le commissaire s'est soucié de veiller à ce que les projecteurs des médias demeurent braqués sur l'enquête de la Commission, et qu'il s'est donné beaucoup de mal pour que l'intérêt du public à l'endroit de la Commission ne décline pas. Cette préoccupation à l'égard des médias, à l'extérieur de la salle d'audience, a eu un effet préjudiciable sur l'équité des procédures.

[102] Je signale que le commissaire a reconnu, dans sa décision sur la requête en récusation, que certaines des déclarations qu'il avait faites au cours des entrevues étaient, et ce sont ses propres paroles, [TRADUCTION] « regrettables » et « inappropriées ». Il a admis aussi que ses déclarations avaient eu pour effet de détourner l'attention de « l'objectif réel de cette enquête, lequel [était] de mettre au jour la vérité sur les questions soulevées dans les chapitres 3 et 4 du Rapport de la vérificatrice générale » et il a dit regretter cette conséquence. Cependant, cette reconnaissance et cette expression de regret, à mon sens, ne peuvent réparer le préjudice que le commissaire a causé à la réputation du demandeur, ainsi que le préjudice irréparable occasionné à l'équité, réelle ou apparente, des procédures.

[103] Si l'on considère de nouveau les principes fondamentaux qui s'appliquent aux commissions d'enquête et que le juge Cory a énoncés si succinctement dans l'arrêt *Krever*, précité, je ne crois pas que l'une des fonctions d'un commissaire consiste à accorder des entrevues à la presse, ni à exprimer, au cours de ces dernières, une opinion sur ce que la preuve a montré, ni, plus particulièrement, à exprimer cette opinion avant d'avoir entendu la totalité de la preuve des témoins qui ont été appelés à témoigner ou qui devaient l'être. Bien que je ne sois pas forcément d'accord avec la prétention du demandeur selon laquelle la préoccupation du commissaire à l'égard des médias « laissait présager que des conclusions défavorables seraient tirées au sujet du demandeur dans le rapport d'enquête », je conclus que la conduite du commissaire à l'extérieur de la salle d'audience a eu un effet préjudiciable sur l'équité des procédures, en ce sens que le demandeur a été mis dans une situation où il était tenu de comparaître devant une commission qui avait mis en doute publiquement sa conduite et son intégrité, avant qu'il ait même comparu devant elle.

[104] The media is not an appropriate forum in which a decision maker is to become engaged while presiding over a commission of inquiry, a trial, or any other type of hearing or proceeding. Indeed, the only appropriate forum in which a decision maker is to become engaged is within the hearing room of the very proceeding over which he or she is presiding. Comments revealing impressions and conclusions related to the proceedings should not be made extraneous to the proceedings either prior, concurrently or even after the proceedings have concluded.

[105] I stress that even in public inquiries where the purpose of the proceedings is to educate and inform the public, it is not the role of decision makers to become active participants in the media. First and foremost, a decision maker's primary duty is to remain impartial, with an open mind that is amenable to persuasion. It is only when all the evidence is heard and after deliberating on that evidence that a decision maker is to form conclusions and, finally, to issue a judgment or report on the basis of these conclusions. It follows that a decision maker speaks by way of his or her decision. This is the only appropriate forum in which a decision maker should state his or her conclusions. As my colleague, mentor and friend, the late Justice Frank Collier once said to me when I was first appointed as a judge, "Let the decision speak for itself".

[106] I am convinced that an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through would find that the Commissioner's statements to the media during the Phase I hearings, after the release of the Report and upon his retirement, viewed cumulatively, indicate that the Commissioner prejudged issues under investigation and that he was not impartial toward the applicant. The nature of the comments made to the media are such that no reasonable person, looking realistically and practically at the issue, and thinking the matter through, could possibly conclude that the Commissioner would decide the issues fairly.

[107] I do note, however, that with respect to the other statements raised by the applicant in support of his argument on this point and which I have not dealt with directly in my reasons, I do not find these

[104] Les médias ne sont pas une tribune que doit fréquenter un décideur quand il préside une commission d'enquête, un procès ou n'importe quel autre type d'audience ou de procédure. En fait, la seule tribune appropriée qu'un décideur doit fréquenter est la salle d'audience où se déroule la procédure même qu'il préside. Il faut éviter de faire de commentaires révélant des impressions et des conclusions liées aux procédures à l'extérieur de ces dernières, soit avant, soit en même temps, soit même après leur conclusion.

[105] Je souligne que, même dans le cadre d'une enquête publique où l'objet des procédures est d'éduquer et d'informer le public, il n'appartient pas aux décideurs d'intervenir de manière active dans les médias. La fonction première d'un décideur est, d'abord et avant tout, de demeurer impartial, d'avoir un esprit ouvert susceptible de persuasion. Ce n'est qu'après avoir entendu la totalité des preuves et avoir délibéré sur ces dernières qu'un décideur peut former des conclusions et, en dernier lieu, rendre un jugement ou publier un rapport sur le fondement de ses conclusions. Il s'ensuit qu'un décideur s'exprime par la décision qu'il rend. C'est là le seul endroit où un décideur devrait énoncer ses conclusions. Comme mon collègue, mentor et ami, feu le juge Frank Collier m'a dit un jour, quand j'ai été nommé juge pour la première fois : [TRADUCTION] « La décision doit parler d'elle-même ».

[106] Je suis convaincu qu'une personne bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait que les déclarations faites par le commissaire aux médias lors des audiences relatives à la phase I, après la publication du rapport d'enquête et au moment de prendre sa retraite, considérées cumulativement, dénotent qu'il a préjugé de diverses questions visées par l'enquête et qu'il n'a pas été impartial à l'endroit du demandeur. La nature des commentaires faits aux médias est telle qu'aucune personne raisonnable, examinant la question de façon réaliste et pratique et l'étudiant en profondeur, ne pourrait conclure que le commissaire trancherait les questions en litige de manière équitable.

[107] Cependant, je signale qu'en ce qui concerne les autres déclarations faites par le demandeur au soutien de son argument sur ce point, et dont je n'ai pas abordé directement dans mes motifs, je n'estime pas que ces



remarks establish a reasonable apprehension of bias. For example, Commissioner Gomery's comments that his findings could prove "very harmful" to then-prime minister Paul Martin's career and that the Report "might have more consequences for a minority government than for a majority government" are simply indicative of Commissioner Gomery's awareness of the public interest in the inquiry and the possible ramifications the Report could have in the political sphere. Such awareness does not amount to a reasonable apprehension of bias in my view.

[108] Given that I have already found a reasonable apprehension of bias on the part of the Commissioner toward the applicant, I need not address the remaining issues in this application. At the hearing, the parties made submissions regarding the effect of a finding of a reasonable apprehension of bias on the Commissioner's Report if one were to be found. I conclude that, as a result of my finding that there existed a reasonable apprehension of bias on the part of the Commissioner toward the applicant, the findings in the Report, as they relate to the applicant, must be set aside. This is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *Newfoundland Telephone*, wherein Justice Cory, writing for the Court, held that where a reasonable apprehension of bias is found to exist on the part of a tribunal, its decision must be treated as void.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

- (a) the findings contained in the Phase I Report of the Commissioner, dated November 1, 2005, and relating to the applicant are set aside;
- (b) costs for this application, as for the rule 312 interlocutory motion, are awarded to the applicant;
- (c) costs on the Attorney General's motion to quash paragraphs in the affidavit of Jean-Sébastien Gallant are awarded to the Attorney General.

remarques établissent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Par exemple, les commentaires du commissaire Gomery, selon lesquels ses conclusions étaient susceptibles de « nuire gravement » à la carrière du premier ministre d'alors Paul Martin et que le Rapport [TRADUCTION] « pouvait entraîner davantage de conséquences sur un gouvernement minoritaire que sur un gouvernement majoritaire », indiquent tout simplement que le commissaire Gomery était conscient de l'intérêt du public à l'égard de l'enquête et des incidences possibles du Rapport dans le domaine politique. À mon avis, une telle prise de conscience ne constitue pas une crainte raisonnable de partialité.

[108] Comme j'ai déjà conclu à une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire à l'égard du demandeur, je n'ai pas à traiter des autres questions soulevées dans la présente demande. À l'audience, les parties ont présenté des observations à propos de l'effet qu'aurait une éventuelle conclusion de crainte raisonnable de partialité sur le rapport du commissaire. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire à l'égard du demandeur, il convient d'infirmer les conclusions figurant dans le rapport qui ont trait au demandeur. Cela concorde avec l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Newfoundland Telephone*, où le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, a statué que, lorsqu'il est conclu qu'un tribunal administratif a suscité une crainte raisonnable de partialité, sa décision doit être considérée nulle.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE ET ADJUGE que :

- (a) les conclusions qui figurent dans le rapport, phase I du commissaire, daté du 1<sup>er</sup> novembre 2005, et qui ont trait au demandeur sont infirmées;
- (b) les dépens relatifs à la présente demande, de même qu'à la requête interlocutoire présentée en vertu de la règle 312 des Règles, sont accordés au demandeur;
- (c) les dépens relatifs à la requête du procureur général en vue de faire radier les paragraphes figurant dans l'affidavit de Jean-Sébastien Gallant sont accordés au procureur général.