

A-952-88

A-952-88

Attorney General of Canada, on behalf of the Minister of Industry, Trade and Commerce (Appellant)

v.

Central Cartage Company, Detroit International Bridge Company, and Canadian Transit Company (Respondents)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CENTRAL CARTAGE Co. (C.A.)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Urie and Marceau JJ.A.—Ottawa, February 27 and May 3, 1990.

Crown — Practice — Privilege — FIRA application regarding transfer of shares in international bridge company — Production of documents ordered — Clerk of Privy Council objecting to disclosure, certifying eight documents confidence of Queen's Privy Council — Trial Judge ordering documents produced unless proper certificate under Canada Evidence Act, s. 36.3 filed — Judge ordering certificate to contain certain information — Judge incorrectly interpreting s. 36.3 — S. 36.3 infringing neither Charter nor Bill of Rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Whether Charter, s. 15 contravened by Canada Evidence Act, s. 36.3 giving Crown as litigant right to suppress evidence when right not available to others — Respondents, as corporations, cannot rely on s. 15 which protects individuals — S. 36.3 grant of Crown privilege not distinguishing between classes of individuals on basis of enumerated or analogous ground — Crown not individual with whom comparison can be made.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Whether Canada Evidence Act, s. 36.3 contravening Charter, s. 7 — Respondents, as corporations, unable to rely on s. 7 — Not within exception in Andrews v. Law Society of British Columbia as main proceeding (application under Foreign Investment Review Act, s. 20) not penal in nature.

Bill of rights — Whether Government's disallowance of transfer of shares in international bridge company and refusal to disclose documents under Canada Evidence Act, s. 36.3 deprivation of right to enjoyment of property without due process contrary to Bill of Rights, s. 1(a) — Respondents, as corporations, unable to rely on s. 1(a) which applies only to individuals — Whether s. 36.3 contravening s. 2(e) right to fair hearing in accordance with principles of fundamental justice by preventing adequate statement of case — "Principles of

Le Procureur général du Canada, pour le compte du ministre de l'Industrie et du Commerce (appelant)

c.

Central Cartage Company, Detroit International Bridge Company et Canadian Transit Company (intimées)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CENTRAL CARTAGE Co. (C.A.)

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci et juges Urie et Marceau, J.C.A.—Ottawa, 27 février et 3 mai 1990.

Couronne — Pratique — Communications privilégiées — Demande fondée sur la LEIÉ au sujet du transfert d'actions à une société qui administre un pont international — Production de documents ordonnée — Le greffier du Conseil privé s'est opposé à la divulgation de huit documents, attestant que ceux-ci sont des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada — Le juge de première instance a ordonné que les documents soient produits, à moins qu'un certificat approprié conformément à l'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada ne soit déposé — Le juge a ordonné que le certificat renferme certains renseignements — Le juge a mal interprété l'art. 36.3 — L'art. 36.3 ne viole ni la Charte ni la Déclaration des droits.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Il s'agit de savoir si l'art. 36.3, qui permet à la Couronne, comme partie à un litige, de supprimer des éléments de preuve, viole l'art. 15 de la Charte, puisque personne d'autre ne jouit de ce droit — Les intimées, comme sociétés, ne peuvent se fonder sur l'art. 15, qui protège les personnes — L'art. 36.3, qui accorde un privilège à la Couronne, ne crée pas de distinction entre des catégories de personnes d'après des motifs énumérés ou des motifs analogues — La Couronne n'est pas une personne avec laquelle une comparaison peut être établie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Il s'agit de savoir si l'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada viole l'art. 7 de la Charte — Les intimées, comme sociétés, ne peuvent se fonder sur l'art. 7 — Elles ne sont pas visées par l'exception prévue dans l'arrêt Andrews c. Law Society of British Columbia, étant donné que la procédure principale (demande fondée sur l'art. 20 de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger) n'est pas de nature pénale.

Déclaration des droits — Il s'agit de savoir si le rejet par le gouvernement du transfert d'actions à une société qui administre un pont international et le refus de divulguer des documents en application de l'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada constituent une dénégation du droit à la jouissance des biens sans l'application régulière de la loi, contrairement à l'art. 1(a) de la Déclaration des droits — Les intimées, comme sociétés, ne peuvent se fonder sur l'art. 1(a), qui ne s'applique qu'aux personnes — Il s'agit de savoir si l'art. 36.3 viole le

fundamental justice” qualify “right to fair hearing” — *Bill of Rights, s. 2(e) narrower in scope than Charter, s. 7* — *Crown privilege attaching to Cabinet confidence exception to audi alteram partem rule* — *Right to fair hearing not denied given limited purpose and scope of Foreign Investment Review Act, s. 20 proceeding.*

Foreign investment review — Main proceeding application under Foreign Investment Review Act, s. 20 for Court order implementing Cabinet decision disallowing transfer of shares in international bridge company — Appeal from order requiring production of documents unless certificate of Clerk of Privy Council refiled in proper form under Canada Evidence Act, s. 36.3 — Trial Judge erred in construction of s. 36.3 — Limited purpose and scope of s. 20 proceeding considered in relation to whether s. 36.3 contrary to Canadian Bill of Rights, s. 2(e).

This was an appeal from an order to produce certain documents alleged to be privileged unless the appellant files a certificate in proper form as required by section 36.3 of the *Canada Evidence Act*. The Clerk of the Privy Council objected to the disclosure of certain documents in the main proceeding, an application under section 20 of the *Foreign Investment Review Act* (FIRA), by certifying that each of the documents was a confidence of the Queen’s Privy Council. Further to an application to strike the certificate, the Trial Judge made the order under appeal. He held that the certificate must provide sufficient information to enable a Court to determine whether the information described in the certificate is properly categorized. He held that the document must be named and the certificate should state the date of the document, from whom and to whom it was sent and its subject-matter. The appellant argued that it was not open to the Court to require such disclosure. The respondents contended that section 36.3 of the *Canada Evidence Act* is invalid as it infringes sections 7 and 15 of the Charter and paragraphs 1(a) and 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

Held, the appeal should be allowed.

The Trial Judge had incorrectly interpreted section 36.3. That section relates only to an objection to disclosing information that is a “confidence of the Queen’s Privy Council for Canada”. Unlike sections 36.1 and 36.2 which reflect a balancing of the public interest in non-disclosure and that in the administration of justice, section 36.3 is absolute. Subject only to compliance with the requirements of the section, the decision of the Clerk that any information constitutes a confidence of the Queen’s Privy Council is not subject to review by any court.

droit, prévu à l’art. 2e), à une audience impartiale conformément aux principes de justice fondamentale en empêchant une partie de présenter sa cause de façon appropriée — Les «principes de justice fondamentale» se rapportent au «droit à une audience impartiale» — L’art. 2e) de la Déclaration des droits a une portée plus restreinte que l’art. 7 de la Charte — Le privilège de la Couronne à l’égard des renseignements confidentiels du Cabinet constitue une exception à la règle audi alteram partem — Le droit à une audience impartiale n’est pas refusé, compte tenu de la portée et de l’objectif restreints de la procédure fondée sur l’art. 20 de la Loi sur l’examen de l’investissement étranger.

Examen de l’investissement étranger — La procédure principale est une demande fondée sur l’art. 20 de la Loi sur l’examen de l’investissement étranger en vue d’obtenir une ordonnance donnant effet à une décision par laquelle le Cabinet a refusé le transfert d’actions à une société qui administre un pont international — Appel de l’ordonnance exigeant la production de documents, à moins que le certificat du greffier du Conseil privé ne soit déposé à nouveau en la forme appropriée conformément à l’art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada — Le juge de première instance a fait une interprétation erronée de l’art. 36.3 — Examen de la portée et du but restreints de la procédure fondée sur l’art. 20 à l’égard de la question de savoir si l’art. 36.3 viole l’art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits.

Il s’agit d’un appel à l’encontre d’une ordonnance enjoignant à l’appelant de produire certains documents visés par une allégation de privilège, à moins que l’appelant ne dépose un certificat en la forme appropriée conformément aux exigences de l’article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le greffier du Conseil privé s’est opposé à la divulgation de certains documents dans la procédure principale, qui est une demande fondée sur l’article 20 de la *Loi sur l’examen de l’investissement étranger* (LEIÉ), en déclarant dans un certificat que chacun des documents était un renseignement privilégié du Conseil privé de la Reine. À la suite d’une demande de radiation du certificat, le juge de première instance a rendu l’ordonnance faisant l’objet de l’appel. Il a décidé que le certificat doit renfermer suffisamment de renseignements pour permettre à un tribunal de déterminer si les renseignements décrits dans le certificat sont classifiés de la façon appropriée. Il a décidé que le document doit être nommé et que la date et l’objet dudit document doivent être indiqués dans le certificat, de même que le nom de la personne qui l’a envoyé et celle à laquelle il a été envoyé. L’appelant a soutenu qu’il n’est pas loisible à la Cour d’exiger cette divulgation. Les intimés ont fait valoir que l’article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* est invalide, étant donné qu’il viole les articles 7 et 15 de la Charte et les alinéas 1a) et 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Arrêt: l’appel devrait être accueilli.

Le juge de première instance a mal interprété l’article 36.3. Cet article porte uniquement sur une objection à la divulgation d’un renseignement qui est un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada». Contrairement aux articles 36.1 et 36.2, qui traduisent l’équilibre entre l’intérêt public lié à la non-divulgation et l’intérêt public qui concerne l’administration de la justice, l’article 36.3 a un caractère absolu. La décision du greffier selon laquelle un renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la

A court cannot go behind the certificate and examine the documents. It can only determine whether the certificate on its face asserts a privilege within the statutory limitations. The certificate must track the language of the subsection to assure litigants and the courts that the Clerk of the Privy Council has directed his mind to the statutory requirements.

The respondents argued that section 36.3 infringed Charter, section 7 by depriving them of security of the person without compliance with fundamental justice. But as corporations, they cannot invoke section 7 as it is limited to human beings. The exception to this principle, that any accused may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid, does not apply because the main proceeding under section 20 of FIRA is not penal.

Similarly, respondents, as corporations, could not succeed with the submission that Charter, section 15 is contravened because their right of equality under the law is infringed by section 36.3 which gives to the Crown, as a party litigant, a right to suppress evidence—confidences of the Queen's Privy Council—not available to other litigants. In any event, according to the tests in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, section 15 had not been contravened. As to whether the respondents have received unequal treatment, the Crown could not be equated with an individual. It represents the State and the interests of all members of Canadian society. The Crown, in section 36.3 of the *Canada Evidence Act*, is not an individual with whom a comparison can be made to determine whether a section 15 violation has occurred. In giving the Crown a privilege against discovery with respect to certain information, section 36.3 distinguishes between classes of individuals neither on the basis of any enumerated grounds in subsection 15(1) nor on any analogous grounds.

The respondents argued that the Government's disallowance of the transfer of shares and the use of section 36.3 amount to a deprivation of the enjoyment of property without due process, contrary to the *Canadian Bill of Rights*, paragraph 1(a). Again, this paragraph applies to individuals and does not extend to corporations.

Finally, the respondents submitted that section 36.3 violated paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* in the context of the proceeding contemplated by section 20 of FIRA. It was argued that the right to a fair hearing in accordance with fundamental justice is enshrined in paragraph 2(e) and fundamental justice includes the right to state one's case adequately. As section 36.3 prevents the adequate statement of their case, the respondents contend that it violates paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. The fair hearing guaranteed in paragraph 2(e) is not, however, a frozen concept that remains static. The guarantee of a fair hearing in paragraph 2(e) should be given a meaning that recognizes not only the interpretation and evolution of the term over time but also the particular circumstances involved. In addition, the words "principles of fundamental justice" qualify the "right to a fair hearing" and operate differently from Charter, section 7 because in the latter

Reine ne peut faire l'objet d'un examen par un tribunal, pourvu, et c'est la seule restriction, que les exigences explicites de l'article soient respectées. La cour ne peut aller au-delà du libellé du certificat et examiner les documents. Elle peut uniquement déterminer si, à première vue, le certificat renferme une allégation de privilège selon les limites législatives. Le certificat doit reprendre le libellé de la disposition car les parties et les tribunaux ont droit à l'assurance que le greffier du Conseil privé a dûment tenu compte des exigences législatives.

Les intimées ont soutenu que l'article 36.3 violait l'article 7 de la Charte, parce qu'il les privait de la sécurité de la personne sans respecter les principes de justice fondamentale. Cependant, en tant que sociétés, elles ne peuvent invoquer l'article 7, parce que celui-ci s'applique uniquement aux êtres humains. L'exception à ce principe, selon laquelle tout prévenu peut contester une accusation au pénal en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle, ne s'applique pas, parce que la procédure principale fondée sur l'article 20 de la LEIE n'est pas une procédure de nature pénale.

De la même façon, les intimées, comme sociétés, ne peuvent soutenir que l'article 15 de la Charte est violé parce que leur droit à l'égalité selon la loi est violé par l'article 36.3, qui accorde à la Couronne, comme partie à un litige, le droit de supprimer des éléments de preuve (renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine), droit dont les autres parties ne peuvent disposer. À tout événement, selon les critères établis dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, l'article 15 n'a pas été violé. En ce qui a trait à la question de savoir si les intimées ont reçu un traitement injuste, la Couronne ne peut être assimilée à une personne. Elle représente l'État et les intérêts de tous les membres de la société canadienne. La Couronne, à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, n'est pas une personne avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation de l'article 15. En accordant à la Couronne un privilège à l'encontre de la divulgation de certains renseignements, l'article 36.3 n'établit aucune distinction entre les catégories de personnes d'après des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou des motifs analogues.

Les intimées ont fait valoir que le rejet par le gouvernement du transfert des actions et l'application de l'article 36.3 constituent une dénégation du droit à la jouissance des biens sans l'application régulière de la loi, ce qui est contraire à l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*. Encore là, cette disposition s'applique aux personnes et non aux sociétés.

Enfin, les intimées ont allégué que l'article 36.3 violait l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* dans le contexte de la procédure visée par l'article 20 de la LEIE. Selon les intimées, le droit à une audience impartiale conformément aux principes de justice fondamentale est enclavé à l'alinéa 2e) et la justice fondamentale comprend le droit de présenter sa cause d'une façon appropriée. Comme l'article 36.3 les empêche de présenter leur cause de façon appropriée, les intimées soutiennent que cette disposition viole l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, le droit à une audience impartiale qui est garanti à l'alinéa 2e) n'est pas un concept gelé qui demeure statique. Lorsqu'elle doit interpréter ce concept, la Cour doit lui donner un sens qui tient compte non seulement de l'interprétation et de l'évolution de l'expression au fil du temps, mais aussi du contexte précis dans lequel elle est soulevée. En outre, les mots «principes de justice fondamentale»

they qualify much more fundamental rights, namely the "right to life, liberty and security of the person". Consequently, paragraph 2(e) is much narrower in scope than section 7 of the Charter in that the former deals solely with procedural fairness. Procedural fairness implies the right to state one's case adequately which is part of the rule *audi alteram partem* — to hear the other side. There are circumstances where the *audi alteram partem* rules have been qualified over time by common law and by statute. The principle of Crown privilege attaching to Cabinet confidences is established as one of these exceptions. Finally, use of a section 36.3 certificate does not violate paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* given the limited purpose and scope of section 20 of FIRA i.e. the making of a court order implementing a Cabinet decision. The operation of a section 36.3 certificate does not infringe the respondents' guarantee of a fair hearing under paragraph 2(e), especially when at the main hearing the respondents will be able to advance any argument they think relevant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4), 36.2 (as enacted *idem*), 36.3 (as enacted *idem*).
Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1(a), 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41(1),(2).
Foreign Investment Review Act, S.C. 1973-74, c. 46, s. 20 (rep. by S.C. 1985, c. 20, s. 46).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (T.D.); *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705; (1990), 106 N.R. 11; *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney-General)*, [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 26 C.P.R. (3d) 440; 28 F.T.R. 160; 99 N.R. 181 (C.A.); leave to appeal refused [1989] 2 S.C.R. ix; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; (1986), 34 D.L.R. (4th) 584; 11 C.I.P.R. 181; 12 C.P.R. (3d) 385; 27 C.R.R. 286; 78 N.R. 30 (C.A.); *Andrews v. Law Society of British*

- se rapportent au «droit à une audience impartiale» et s'appliquent différemment de l'article 7 de la Charte, parce que, dans cette disposition-là, ils se rapportent à des droits beaucoup plus fondamentaux, soit le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». En conséquence, l'alinéa 2e) a une portée beaucoup plus restreinte que l'article 7 de la Charte, puisqu'il porte uniquement sur l'équité dans la procédure. L'équité dans la procédure sous-entend le droit de présenter sa cause de façon appropriée, lequel droit fait partie de la règle *audi alteram partem* (entendre l'autre partie). L'application de la règle *audi alteram partem* a été restreinte au fil des années par la *common law* et le droit d'origine législative. Le privilège de la Couronne à l'égard des renseignements confidentiels du Cabinet est bien reconnu comme étant l'une de ces exceptions. Enfin, l'utilisation d'un certificat fondé sur l'article 36.3 ne viole pas l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, compte tenu de l'objectif et de la portée restreints de l'article 20 de la LEIÉ, c'est-à-dire la délivrance d'une ordonnance de la Cour donnant effet à une décision du Cabinet. L'application d'un certificat fondé sur l'article 36.3 ne viole pas le droit des intimés à une audience impartiale qui est prévu à l'alinéa 2e), compte tenu, notamment, du fait qu'à l'audience principale, les intimés pourront faire valoir tout argument qu'elles jugeront pertinent.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), Appendice III, art. 1a), 2e).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 52.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 41(1),(2).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4), 36.2 (édicte, *idem*), 36.3 (édicte, *idem*).
Loi sur l'examen de l'investissement étranger, S.C. 1973-74, chap. 46, art. 20 (abrogée par S.C. 1985, chap. 20, art. 46).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (1^{re} inst.); *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705; (1990), 106 N.R. 11; *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 26 C.P.R. (3d) 440; 28 F.T.R. 160; 99 N.R. 181 (C.A.); permission d'en appeler refusée [1989] 2 R.C.S. ix; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; (1986), 34 D.L.R. (4th) 584; 11 C.I.P.R. 181; 12 C.P.R. (3d) 385; 27 C.R.R. 286; 78 N.R. 30 (C.A.); *Andrews c. Law*

Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Rudolph Wolff & Co. Ltd. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695; (1990), 106 N.R. 1; *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, T-9047-82, F.C.T.D., Strayer J., order dated 15/6/89, not yet reported.

DISTINGUISHED:

R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al., [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 13 C.R.R. 64; 85 C.L.L.C. 14,023; 58 N.R. 81.

REVERSED:

Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Co. et al. (1988), 23 F.T.R. 174 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Conway v. Rimmer, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.); *Landreville v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 419; (1976), 70 D.L.R. (3d) 122 (T.D.); *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1987] 1 F.C. 406; (1987), 35 D.L.R. (4th) 693; 27 Admin. L.R. 79; 73 N.R. 241 (C.A.); leave to appeal dismissed [1987] 1 S.C.R. v; (1987), 83 N.R. 80; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81.

AUTHORS CITED

de Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4th ed., by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Limited, 1980.

Hogg, Peter W. "A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights" in Beaudoin, Gérald-A. and Ratushny, E. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms", 2nd ed., Toronto: Carswell, 1989.

Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Rudolph Wolff & Co. Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; (1990), 106 N.R. 1; *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, T-9047-82, C.F. 1^{re} inst., juge Strayer, ordonnance en date du 15-6-89, encore inédite.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 13 C.R.R. 64; 85 C.L.L.C. 14,023; 58 N.R. 81.

DÉCISION INFIRMÉE:

Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Co. et autres (1988), 23 F.T.R. 174 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Conway v. Rimmer, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.); *Landreville c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 419; (1976), 70 D.L.R. (3d) 122 (1^{re} inst.); *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autres*, [1982] 1 R.C.S. 215; *Canada (vérificateur général) c. Canada (ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1987] 1 C.F. 406; (1987), 35 D.L.R. (4th) 693; 27 Admin. L.R. 79; 73 N.R. 241 (C.A.); permission d'en appeler refusée [1987] 1 R.C.S. v; (1987), 83 N.R. 80; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81.

DOCTRINE

de Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4^e éd., par J. M. Evans, Londres: Stevens & Sons Limited, 1980.

Hogg, Peter W. «Comparaison entre la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits» dans Beaudoin, Gérald-A. et Ratushny, E. «La Charte canadienne des droits et libertés», Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989.

COUNSEL:

Eric A. Bowie, Q.C. and *Donald J. Rennie* for appellant.
Gordon F. Henderson, Q.C. and *Emilio S. Binavince* for respondents.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

IACOBUCCI C.J.: This is an appeal by the Attorney General of Canada, on behalf of the Minister of Industry, Trade and Commerce ("appellant") from the order¹ of Mr. Justice Teitelbaum to produce, within 30 days of the order, certain documents alleged to be privileged unless the appellant files a certificate in proper form as required by section 36.3 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10; as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4] (now section 39, R.S.C., 1985, c. C-5).

This appeal arises within the context of the main proceeding between the parties which is an application by the appellant under section 20 of the *Foreign Investment Review Act* ("FIRA").² That application, which is yet to be heard, is for an order of the Court implementing a decision of the Governor in Council which rendered nugatory the transfer of shares of the Canadian Transit Company to Central Cartage Company and Detroit International Bridge Company, the corporations which are the respondents herein.

Numerous interlocutory proceedings have taken place regarding the main proceeding and indeed judgments and reasons in two other appeals to this

¹ See order and reasons for order of Teitelbaum J., *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Co. et al.* (1988), 23 F.T.R. 174 (F.C.T.D.).

² S.C. 1973-74, c. 46, rep. by S.C. 1985, c. 20, s. 46.

AVOCATS:

Eric A. Bowie, c.r. et *Donald J. Rennie* pour l'appellant.
Gordon F. Henderson, c.r. et *Emilio S. Binavince* pour les intimées.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les intimées.

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

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: Il s'agit d'un appel qu'a interjeté le procureur général du Canada, au nom du ministre de l'Industrie et du Commerce («l'appellant»), à l'égard de l'ordonnance¹ par laquelle le juge Teitelbaum lui enjoignait de produire, dans les 30 jours de ladite ordonnance, certains documents visés par une allégation de privilège, à moins qu'il ne dépose un certificat en la forme requise par l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10; édicté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4] (devenu maintenant l'article 39 du chap. C-5 des L.R.C. (1985)).

Le présent appel s'inscrit dans le contexte de la procédure principale opposant les parties, soit une demande que l'appellant a formulée sous le régime de l'article 20 de la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* («LEIÉ»)². Cette demande, qui n'a pas encore été entendue, vise à obtenir une ordonnance de la Cour en vue de donner effet à une décision du gouverneur en conseil qui a déclaré nul le transfert d'actions de la Canadian Transit Company à la Central Cartage Company et la Detroit International Bridge Company, les sociétés intimées aux présentes.

De nombreuses procédures interlocutoires ont eu lieu à l'égard de la demande principale et, effectivement, des jugements et des motifs dans deux

¹ Voir l'ordonnance et les motifs de l'ordonnance du juge Teitelbaum, *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Co. et autres* (1988), 23 F.T.R. 174 (C.F. 1^{re} inst.).

² S.C. 1973-74, chap. 46, abrogé par S.C. 1985, chap. 20, art. 46.

Court are being issued simultaneously with these reasons.³ Suffice it to say for this appeal, the parties were ordered to make production of documents to each other. In April, 1985, Mr. Justice Dubé ordered that any objection to production based upon the provisions of the *Canada Evidence Act* should be made before May 14, 1985. On that date, Mr. G. F. Osbaldeston, the then Clerk of the Privy Council, objected to the disclosure of eight specific documents and the information contained therein, by certifying that each of the documents is a confidence of the Queen's Privy Council for Canada.⁴ Two years later an application was made by the respondents to strike out the Osbaldeston certificate and Mr. Justice Teitelbaum made the order giving rise to this appeal.

The memorandum of fact and law filed by the respondents and served on the appellant on October 18, 1989 contended that section 36.3 of the *Canada Evidence Act* is invalid as it infringes sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. These issues were not raised before Mr. Justice Teitelbaum and the Court made an order, dated November 30, 1989, in the special circumstances of this case, agreeing to hear argument on the invalidity of section 36.3.⁵

Consequently there are now two major questions before us on section 36.3: one involving whether the Trial Judge correctly interpreted section 36.3 in making his order, and the other going to the

³ See Court File No. A-257-87 and Court File No. A-307-89.

⁴ See Certificate of G. F. Osbaldeston, dated May 14, 1985, Appeal Book, Vol. III, p. 446.

⁵ The order also permitted the introduction by the appellant of the affidavit of Mr. Ward Elcock, dated November 24, 1989, together with cross-examination thereon, as well as the Affidavit of Mr. Alan D. Reid, in reply thereto. Such affidavits and transcript of cross-examination are found in volumes 1, 2, and 3 of the supplementary case on appeal.

autres appels interjetés devant notre Cour sont prononcés en même temps que les présents motifs³. Aux fins du présent appel, il suffit de dire que chaque partie a reçu l'ordre de produire des documents à l'autre. En avril 1985, le juge Dubé a décidé que toute objection à la production qui est fondée sur les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* devrait être formulée avant le 14 mai 1985. Ce jour-là, M. G. F. Osbaldeston, alors greffier du Conseil privé, s'est opposé à la divulgation de huit documents précis et des renseignements s'y trouvant, en attestant que chacun des documents est un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada⁴. Deux ans plus tard, les intimées ont présenté une demande visant à faire rayer le certificat de M. Osbaldeston et le juge Teitelbaum a rendu l'ordonnance qui a donné lieu au présent appel.

Dans l'exposé des faits et du droit qu'elles ont déposé et fait signifier à l'appellant le 18 octobre 1989, les intimées ont soutenu que l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* est invalide, étant donné qu'il viole les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] et le paragraphe 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), Appendice III]. Ces questions n'ont pas été soulevées devant le juge Teitelbaum et la Cour a rendu une ordonnance en date du 30 novembre 1989 par laquelle elle acceptait d'entendre les arguments concernant l'invalidité de l'article 36.3, compte tenu des circonstances spéciales du présent litige⁵.

En conséquence, nous devons nous prononcer maintenant sur deux grandes questions concernant l'article 36.3. Selon la première, nous devons nous demander si le juge de première instance a bien

³ Voir le dossier de la Cour n° A-257-87 et le dossier de la Cour n° A-307-89.

⁴ Voir le certificat de G. F. Osbaldeston en date du 14 mai 1985, dossier d'appel, vol. III, p. 446.

⁵ Dans son ordonnance, le juge Teitelbaum a également autorisé la présentation par l'appellant de l'affidavit de M. Ward Elcock en date du 24 novembre 1989 ainsi que le contre-interrogatoire s'y rapportant et l'affidavit de M. Alan D. Reid en réponse. Ces affidavits et la transcription du contre-interrogatoire se trouvent aux volumes 1, 2 et 3 du dossier supplémentaire en appel.

alleged invalidity of section 36.3.⁶

The Interpretation of Section 36.3 of the *Canada Evidence Act*

Section 36.3 of the *Canada Evidence Act* provides as follows:

36.3 (1) Where a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agendum of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

⁶ It should be noted that the invalidity arguments of the respondents are more properly raised by way of cross-appeal rather than by arguments against allowing the appeal in that they seek a reversal of Mr. Justice Teitelbaum's order through a holding that section 36.3 is invalid by section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] or by specific provisions of the *Canadian Bill of Rights*. Respondents are in effect arguing firstly that the order of Teitelbaum, J. was correct which affirms the validity of section 36.3 but in their second argument, by arguing the invalidity of the section they are in effect appealing the decision below in so far as it affirmed the validity of the section. Hence cross-appeal is more appropriate.

interprété l'article 36.3 lorsqu'il a rendu son ordonnance et, selon la deuxième, nous devons déterminer si l'article 36.3 est valide ou non⁶.

L'interprétation de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* se lit comme suit:

36.3 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), «un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

⁶ Il convient de souligner qu'il est plus approprié pour les intimées de soulever leurs arguments concernant l'invalidité de l'article 36.3 au moyen d'un appel incident qu'au moyen d'arguments en faveur du rejet de l'appel, puisque les intimées cherchent à faire infirmer l'ordonnance du juge Teitelbaum par une déclaration de l'invalidité de l'article 36.3 en vertu de l'article 52 de la Constitution [*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] ou de certaines dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*. Les intimées soutiennent effectivement, en premier lieu, que l'ordonnance du juge Teitelbaum confirmant la validité de l'article 36.3 est bien fondée; toutefois, en alléguant par la suite l'invalidité de la disposition, elles en appellent de la décision du juge de première instance dans la mesure ou celle-ci avait pour effet de confirmer la validité de l'article. C'est pourquoi l'appel incident est plus approprié.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of
 (a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made."

The following is the Certificate of G. F. Osbaldeston, dated May 14, 1985, and Schedule "A" thereto:⁷

CERTIFICATE

I, the undersigned, Gordon Francis Osbaldeston, residing in the City of Nepean, in the Province of Ontario, do certify and say:

1. I am the Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and Secretary to the Cabinet.

2. The Attorney-General of Canada, on behalf of the Minister of Industry, Trade and Commerce has been ordered by this Honourable Court on April 23, 1985 to provide various documents to the Respondents.

3. I have personally examined and carefully considered the documents listed in Schedule "A" hereto.

4. I certify to this Honourable Court pursuant to subsection 36.3(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, that all of the documents referred to in the said Schedule "A" are confidences of the Queen's Privy Council for Canada as they constitute information contained in:

- memoranda the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within the meaning of paragraph 36.3(2)(a) of the said Act;
- records used for or reflecting communications or discussions between Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy within the meaning of paragraph 36.3(2)(d) of the said [sic] Act; or
- records the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are supposed to be brought before, Council within the meaning of paragraph 36.3(2)(e) of the Act;

and I object to the disclosure of these documents and the information contained therein.

5. I further certify to this Honourable Court that paragraph 36.3(4) of the *Canada Evidence Act* does not apply in respect of any of these documents as none of the documents have been in existence for more than twenty years and none of the documents is a discussion paper as described in paragraph 36.3(2)(b) of the *Canada Evidence Act*.

⁷ *Supra*, note 4.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

Voici le texte du certificat de G. F. Osbaldeston en date du 14 mai 1985 ainsi que de l'annexe «A» qui y est jointe⁷:

[TRADUCTION]

CERTIFICAT

Je, soussigné Gordon Francis Osbaldeston, résident [sic] de la ville de Nepean (Ontario), atteste ce qui suit:

1. Je suis le greffier du Conseil privé de la Reine pour le Canada et secrétaire du Cabinet.

2. Cette Cour a, le 23 avril 1985, ordonné au procureur général du Canada, qui représente le ministre de l'Industrie et du Commerce, de fournir divers documents aux intimées.

3. J'ai personnellement et soigneusement examiné les documents énumérés à l'annexe A ci-jointe.

4. En vertu du paragraphe 36.3(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifiée par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, j'atteste à cette Cour que tous les documents mentionnés dans ladite annexe A sont des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada contenus dans:

- des notes destinées à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 36.3(2)a) de ladite Loi;
- des documents employés en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique, au sens de l'alinéa 36.3(2)d) de ladite Loi; ou
- des documents d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions portées ou qui sont censées portées devant le Conseil, au sens de l'alinéa 36.3(2)e) de la Loi;

et je m'oppose à la divulgation de ces documents et des renseignements qui y figurent.

5. J'atteste en outre à cette Cour que le paragraphe 36.3(4) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'applique pas à l'égard de l'un quelconque de ces documents, puisqu'aucun n'existe [sic] plus de vingt ans et qu'aucun n'est un document de travail décrit à l'alinéa 36.3(2)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

⁷ Voir, plus haut, la note 4.

Dated at OTTAWA, in the Province of Ontario, this 14th day of May, 1985.

OTTAWA (Ontario), le 14 mai 1985,

“Gordon Francis Osbaldeston”

«Gordon Francis Osbaldeston»

Gordon Francis Osbaldeston
Clerk of the Queen's Privy
Council for Canada and
Secretary to the Cabinet

Gordon Francis Osbaldeston
Greffier du Conseil privé de la
Reine pour le Canada et
secrétaire du Cabinet

**SCHEDULE “A” TO THE CERTIFICATE
OF GORDON FRANCIS OSBALDESTON
DATED THE 14TH DAY OF MAY, 1985**

**L'ANNEXE «A» DU CERTIFICAT
DE GORDON FRANCIS OSBALDESTON
EN DATE DU 14 MAI 1985**

1. Document #1 constitutes information contained in a memorandum to Council the purpose of which was to present proposals or recommendations to Council and therefore is within paragraph 36.3(2)(a) of the *Canada Evidence Act*. a
 2. Document #2 constitutes information contained in a draft memorandum to Council the purpose of which was to present proposals or recommendations to Council and therefore is within paragraph 36.3(2)(a) of the *Canada Evidence Act*. b
 3. Document #3 constitutes information contained in a draft memorandum to Council the purpose of which was to present proposals or recommendations to Council and therefore is within paragraph 36.3(2)(a) of the *Canada Evidence Act*. c
 4. Document #4 constitutes information contained in a memorandum to Council the purpose of which was to present proposals or recommendations to Council and therefore is within paragraph 36.3(2)(a) of the *Canada Evidence Act*. d
 5. Document #5 constitutes information contained in a draft memorandum to Council the purpose of which was to present proposals or recommendations to Council and therefore is within paragraph 36.3(2)(a) of the *Canada Evidence Act*. e
 6. Document #6 constitutes information contained in a memorandum to Council the purpose of which was to present proposals or recommendations to Council and is therefore within paragraph 36.3(2)(a) of the *Canada Evidence Act*. f
 7. Document #7 constitutes information contained in a record used for or reflecting communications or discussions between Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy [and] is therefore within paragraph 36.3(2)(d) of the *Canada Evidence Act*. g
 8. Document #8 constitutes information contained in a record the purpose of which was to brief Ministers of the Crown in relation to matters that were brought before Council and is therefore within paragraph 36.3(2)(e) of the *Canada Evidence Act*. h
1. Le document n° 1 constitue des renseignements contenus dans une note qui était destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil, et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. a
 2. Le document n° 2 constitue des renseignements contenus dans un projet de note qui était destiné à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil, et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. b
 3. Le document n° 3 constitue des renseignements contenus dans un projet de note qui était destiné à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil, et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. c
 4. Le document n° 4 constitue des renseignements contenus dans un projet de note qui était destiné à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil, et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. d
 5. Le document n° 5 constitue des renseignements contenus dans un projet de note qui était destiné à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil, et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. e
 6. Le document n° 6 constitue des renseignements contenus dans un projet de note qui était destiné à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil, et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. f
 7. Le document n° 7 constitue des renseignements dans un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique et est, par conséquent, visé par l'article 36.3(2)d) de la *Loi sur la preuve au Canada*. g
 8. Le document n° 8 constitue des renseignements contenus dans un document d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions qui étaient portées devant le Conseil, et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)e) de la *Loi sur la preuve au Canada*. h

The respondents requested Mr. Justice Teitelbaum to strike the certificate which he refused to do relying on the decision of Strayer J. in *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney*

Les intimées ont demandé au juge Teitelbaum de rayer le certificat et ce dernier a refusé de le faire, en se fondant sur la décision qu'a rendue le juge Strayer dans *Smith, Kline & French Labora-*

General of Canada.⁸ In that case Strayer J. specified what a section 36.3 certificate should contain⁹ and Teitelbaum J. appears at first to have accepted that approach.

However, before him and us, the respondents submitted that the certificate did not properly assert a claim for privilege by simply repeating therein the wording of paragraph 36.3(2) as it does not provide a basis upon which the Court can determine, from the face of the certificate, whether the document belongs to the categories of documents described in paragraph 36.3(2). The Trial Judge agreed with this submission, saying:

A Certificate filed under this section of the **Canada Evidence Act** by the Clerk of the Privy Council must state more than merely stating that "Document #1 constitutes information . . .", "Document #2 constitutes information . . ." and so on for all of the documents listed in Schedule "A" attached to the certificate.

The certificate must provide sufficient information to enable a court to determine whether the information described in the certificate is properly categorized. The document must and should be named so that the court would know what type of document is being referred to. Describing a document by giving it a number, as is done in the present instance is insufficient to determine if the document should be a privileged one. It should state the date of the document, from whom and to whom it was sent and its subject-matter. [Emphasis added.]¹⁰

The appellant argues that the above paragraphs reveal error in that it is not open to the Court to require the disclosure mandated by the Trial Judge. I agree.

⁸ [1983] 1 F.C. 917 (T.D.). On the question of striking out the certificate Strayer J. said this [at p. 922]:

It should first be noted that this is a request for "striking out" the certificate. I do not believe that this Court has authority to "strike out" such a certificate. Even if he were properly impleaded, I do not think that the function of the Clerk in issuing such a certificate is of such a nature as to be amenable to review by any of the prerogative writs. While a declaration might be an appropriate means for a judicial examination of the certificate, the present proceedings are not in the appropriate form for a declaration. Counsel for the plaintiffs was unable to refer me to any specific authority otherwise by which the Court could strike out the certificate.

⁹ See *Id.*, at pp. 931-933.

¹⁰ Reasons for order, Appeal Book, Vol. III, at pp. 179-180.

ories Limited c. Procureur général du Canada.⁸ Dans cette cause-là, le juge Strayer a précisé ce qu'un certificat fondé sur l'article 36.3 devrait contenir⁹ et le juge Teitelbaum semble, à première vue, avoir accepté ce raisonnement.

Toutefois, devant ce même juge et devant nous, les intimées ont soutenu que le privilège n'était pas revendiqué en bonne et due forme dans le certificat, puisque, dans celui-ci, on a simplement répété le libellé du paragraphe 36.3(2); par conséquent, le certificat ne constitue pas un fondement à partir duquel la Cour peut déterminer, à première vue, si le document appartient à l'une ou l'autre des catégories de documents décrites dans cette disposition. Reconnaisant le bien-fondé de cet argument, le juge de première instance a dit ce qui suit:

Un certificat déposé en vertu de cet article de la **Loi sur la preuve au Canada** par le greffier du Conseil privé ne doit pas dire simplement que le «document n° 1 constitue des renseignements . . .», que le «document n° 2 constitue des renseignements . . .» et ainsi de suite pour tous les documents énumérés à l'annexe «A» jointe au certificat.

Le certificat doit fournir suffisamment de renseignements pour permettre à un tribunal de déterminer si les renseignements qui y sont décrits sont correctement classés par catégorie. On doit et devrait nommer le document afin que la Cour connaisse le type de document dont il est fait état. Décrire un document en lui attribuant un numéro comme dans l'espèce présente ne suffit à déterminer si le document est un document confidentiel. On devrait y mentionner la date du document, la personne qui l'a envoyé, la personne à laquelle il était destiné et son objet. [C'est moi qui souligne.]¹⁰

L'appelant soutient que les paragraphes précités sont erronés, puisqu'il n'est pas loisible à la Cour d'exiger la divulgation ordonnée par le juge de première instance. Je suis d'accord.

⁸ [1983] 1 C.F. 917 (1^{re} inst.). En ce qui a trait à la question de l'annulation du certificat, le juge Strayer a dit ce qui suit [à la p. 922]:

Il faut d'abord noter qu'il s'agit d'une demande de «radiation» du certificat. Je ne crois pas que la Cour soit compétente pour «radier» un tel certificat. Même si le greffier avait correctement été mis en cause, je ne crois pas que la délivrance du certificat soit une action susceptible d'examen au moyen de l'un des brefs de prérogative. Un jugement déclaratoire peut constituer un moyen approprié de faire l'examen judiciaire du certificat, mais la présente action ne revêt pas les formes requises pour obtenir un jugement déclaratoire. L'avocat des demandeurs a été incapable de me citer un texte particulier qui permettait à la Cour de radier le certificat.

⁹ Voir, *idem*, aux p. 931 à 933.

¹⁰ Motifs de l'ordonnance, dossier d'appel, vol. III, aux p. 179 et 180.

Section 36.3 relates only to an objection to disclosing information that is a "confidence of the Queen's Privy Council for Canada". Unlike sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act*, which reflect the balancing of public interest in non-disclosure and the public interest in the administration of justice for which disclosure is sought (as seen in *Conway v. Rimmer*¹¹ which allowed a court to examine a document subject to a claim of Crown privilege to ascertain whether it should be disclosed), section 36.3 prevents a court from examining the document that represents a confidence of the Queen's Privy Council.¹² The absolute language of section 36.3 and its predecessor, subsection 41(2) of the *Federal Court Act*, has been recognized by this Court and the Supreme Court of Canada.¹³

It appears clear that Parliament intended by passing section 36.3 that the determination of whether any information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council is to be made by a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council. Subject only to compliance with the express requirements of the section, the decision of

¹¹ [1968] A.C. 910 (H.L.).

¹² Subsection 41(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd supp.), c. 10 seemed to follow this balancing approach of *Conway v. Rimmer* whereas subsection 41(2) of that Act seemed to follow the restrictive approach in favour of a wider Crown privilege as seen in *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.) by denying court examination of the document claimed to be subject to Crown privilege. In 1982, section 41 of the *Federal Court Act* was repealed and replaced by sections 36.1, 36.2, and 36.3 of the *Canada Evidence Act*. As noted by Strayer J. in *Smith, Kline & French*, *supra*, note 8 at p. 927, section 36.3 follows the *Cammell, Laird* approach and unlike subsection 41(2) of the *Federal Court Act*, gives a partial definition of a confidence.

¹³ *Landreville v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 419 (T.D.), at pp. 422-423; *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215; *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, *supra*, note 8; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1987] 1 F.C. 406 (C.A.), at pp. 425-426; appeal to S.C.C. dismissed [1987] 1 S.C.R. v.

L'article 36.3 porte uniquement sur une objection concernant la divulgation d'un renseignement qui est un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada». Contrairement aux articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui traduisent l'équilibre entre l'intérêt public lié à la non-divulgation et l'intérêt public qui concerne l'administration de la justice et au nom duquel la divulgation est demandée (comme on peut le voir dans l'arrêt *Conway v. Rimmer*¹¹, où l'on a permis à un tribunal d'examiner un document visé par une allégation de privilège de la Couronne afin de déterminer si ledit document devrait ou non être divulgué), l'article 36.3 a pour effet d'interdire à la Cour d'examiner un document qui constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine¹². Notre Cour et la Cour suprême du Canada¹³ ont reconnu le caractère absolu du libellé de l'article 36.3 et de son prédécesseur, le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il semble évident que, lorsqu'il a adopté l'article 36.3, le Parlement désirait confier à un ministre de la Couronne ou au greffier du Conseil privé le soin de déterminer si un renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé pour la Reine. La décision du ministre ou du greffier, que celui-ci atteste par écrit, ne peut faire l'objet

¹¹ [1968] A.C. 910 (H.L.).

¹² Le paragraphe 41(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, semblait être fondé sur ce raisonnement d'équilibre de l'arrêt *Conway v. Rimmer*, tandis que le paragraphe 41(2) de cette même Loi semblait plutôt traduire le raisonnement restrictif favorisant un privilège plus large de la Couronne, lequel raisonnement a été suivi dans *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.), en refusant l'examen par la Cour d'un document visé par une allégation de privilège de la Couronne. En 1982, l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été abrogé et remplacé par les articles 36.1, 36.2 et 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme l'a dit le juge Strayer dans *Smith, Kline & French*, précité, note 8, à la p. 927, l'article 36.3 est conforme au raisonnement adopté dans l'affaire *Cammell, Laird* et, contrairement au paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, il donne une définition partielle de ce qu'est un renseignement confidentiel.

¹³ *Landreville c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 419 (1^{re} inst.), aux p. 422 et 423; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autres*, [1982] 1 R.C.S. 215; *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, précité, note 8; *Canada (vérificateur général) c. Canada (ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1987] 1 C.F. 406 (C.A.) aux p. 425 et 426; appel devant la Cour suprême du Canada rejeté [1987] 1 R.C.S. v.

the Minister or the Clerk, as certified in writing by him or her, is not subject to review by any court. The court cannot go behind the certificate and examine the documents as it can under sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act*. However, it is open to a court to see whether the certificate on its face asserts a privilege within the statutory limitations on claims for privilege by the executive.

As mentioned above, Mr. Justice Teitelbaum held that a certificate that simply repeats the wording of subsection 36.3(2) does not provide a basis for the Court to determine whether the documents belong to the categories described in subsection 36.3(2). More information is required: it should state the date of the document, from whom and to whom it was sent and its subject-matter.

Counsel for the appellant suggests the provision of such information which the learned Judge has required would of necessity describe, at least in part, the very information which Parliament has said need not be disclosed. I agree that that could be the case in certain circumstances but this need not be pursued because in my view the disclosure required by the order of the Trial Judge is simply not supported by the language of section 36.3.

Strayer J. was correct in *Smith, Kline* to hold that a certificate should clearly assert that the document meets the requirements spelled out in the paragraphs of subsection 36.3(2). He said:

For example, where [the certificate] invokes paragraph (a) [of subsection 36.3(2)] it should indicate that the memorandum to Council was for the purpose of presenting proposals or recommendations. Paragraph (b) is not resorted to, and where (c) is invoked this appears to be done properly. Paragraph (d) in my view is not properly invoked. Typical of its use is item 22 which reads as follows:

22. Document #22 is a copy of a letter between Ministers of the Crown and therefore is within paragraph 36.3(2)(d) of the *Canada Evidence Act*.

d'un examen par un tribunal, pourvu, et c'est là la seule restriction, que les exigences explicites de cette disposition soient respectées. La cour ne peut aller au-delà du libellé du certificat et examiner les documents comme elle peut le faire sous le régime des articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, il est loisible à un tribunal de déterminer si, à première vue, le certificat renferme une allégation de privilège selon les limites législatives concernant les revendications de privilège par l'exécutif.

Comme je l'ai déjà souligné, le juge Teitelbaum a décidé qu'un certificat qui ne renferme qu'une simple répétition du libellé du paragraphe 36.3(2) ne constitue pas un fondement permettant à la Cour de déterminer si les documents appartiennent aux catégories décrites dans cette même disposition. Le certificat devrait contenir des renseignements plus détaillés; il devrait renfermer une mention de la date et de l'objet du document, de la personne qui l'a envoyé et de celle à laquelle il a été envoyé.

L'avocat de l'appellant a soutenu que, si les renseignements que le savant juge a demandés étaient fournis, le document renfermerait nécessairement alors, du moins en partie, les renseignements mêmes dont la divulgation n'est pas nécessaire, selon ce que le Parlement a dit. Je reconnais que tel pourrait être le cas dans certaines circonstances, mais il n'est pas nécessaire d'aller plus loin à ce sujet car, à mon avis, la divulgation que le juge de première instance a ordonnée n'est tout simplement pas justifiée par le libellé de l'article 36.3.

Le juge Strayer a eu raison de dire, dans l'arrêt *Smith, Kline*, qu'un certificat devrait comporter une allégation claire selon laquelle le document respecte les exigences énoncées aux alinéas du paragraphe 36.3(2). Voici comment il s'est exprimé:

Par exemple, lorsqu'on y invoque l'alinéa a) [du paragraphe 36.3(2)], il faudrait indiquer que la note adressée au Conseil était destinée à lui soumettre des propositions ou des recommandations. On n'y a pas recours à l'alinéa b) et il semble qu'on ait invoqué correctement l'alinéa c). En revanche, le recours à l'alinéa d) ne remplit pas cette condition. Un exemple typique de cet emploi est le document 22 du certificat qui dit:

[TRADUCTION] 22. Le document n° 22 est la copie d'une lettre échangée entre des ministres de la Couronne et est, par conséquent, visé par l'alinéa 36.3(2)d) de la Loi sur la preuve au Canada.

In the statute paragraph (d) is carefully circumscribed to cover only "communications or discussions between Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy". It does not cover communications concerning social events, personal business, etc. The certificate simply asserts that the document in question is a letter passing between Ministers and this might or might not describe a document to which the privilege can legally attach. Therefore a proper invocation of paragraph (d) should assert that the subject-matter relates to the making of government decisions or the formulation of government policy.¹⁴

He continued:

The foregoing requirements for a certificate which I have postulated may appear to some to be unduly formalistic. As has been argued by the Crown in the present case, there is no evidence before me that the documents listed in the certificate do not meet the criteria of the statute even though they are not adequately described as meeting all the requirements. Nevertheless, consistently with the changes which the Parliament of Canada has made in the law in order to impose some criteria and limitations on the executive in its assertion of privilege by means of a non-reviewable certificate, litigants and the courts are entitled at least to the assurance that the Clerk of the Privy Council has directed his mind to those criteria and limitations. The certificate in its present form, because it does not in all respects indicate that the Clerk has so directed his mind, is defective.¹⁵

Strayer J. found the certificate in *Smith, Kline* to be defective because it in effect did not track the language of subsection 36.3(2). Requiring it to do so admittedly may be formalistic, but, as he notes, litigants and the courts are entitled "at least to the assurance that the Clerk of the Privy Council has directed his mind to those criteria and limitations". Therefore tracking the language of the subsection is not an empty exercise. It is what is required and I see no reason why the words should not be so interpreted.¹⁶ There simply is no authority in the section to support requiring the additional information that the Trial Judge requested in the order he made.

¹⁴ *Supra*, note 8, at p. 931.

¹⁵ *Id.*, at p. 933.

¹⁶ As was correctly said by Strayer J. in *Smith, Kline*, at p. 931.

Where it [the certificate] asserts that a document is a confidence on the basis of definitions in the various paragraphs of subsection 36.3(2) it should clearly assert that the document meets the requirements spelled out in those paragraphs. [Emphasis added.]

Dans le texte de la loi, l'alinéa d) est soigneusement limité aux «communications ou . . . discussions entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique». Il ne vise pas les communications concernant des événements sociaux, des affaires personnelles, etc. Le certificat se borne à affirmer que le document en question est une lettre échangée entre des ministres et une telle affirmation ne suffit pas pour déterminer si le document peut légalement être protégé par le privilège. Par conséquent, pour invoquer correctement l'alinéa d), il faudrait affirmer que l'objet de ce document est lié à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique¹⁴.

Il a poursuivi en ces termes:

Les exigences que je viens d'exposer quant à la formulation d'un certificat peuvent sembler trop formalistes pour certains. Comme l'a allégué la Couronne en l'espèce, on ne m'a soumis aucune preuve démontrant que les documents énumérés dans le certificat ne respectent pas les critères de la loi, bien qu'ils ne soient pas correctement décrits comme respectant toutes ces exigences. Néanmoins, compte tenu des changements que le Parlement du Canada a apportés au droit de façon à imposer à l'exécutif certains critères et restrictions dans sa revendication du privilège au moyen d'un certificat non susceptible d'examen, les parties et les tribunaux ont droit au moins à l'assurance que le greffier du Conseil privé a dûment pris en considération ces critères et ces restrictions. Dans sa forme actuelle, le certificat est défectueux car il n'indique pas à tous égards que le greffier les a effectivement pris en compte¹⁵.

Le juge Strayer a décidé que le certificat dans l'arrêt *Smith, Kline* n'était pas approprié, parce que, en réalité, il ne reprenait pas le libellé du paragraphe 36.3(2). C'est peut-être là une exigence formaliste, mais, comme il le souligne, les parties et les tribunaux ont droit «au moins à l'assurance que le greffier du Conseil privé a dûment pris en considération ces critères et ces restrictions». En conséquence, le fait de reprendre le libellé du paragraphe ne constitue pas un exercice dénué de tout sens. C'est ce qui est requis et je ne vois pas pourquoi les mots ne devraient pas être interprétés de cette façon¹⁶. Il n'y a tout simplement aucun élément de la disposition qui permet d'exiger les renseignements supplémentaires que le

¹⁴ Voir, plus haut, la note 8, à la p. 931.

¹⁵ *Idem*, à la p. 933.

¹⁶ Comme l'a dit à bon droit le juge Strayer dans l'arrêt *Smith, Kline*, à la p. 931.

Lorsqu'on prétend dans le certificat, en se fondant sur les définitions contenues dans les divers alinéas du paragraphe 36.3(2), qu'un document est un renseignement confidentiel, il faudrait clairement affirmer que le document est conforme aux exigences exposées dans ces alinéas. [C'est moi qui souligne.]

Consequently, I find the Trial Judge erred and on this point would allow the appeal subject to the invalidity points which I shall now discuss.

The Invalidity of Section 36.3 of the *Canada Evidence Act*

Under this argument, the respondents contend that section 36.3 is of no force or effect because it infringes sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and paragraphs 1(a) and 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. The respondents also argue that paragraph 1 of the Charter does not apply to remedy the Charter breaches. Because of the conclusion I arrive at, it will not be necessary for me to discuss that section.

(1) Section 7 of the Charter

Respondents argue that section 36.3 infringes section 7 of the Charter in that the section deprives the respondents of their security of the person without compliance with fundamental justice. Section 7 of the Charter provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

In my view, the respondents, as corporations, cannot take advantage of section 7 of the Charter as it is limited to human beings. I need only refer to a recent decision of the Supreme Court of Canada on this point in which Mr. Justice Cory, who wrote the reasons for judgment, said:

There can now be no doubt that a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. In *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the majority of this Court held that a corporation cannot be deprived of life, liberty and security of the person and cannot therefore avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. At page 1004 it was stated:

... it appears to us that [s. 7] was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings.

juge de première instance a demandés dans l'ordonnance qu'il a rendue.

Par conséquent, je suis d'avis que la décision du juge de première instance était erronée et, sur ce point, j'accueillerais l'appel, sous réserve des points d'invalidité que j'aborde maintenant.

L'invalidité de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*

À ce sujet, les intimées soutiennent que l'article 36.3 est nul et non avenue, parce qu'il viole les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que les alinéas 1a) et 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Elles ajoutent que le paragraphe 1 de la Charte ne s'applique pas de façon à remédier aux violations de la Charte. En raison de la conclusion à laquelle j'en arrive, il n'est pas nécessaire que j'examine cette disposition.

(1) L'article 7 de la Charte

Les intimées allèguent que l'article 36.3 viole l'article 7 de la Charte, parce qu'il prive les intimées de la sécurité de la personne sans respecter les principes de justice fondamentale. L'article 7 de la Charte se lit comme suit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

À mon avis, les intimées, à titre de sociétés, ne peuvent invoquer l'article 7 de la Charte, puisque celui-ci s'applique uniquement aux êtres humains. À cet égard, je n'ai qu'à me reporter à une décision récente de la Cour suprême du Canada dans laquelle le juge Cory, qui a rédigé les motifs du jugement, s'est exprimé en ces termes:

On ne peut plus douter maintenant qu'une société ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour à la majorité a conclu qu'une société ne peut être privée de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne et par conséquent ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. À la page 1004, il est déclaré:

... il nous semble que [l'art. 7] avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les être humains.

It is true that there is an exception to this general principle that was established in *R. v. Big M Drug Mart, supra*, where it was held that “[a]ny accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid” (pp. 313-14). Here no penal proceedings are pending and the exception is obviously not applicable.¹⁷

Respondents also argued that the exception in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*¹⁸ applied herein because “the thrust” of FIRA is directed at the individuals controlling the respondents and the remedy of the section 20 application under FIRA focuses on these individuals. Moreover, respondents argue that sections 24 and 27 of FIRA contemplate penal proceedings against the corporations and their officers, directors and agents. But I do not find these arguments convincing to bring respondents within the exception of *Big M Drug Mart* because the main proceeding under section 20 of FIRA is not penal, it is a proceeding to implement a decision of the Governor in Council annulling the transfer of shares, which in the context of FIRA would appear to be a decision reflecting national economic policy. Therefore the section 7 of the Charter argument fails for lack of standing.

(2) Section 15 of the Charter

The argument of the respondents under section 15¹⁹ of the Charter is to the effect that section 36.3 is discriminatory “both in terms of burden of

¹⁷ *Dywidag Systems International, Canada v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705, at p. 709.

¹⁸ [1985] 1 S.C.R. 295.

¹⁹ Section 15 of the Charter reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Il est vrai qu’il existe une exception à ce principe général qui a été établie dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, précité, où la Cour a conclu que «[t]out accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l’accusation est portée est inconstitutionnelle» (pp. 313 et 314). En l’espèce, il n’y a pas de poursuite pénale et de toute évidence l’exception ne s’applique pas¹⁷.

Les intimées ont également fait valoir que l’exception mentionnée dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*¹⁸ s’appliquait en l’espèce, parce que la LEIÉ vise les personnes qui contrôlent les intimées et que la demande fondée sur l’article 20 de cette Loi concerne ces personnes. En outre, les intimées allèguent que les articles 24 et 27 de la LEIÉ prévoient la possibilité d’intenter des poursuites au pénal contre les sociétés et leurs dirigeants, administrateurs et mandataires. Toutefois, ces arguments ne m’apparaissent pas suffisamment convaincants pour m’amener à conclure que les intimées sont visées par l’exception de l’arrêt *Big M Drug Mart*, parce que la procédure principale fondée sur l’article 20 de la LEIÉ n’est pas une procédure au pénal, mais plutôt une demande visant à donner effet à une décision par laquelle le gouverneur en conseil a annulé le transfert d’actions, laquelle décision, dans le contexte de la LEIÉ, semblerait être une décision traduisant la politique économique nationale. En conséquence, l’argument fondé sur l’article 7 de la Charte n’est pas justifié et ne peut être retenu.

(2) L’article 15 de la Charte

Selon l’argument des intimées fondé sur l’article 15 de la Charte¹⁹, l’article 36.3 est discriminatoire [TRADUCTION] «tant sur le plan du

¹⁷ *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, à la p. 709.

¹⁸ [1985] 1 R.C.S. 295.

¹⁹ L’article 15 de la Charte se lit comme suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

proof and in the result, between private litigants or between a private litigant and the Crown (where it is a party), without justification. To this extent, the resulting discrimination infringes the other party's right to equality before and under the law and the right to equal protection and equal benefit of the law . . .".²⁰

As I understand the argument, respondents appear to say section 15 is contravened because their right of equality before and under the law thereunder is infringed by section 36.3 of the *Canada Evidence Act* which gives to the Crown, as a party litigant, a right to suppress evidence—confidences of the Queen's Privy Council—not otherwise available to others, including the respondents.

Again, I think that the respondents as corporations cannot avail themselves of the protection of section 15. As was said by Stone J.A. in *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*:²¹

In my view, the fact (as is argued) that NAPO is a non-profit corporation does not render it an "individual" for purposes of subsection 15(1). Nor do I think that NAPO is assisted by the fact that the Supreme Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (per Dickson J., at page 313) construed the word "anyone" in section 24(1) of the Charter as including "individuals (whether real persons or artificial ones such as corporations)", when the word employed in subsection 15(1) is "individual" rather than "anyone".

However, even if a corporation is entitled to standing to assert section 15 protection, I can see no contravention of section 15 according to the tests laid down by the Supreme Court of Canada

²⁰ Respondent's factum, pp. 23-24.

²¹ [1989] 3 F.C. 684, at pp. 703-704 leave to appeal refused on November 23, 1989 [[1989] 2 S.C.R. ix]. See also *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.) per Hugessen J.A. who noted that the possible problem of corporate plaintiffs invoking rights under section 15 that can only be enjoyed by individuals was avoided by the individual plaintiffs being found to assert section 15 protection. *Id.*, at p. 364.

fardeau de la preuve que celui du résultat, entre des parties privées ou entre une partie privée et la Couronne (dans les cas où elle est partie), et cette discrimination n'est pas justifiée. Dans cette mesure, la discrimination qui en résulte viole le droit de l'autre partie à l'égalité devant la loi et selon la loi et le droit à la protection égale et au bénéfice égal de la loi . . .".²⁰

Si j'ai bien compris, les intimées semblent dire que l'article 15 est violé parce que le droit à l'égalité devant la loi et selon la loi qu'elles possèdent sous le régime de cet article est violé par l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui accorde à la Couronne, comme partie à un litige, le droit de supprimer des éléments de preuve—renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine—dont les autres parties, y compris les intimées, ne pourraient disposer autrement.

Une fois de plus, je suis d'avis que les intimées, comme sociétés, ne peuvent se prévaloir de la protection prévue à l'article 15. Comme l'a dit le juge Stone, J.C.A., dans *L'Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*:²¹

À mon sens, le fait (comme on l'affirme) que l'ONAP soit une société sans but lucratif n'en fait pas une «personne» au sens du paragraphe 15(1), et je ne crois pas davantage que l'ONAP soit servie du fait que la Cour suprême, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295 (motifs du juge Dickson, à la page 313) a interprété les mots «toute personne» au paragraphe 24(1) de la Charte comme comprenant des «personnes, aussi bien physiques que morales» alors que le mot employé au paragraphe 15(1) de la version anglaise est «individual» plutôt que «anyone» («toute personne») comme c'est le cas au paragraphe 24(1) de la version anglaise.

Toutefois, même si une société a le statut voulu pour revendiquer la protection prévue à l'article 15, je ne puis conclure que celui-ci a été violé, selon les critères que la Cour suprême du Canada

²⁰ Mémoire des intimées, aux p. 23 et 24.

²¹ [1989] 3 C.F. 684, aux p. 703 et 704, permission d'en appeler refusée le 23 novembre 1989 [[1989] 2 R.C.S. ix]. Voir également *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.) où le juge Hugessen, J.C.A., a souligné que l'on a évité le problème pouvant découler de la revendication par des sociétés demanderesse de droits qui sont prévus à l'article 15 et dont seules les personnes peuvent jouir, étant donné que ce sont les demandeurs qui sont des particuliers qui ont invoqué cette protection. *Idem*, à la p. 364.

in *Andrews v. Law Society of British Columbia*.²² In that case, Mr. Justice McIntyre stated that the purpose of section 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. For a section 15 contravention, one must demonstrate not only unequal treatment before or under the law or that the law has a differential impact in the protection or benefit accorded by law, but also that the legislative impact of the law is discriminatory.

With respect to unequal treatment, I find the remarks of Mr. Justice Cory in *Rudolph Wolff & Co. v. Canada*²³ particularly helpful. In that case, it was argued that subsections 17(1) and (2) of the *Federal Court Act* and subsection 7(1) of the *Crown Liability Act* conferring exclusive jurisdiction on the Federal Court of Canada contravened subsection 15(1) of the Charter. After citing the approach of McIntyre J. in *Andrews*, Mr. Justice Cory said:

With respect to the issue of whether the appellants have received unequal treatment, it must be apparent that the Crown cannot be equated with an individual. The Crown represents the State. It constitutes the means by which the federal aspect of our Canadian society functions. It must represent the interests of all members of Canadian society in court claims brought against the Crown in right of Canada. The interests and obligations of the Crown are vastly different from those of private litigants making claims against the Federal Government.

Henry J., in my opinion, properly applied the decision in *R. v. Stoddart*, *supra*. I agree with the words of Tarnopolsky J.A., speaking for the court in that case, at pp. 362-63 where he stated:

The Crown is not an "individual" with whom a comparison can be made to determine a s. 15(1) violation.

... the Crown Attorney does not participate in a criminal trial as an "individual". He participates as a representative of the Crown, which in turn represents the state, *i.e.* organized society. It will be recalled that the Oxford English Dictionary defines an "individual" as "a single human being", in contra-distinction to "society". Therefore, the accused, as an "individual", cannot be compared with Crown counsel, as representative of our organized society, for the purpose of a s. 15(1) analysis.

²² [1989] 1 S.C.R. 143.

²³ [1990] 1 S.C.R. 695.

a établis dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*²². Dans cette cause-là, le juge McIntyre a dit que le but de l'article 15 est d'assurer l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Pour prouver qu'il y a eu contravention à l'article 15, il faut démontrer, non seulement qu'il y a un traitement inégal devant la loi ou en vertu de la loi ou établir que la loi a des répercussions différentes sur le plan de la protection ou des avantages qu'elle accorde, mais aussi que les répercussions législatives de la loi sont discriminatoires.

En ce qui a trait au traitement inégal, les remarques que le juge Cory a formulées dans *Rudolph Wolff & Co. c. Canada*²³ me semblent particulièrement pertinentes. Dans cette cause-là, on a soutenu que les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et le paragraphe 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, qui accordent une compétence exclusive à la Cour fédérale du Canada, violaient le paragraphe 15(1) de la Charte. Après avoir cité le raisonnement qu'a adopté le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, le juge Cory a dit ce qui suit:

En ce qui concerne la question de savoir si les appelantes ont subi un traitement inégal, il doit être clair que la Couronne ne peut être comparée à une personne. La Couronne représente l'État. Elle est le moyen par lequel se manifeste la dimension fédérale de notre société canadienne. Elle doit représenter les intérêts de tous les membres de la société canadienne dans les recours en justice exercés contre la Couronne du Chef du Canada. Les droits et obligations de la Couronne sont très différents de ceux des particuliers qui intentent des actions contre le gouvernement fédéral.

À mon avis, le juge Henry a correctement appliqué l'arrêt *R. v. Stoddart*, précité. Je souscris à ce que dit le juge Tarnopolsky au nom de la Cour d'appel dans cet arrêt, aux pp. 362 et 363:

[TRADUCTION] La Couronne n'est pas une «personne physique» avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a violation du par. 15(1).

... le procureur de la Couronne n'agit pas dans un procès criminel à titre de «personne physique». Il s'agit comme mandataire de la Couronne, laquelle présente à son tour l'État, c.-à-d. une société organisée. Il convient de rappeler que l'Oxford English Dictionary définit le terme «*individual*» comme «*a single human being*» (un être humain) par opposition à la «société». Par conséquent, l'accusé en tant que «personne physique» ou «*individual*» ne peut être comparé avec le procureur de la Couronne en tant que mandataire de notre société organisée, aux fins d'un examen fondé sur le par. 15(1).

²² [1989] 1 R.C.S. 143.

²³ [1990] 1 R.C.S. 695.

This principle is equally applicable to the facts of this case and is sufficient to dispose of the issue. In the circumstances of the case at bar, the Crown is simply not an individual with whom a comparison can be made to determine whether a s. 15(1) violation has occurred.²⁴

In the case at bar, the Crown in section 36.3 of the *Canada Evidence Act* similarly is not an individual with whom a comparison can be made to determine where a section 15 violation has occurred.

Moreover I do not find any discrimination, as defined in *Andrews*, by the alleged impact of section 36.3 of the *Canada Evidence Act* on the respondents. Again, I refer to the words of Mr. Justice Cory in *Rudolph Wolff*:

Nor did the appellants demonstrate that if any inequality existed it was discriminatory. The impugned legislation granting the Federal Court exclusive jurisdiction over claims against the Crown in right of Canada does not distinguish between classes of individuals on the basis of any of the grounds enumerated in s. 15(1) nor on any analogous grounds. Certainly, it cannot be said that individuals claiming relief against the Federal Court are in the words of Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, "a discrete and insular minority" or "a disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15". Rather, they are a disparate group with the sole common interest of seeking to bring a claim against the Crown before a court.²⁵

Section 36.3 gives the Crown a privilege against discovery with respect to certain information and in doing so does not distinguish between classes of individuals on the basis of any enumerated grounds in subsection 15(1) nor on any analogous grounds. In short, the section 15 argument also fails.

(3) Paragraph 1(a) of the Canadian Bill of Rights

The respondents contend that section 36.3 is inconsistent with paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, which provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

Ce principe s'applique tout autant aux faits de l'espèce et permet de disposer du pourvoi. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Couronne n'est tout simplement pas une personne physique avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation du par. 15(1)²⁴.

a

En l'espèce, de la même façon, la Couronne à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas une personne avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation de l'article 15.

b

En outre, je ne constate aucune discrimination, au sens de l'arrêt *Andrews*, qui découlerait des répercussions de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* sur les intimées. Je me reporte à nouveau aux propos du juge Cory dans l'arrêt *Rudolph Wolff*:

Les appelantes n'ont pas démontré non plus que l'inégalité, le cas échéant, était discriminatoire. Les dispositions législatives contestées qui confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive pour entendre les demandes portées contre la Couronne du chef du Canada n'établissent pas de distinction entre les catégories de personnes d'après les motifs énumérés au par. 15(1) ou d'après des motifs analogues. On ne peut certainement pas affirmer que les personnes qui intentent une action contre la Couronne fédérale sont, selon les propos du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, une «minorité discrète et isolée» ou «un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15». Au contraire, elles forment un groupe disparate dont le seul point commun est d'exercer une réclamation contre la Couronne devant un tribunal²⁵.

f

L'article 36.3 accorde à la Couronne un privilège à l'encontre de la divulgation de certains renseignements et, ce faisant, il n'établit aucune distinction entre les catégories de personnes d'après des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou des motifs analogues. Bref, l'argument fondé sur l'article 15 n'est pas retenu non plus.

(3) L'alinéa 1a) de la Déclaration canadienne des droits

Les intimées soutiennent que l'article 36.3 est incompatible avec l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, dont le libellé est le suivant:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

²⁴ *Id.*, at p. 701.

²⁵ *Id.*, at p. 702.

²⁴ *Idem*, à la p. 701.

²⁵ *Idem*, à la p. 702.

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

The respondents argue that the Government of Canada's actions in disallowing the transfer of shares and the use of section 36.3 amount to a deprivation of the enjoyment of property without due process.

However, this argument again fails at the threshold. This Court has previously held that paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* applies only to individuals which does not include bodies corporate.²⁶ Therefore the respondents have no claim under that paragraph.

(4) Paragraph 2(e) of the Canadian Bill of Rights

Paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* provides as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

As the provision refers to "persons", respondents argue that they fall within the ambit of that paragraph and I assume they do.

However, before dealing with the paragraph 2(e) argument more generally, I wish to discuss a preliminary point which goes to the breadth of respondents' submissions on this argument. The respondents submit that they are being denied a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of their rights and obligations under FIRA because of: the decision made by Cabinet to disallow the transfer

²⁶ *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.) at pp. 427-428 (per Thurlow C.J.); and *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, note 21.

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

Selon les intimées, en annulant le transfert d'actions et en appliquant l'article 36.3, le gouvernement du Canada a fait des gestes équivalant à une dénégration du droit à la jouissance des biens sans l'application régulière de la loi.

Cependant, encore une fois, cet argument ne peut être retenu, parce que les critères préliminaires s'y rapportant n'ont pas été établis. Notre Cour a déjà décidé que l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* s'applique uniquement aux particuliers, ce qui ne comprend pas les personnes morales²⁶. En conséquence, les intimées ne peuvent se fonder sur cette disposition.

(4) L'alinéa 2e) de la Déclaration canadienne des droits

L'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* se lit comme suit:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

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

Selon les intimées, comme cette disposition fait mention de «personnes», les intimées sont visées par ce paragraphe et je présume qu'elles le sont.

Toutefois, avant d'examiner de façon plus générale l'argument fondé sur l'alinéa 2e), j'aimerais traiter d'une question préliminaire qui touche l'ensemble des prétentions des intimées au sujet de cet argument. Les intimées soutiennent qu'elles se sont vu refuser le droit à une audience impartiale conformément aux principes de justice fondamentale aux fins de la détermination de leurs droits et obligations prévus à la LEIÉ, et ce, en raison de la

²⁶ *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.), aux p. 427 et 428 (le juge en chef Thurlow); et *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 21.

of shares from respondent Canadian Transit Company to the respondents Central Cartage Company and Detroit International Bridge Company, the manner in which the decision was reached, the resort to section 20 of FIRA to enforce the Cabinet decision, and ultimately because of the potential criminal liability under sections 24 and 27 of FIRA. The invocation by the appellant of section 36.3 of the *Canada Evidence Act* in this context has resulted in a denial of the respondents' rights to a fair hearing within the meaning of paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

In making this argument, the respondents are lumping a great many issues together and I believe improperly so. The specific issue before us is an argument that section 36.3 of the *Canada Evidence Act* infringes paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* in the context of the proceedings in question. Those proceedings are described under section 20 of FIRA, the relevant portions of which provided as follows:

20. (1) Where a non-eligible person or group of persons any member of which is a non-eligible person has made an actual investment in circumstances in which

(b) the Governor in Council has, by order, refused to allow the investment . . .

a superior court, on application on behalf of the Minister, may make such order as, in its opinion, is required in the circumstances, to the end that the investment shall be rendered nugatory not later than the expiry of such period of time as the court considers necessary to allow in order to avoid or reduce, to the greatest possible extent consistent with the attainment of that end, any undue hardship to any person who was not involved in the investment knowing it to be subject to be rendered nugatory under this Act.

I agree with Strayer J. when he made the following comments about a section 20 proceeding:

It will be noted that Parliament specified that such a proceeding was to be by way of application and Rule 319 of the *Federal Court Rules* states that "Any application to the Court shall be made by motion and initiated by notice of motion . . ." Two other judges of the Trial Division (Cattanach J., July 12, 1983; Walsh J., April 15, 1985) have declined to order a trial of the issue or measures normally associated with the conduct of an action. I have made several orders attempting to assist the parties in achieving a proper definition of the issues and in

décision par laquelle le Cabinet a refusé le transfert d'actions de l'intimée Canadian Transit Company aux intimées Central Cartage Company et Detroit International Bridge Company, de la façon dont la décision a été rendue, du recours à l'article 20 de la LEIÉ pour appliquer la décision du Cabinet et, finalement, en raison de la responsabilité possible au pénal sous le régime des articles 24 et 27 de la LEIÉ. L'application par l'appelant de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* dans ce contexte a entraîné un déni du droit des intimées à une audience impartiale au sens de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Par cet argument, les intimées soulèvent un grand nombre de questions en même temps et, à mon avis, cette démarche n'est pas appropriée. La question précise sur laquelle nous devons nous prononcer est l'argument selon lequel l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* viole l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* dans le contexte des procédures en question. Ces procédures sont décrites à l'article 20 de la LEIÉ, dont les extraits pertinents se lisent comme suit:

20. (1) Lorsqu'une personne non admissible ou un groupe de personnes dont l'une est une personne non admissible a réalisé un investissement effectif

b) alors que le gouverneur en conseil a, par décret, refusé d'autoriser l'investissement,

une cour supérieure peut, sur demande présentée au nom du Ministre, rendre l'ordonnance qui, à son avis, s'impose dans ces circonstances afin de frapper de nullité l'investissement et ce, au plus tard le dernier jour du délai que la Cour estime nécessaire pour éviter ou réduire, dans la mesure qui soit la plus compatible avec l'objectif visé, toutes difficultés injustifiées pour quiconque, excepté les personnes ayant participé à l'investissement tout en sachant que celui-ci était susceptible d'être frappé de nullité en vertu de la présente loi.

Je souscris aux remarques suivantes que le juge Strayer a formulées au sujet d'une procédure fondée sur l'article 20:

Il faut remarquer que le Parlement a précisé que la procédure à suivre consistait dans la présentation d'une demande et que, selon la règle 319 des *Règles de la Cour fédérale*, « toute demande à la Cour est faite par voie de requête et débute par un avis de requête . . . » Deux autres juges de la Section de première instance (le juge Cattanach, le 12 juillet 1983; le juge Walsh, le 15 avril 1985) ont refusé d'ordonner que la question soit instruite ou que soient prises les mesures ordinairement liées au déroulement d'une action. J'ai rendu plusieurs ordon-

trying to assure them, particularly the respondents, a reasonable opportunity to acquire and submit relevant evidence.

It is reasonably clear from subsection 20(1), quoted above, that Parliament deliberately decided that the proceeding to obtain a court order rendering nugatory an investment already disallowed by the Governor in Council should be summary in nature. The word "application" clearly connotes this. In such a summary procedure there are no pleadings and proof is to be by affidavit. This seems not inappropriate in circumstances where the substantive decision to disallow the investment has already been made by the Governor in Council, and the purpose of recourse to the Court is simply to enforce that decision.

... it is important to keep in mind that the role of the Court under subsection 20(1) of the *Foreign Investment Review Act* is to give legal effect to a decision of the Governor in Council disallowing the acquisition. The Court is to

make such order as, in its opinion, is required in the circumstances, to the end that the investment shall be rendered nugatory ...

The principal function of the Court, then, is to give appropriate form to an enforcement measure which will do what is required to render the investment nugatory without doing more, at the same time having regard to the interests of innocent third parties. It is not the role of the Court on such an application by the Attorney General to hear an appeal from the Governor in Council as to the merits of his decision to disallow the investment. This is a nicety which the respondents do not always seem to appreciate.²⁷

As acknowledged by Strayer J., respondents are attacking the validity of the Cabinet decision because they want to establish it was made without jurisdiction. But the section 20 proceeding is summary in nature, is aimed at enforcing a decision of the Cabinet, with proof by affidavit only, and does not involve the trial of an action. The attempt by the respondents to broaden their invalidity arguments by linking them to the merits of the Cabinet decision and potential criminal liability is wrong. Moreover, it is also inappropriate for respondents to argue in this appeal that section 20 is itself invalid as I do not believe the leave, given by the Court to attack the validity of section 36.3 of the *Canada Evidence Act*, carried with it a licence to argue the invalidity of section 20.

²⁷ Reasons of order of Strayer J., Court File A-307-89, vol. V of the Appeal Book, pp. 3-5 and 6. Strayer J. was confirmed by this Court in reasons for judgment issued simultaneously herewith.

nances en vue d'aider les parties à bien définir les questions et de leur fournir, en particulier aux intimées, la possibilité raisonnable d'obtenir et de produire des éléments de preuve pertinents.

a Les termes mêmes du paragraphe 20(1) précités prouvent d'une manière raisonnablement évidente que le Parlement a décidé expressément que la procédure destinée à obtenir une ordonnance du tribunal frappant de nullité l'investissement déjà refusé par le gouverneur en conseil devrait être sommaire. C'est ce qu'implique nettement le mot «demande». Dans une procédure sommaire, il n'y a pas de plaidoirie et la preuve est faite au moyen d'affidavits. C'est ce qui semble à propos de faire dans un cas où la décision de refuser l'investissement a déjà été prise par le gouverneur en conseil et où la demande adressée à la Cour vise simplement à mettre cette décision à exécution.

c ... il importe de ne pas oublier que le rôle de la Cour en vertu du paragraphe 20(1) de la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* se résume à donner effet sur le plan juridique à une décision du gouverneur en conseil refusant l'acquisition. Le tribunal doit

d rendre l'ordonnance qui, à son avis, s'impose dans ces circonstances afin de frapper de nullité l'investissement ...

e La principale fonction de la Cour consiste donc à faire en sorte que soit revêtue de la forme appropriée la mesure d'exécution qui aura l'effet voulu pour frapper de nullité l'investissement sans plus, tout en tenant compte des intérêts des tiers de bonne foi. Il n'appartient pas à la Cour, lorsque le procureur général présente une telle demande, d'entendre au fond l'appel formé contre la décision du gouverneur en conseil de refuser l'investissement. C'est une finesse dont les intimés ne se rendent pas toujours compte.²⁷

f Comme le juge Strayer l'a reconnu, les intimées contestent la validité de la décision du Cabinet, parce qu'elles veulent démontrer que le Cabinet n'avait pas la compétence voulue pour la rendre. Toutefois, la procédure fondée sur l'article 20 est une procédure de nature sommaire; elle vise à mettre à exécution une décision du Cabinet au moyen d'une preuve par affidavit seulement et ne nécessite pas l'instruction d'une action. Les intimées ont tort de tenter d'élargir la portée de leurs arguments relatifs à l'invalidité en les liant au bien-fondé de la décision du Cabinet et à la responsabilité possible au pénal. En outre, elles ont tort d'alléguer, dans le présent appel, que l'article 20 lui-même est invalide, parce que je ne crois pas qu'en leur permettant de contester la validité de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la Cour les a autorisées à contester la validité de l'article 20.

²⁷ Motifs de l'ordonnance du juge Strayer, dossier de la Cour A-307-89, vol. V du dossier en appel, p. 3, 5 et 6. Notre Cour a confirmé la décision du juge Strayer dans les motifs de jugement prononcés en même temps que les présents motifs.

However, what is appropriately raised by respondents is their argument that section 36.3 of the *Canada Evidence Act* violates paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* in the context of the proceeding contemplated by section 20 of FIRA. Simply put, respondents submit that the right to a fair hearing in accordance with fundamental justice is enshrined in paragraph 2(e) and fundamental justice includes the right to state one's case adequately.²⁸ As section 36.3 of the *Canada Evidence Act* prevents the adequate statement of their case, respondents argue it violates paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* and should not apply. I do not agree.

The fair hearing guaranteed in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* is not a frozen concept that remains static. A court in interpreting the concept, should be mindful of its origin and evolution and of the specific context in which it is being raised. In other words, the guarantee of a fair hearing in paragraph 2(e) should be given a meaning that recognizes not only the interpretation and evolution of the term over time but also the particular circumstances involved.²⁹

²⁸ *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 213, citing *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at p. 923.

²⁹ In this respect, I agree with the analysis of Professor Peter Hogg when he concludes that, although the *Canadian Bill of Rights* does not contain a limitation clause comparable to section one of the Charter, courts have not interpreted the guarantees of the *Canadian Bill of Rights* as absolute. See Hogg, "A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights", in Beaudoin and Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1 at p. 8 (2nd ed. 1989).

Professor Hogg states:

Thus a guarantee of "equality before the law" or "equal protection of the laws" must be qualified to accommodate laws which treat special groups in a special way for legitimate reasons, and a guarantee of "freedom of speech" must be qualified to accommodate laws against sedition, obscenity, fraud, official secrecy, defamation, deceptive advertising and the like. The position without a limitation clause is therefore not very different from the position with a limitation clause. However, an explicit limitation clause does instruct the courts, albeit vaguely, as to the standards to be employed in

(Continued on next page)

Toutefois, l'argument qu'elles ont soulevé de façon pertinente au cours de leur plaidoirie est l'argument selon lequel l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* viole l'alinéa 2e) de la *Déclaration des droits* dans le contexte de la procédure envisagée par l'article 20 de la LEIÉ. En termes simples, les intimées soutiennent que le droit à une audience impartiale conformément aux principes de justice fondamentale est enchâssé à l'alinéa 2e) et que la justice fondamentale comprend le droit de présenter sa cause d'une façon appropriée²⁸. Comme l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* les empêche de présenter leur cause de façon appropriée, cette disposition violerait l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* et ne devrait pas s'appliquer. Je ne suis pas d'accord.

Le droit à une audience impartiale qui est garanti à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas un concept gelé qui demeure statique. Lorsqu'elle doit interpréter ce concept, la cour doit tenir compte de l'origine et de l'évolution de celui-ci et du contexte précis dans lequel il est soulevé. En d'autres termes, la garantie d'une audience impartiale qui est prévue à l'alinéa 2e) devrait se voir attribuer un sens qui tient compte, non seulement de l'interprétation et de l'évolution de l'expression au fil des ans, mais aussi des circonstances particulières en jeu²⁹.

²⁸ *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 213, où l'on cite, l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la p. 923.

²⁹ Sur ce point, je suis d'accord avec le professeur Peter Hogg, lorsqu'il conclut dans son analyse que, bien que la *Déclaration canadienne des droits* ne contienne pas de clause restrictive comparable à l'article 1 de la Charte, les tribunaux n'ont pas interprété les garanties de la *Déclaration canadienne des droits* comme des garanties absolues. Voir Hogg, «Comparaison entre la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits» dans Beaudoin et Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 1, à la p. 11 (2^e éd., 1989).

Le professeur Hogg s'exprime comme suit:

C'est ainsi que la garantie de «l'égalité de la loi» ou de «la protection de la loi» doit s'interpréter de façon à permettre l'application de lois qui, pour des motifs légitimes, accordent un traitement de faveur à certains groupes; la garantie de «la liberté de parole» doit s'interpréter de façon à laisser subsister des règles de droit en matière de sédition, d'obscénité, de fraude, de secrets officiels, de diffamation, de fausse publicité et ainsi de suite. Une clause limitative ne modifie donc pas la situation de façon dramatique. Cependant, une clause limitative explicite renseigne les tribunaux, bien que d'une

(Suite à la page suivante)

In addition, it should be noted paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* guarantees a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. As was stated by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*,³⁰ the words "principles of fundamental justice" qualify the "right to a fair hearing" and operate differently from section 7 of the Charter because in that section they qualify much more fundamental rights, namely, the "right to life, liberty and security of the person". Consequently paragraph 2(e) is much narrower in scope than section 7 of the Charter in that the former deals solely with procedural fairness.

There is no doubt that procedural fairness generally implies the right to state one's case adequately.³¹ This right is part of the broader rule commonly expressed by the Latin expression of *audi alteram partem*—to hear the other side.

But it has been well recognized that there can be circumstances where the *audi alteram partem* rules can be qualified, and these qualifications have developed over time both by the common law and by statute.³² Many questions of privilege such as solicitor-client, priest-penitent, or rules on hearsay evidence can operate to cut down on the ability to state one's case by denying admissibility into evidence even though relevance may be established. The issue of Crown privilege attaching to Cabinet confidences is firmly established as one of

(Continued from previous page)

determining whether a law transgresses a guaranteed civil liberty. In the absence of a limitation clause, the courts have to invent the applicable standards, a task that Canadian courts, in interpreting the *Canadian Bill of Rights*, did not perform very successfully. [Footnotes omitted.] *Id.*, p. 8.

³⁰ [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 511.

³¹ See Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, *supra*, note 28.

³² As noted by La Forest J., relying on *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, note 30, it is proper to resort to the common law and legislative practice to interpret Charter rights, see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 406.

En outre, il faut souligner que l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* garantit une audience impartiale conformément aux principes de justice fondamentale. Comme l'a dit le juge Lamer dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*,³⁰ l'expression «principes de justice fondamentale» est rattachée au «droit à une audience impartiale», qu'elle modifie, et s'applique différemment de l'article 7 de la Charte parce que, dans cette disposition-là, elle se rapporte à des droits beaucoup plus fondamentaux, en l'occurrence, le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». En conséquence, l'alinéa 2e) a une portée beaucoup plus restreinte que l'article 7 de la Charte, puisqu'il porte uniquement sur l'équité dans la procédure.

Il est indubitable que l'équité dans la procédure sous-entend généralement le droit de présenter sa cause de façon appropriée³¹. Ce droit fait partie de la règle plus large habituellement exprimée par les mots latins *audi alteram partem* (entendre l'autre partie).

Cependant, il est bien reconnu qu'il y a des cas où la règle *audi alteram partem* peut être restreinte et ces restrictions ont été créées au fil des années par la *common law* et par le droit d'origine législative³². Bon nombre de privilèges, comme le privilège des communications entre l'avocat et son client ou entre le prêtre et le pénitent, ou de règles sur la preuve par oui-dire peuvent restreindre la possibilité pour une personne de présenter sa cause en niant l'admissibilité de certains éléments de preuve, bien que la pertinence puisse en être éta-

(Suite de la page précédente)

façon très générale, quant aux normes à appliquer pour décider si une loi viole une des libertés reconnues ou si, au contraire, elle constitue une restriction légitime à cette liberté. En l'absence d'une clause limitative, les tribunaux doivent inventer eux-mêmes ces normes. Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens qui ont eu à interpréter la *Déclaration canadienne des droits* n'ont pas bien réussi dans cette tâche.» [Notes en bas de page omises]. *Idem*, p. 11 et 12.

³⁰ [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 511.

³¹ Voir le juge en chef Fauteux, dans *Duke c. La Reine*, précité, note 28.

³² Comme l'a dit le juge La Forest, qui se fondait sur l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, note 30, il convient de se fonder sur la *common law* et la pratique législative pour interpréter les droits reconnus par la Charte; voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 406.

these exceptions³³ and I believe it has not been ousted by the wording of paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

The exclusion of Cabinet confidences, which is behind the provisions of section 36.3, is principally aimed at the protection of Cabinet candour in its discussions and Cabinet solidarity, and comes well within the exceptions to stating one's case that have been recognized. As stated in de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, the *audi alteram partem* rule may be modified by legislation for the protection of particular aspects of the public interest such as information supplied in confidence for the government or the discharge of public functions.³⁴

Accordingly, the common law and statutory evolution of protection against discovery for Cabinet confidences should not be lightly discarded. In this respect, one cannot ignore the special status the Crown enjoys which was described by Mr. Justice Cory as being different and apart from others in that it represents the interests of all members of Canadian society.³⁵

I also take some reinforcement in my conclusion that the invocation of a section 36.3 certificate does not violate paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* when the limited purpose and scope of section 20 of FIRA is recalled. As stated earlier, that section's purpose is limited to the making in a prescribed manner of a court order implementing a decision of the Cabinet. I fail to see how, given the

³³ See authorities cited *supra* note 13. See also the thorough review of Crown privilege relating to Cabinet documents under the common law by La Forest J. in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637.

³⁴ (4th ed., J. M. Evans, editor, pp. 189-190).

³⁵ *Rudolph Wolff & Co. v. Canada*, *supra*, notes 23, 24. Cory J. stated, however, it was not necessary for him to consider the point that the Crown can never be compared with individuals under subsection 15(1) of the Charter in the context of any statute governing the relationship between the Crown and the subject in civil proceedings. He said that there could be circumstances in which the Crown's activities are indistinguishable from those of any other litigant engaged in commercial activity but that was for another day. At pp. 701-702.

blie. Le privilège de la Couronne à l'égard des renseignements confidentiels du Cabinet est bien reconnu comme étant l'une de ces exceptions³³ et, à mon avis, cette exception n'a pas été annulée par le libellé de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

L'exclusion des renseignements confidentiels du Cabinet, qui est prévue à l'article 36.3, vise principalement à protéger la solidarité du Cabinet et la liberté pour lui de s'exprimer spontanément et constitue l'une des exceptions au droit de présenter sa cause qui ont été reconnues. Comme l'a dit de Smith dans *Judicial Review of Administrative Action*, la règle *audi alteram partem* peut être modifiée au moyen d'une loi visant à protéger certains aspects de l'intérêt public, comme des renseignements confidentiels du gouvernement ou des renseignements fournis dans le cadre de l'exercice de fonctions publiques³⁴.

En conséquence, il ne faut pas mettre de côté inconsidérément l'évolution, tant en *common law* que dans les textes législatifs, de la protection dont bénéficient les renseignements confidentiels du Cabinet. À cet égard, on ne peut ignorer le statut spécial dont la Couronne jouit et qui, selon le juge Cory, est différent, puisque la Couronne représente les intérêts de tous les membres de la société canadienne³⁵.

Ma conclusion selon laquelle le recours à un certificat fondé sur l'article 36.3 ne viole pas l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* me semble encore plus justifiée, lorsque je me rappelle l'objectif et la portée restreints de l'article 20 de la LEIÉ. Comme je l'ai déjà souligné, cet article vise simplement l'adoption en la manière prescrite d'une ordonnance de la Cour qui donne

³³ Voir les autorités citées plus haut à la note 13. Voir également l'examen approfondi du privilège de la Couronne à l'égard des documents du Cabinet selon la *common law* dans *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, le juge La Forest.

³⁴ (4^e éd., J. M. Evans, éditeur, p. 189-190).

³⁵ *Rudolph Wolff & Co. c. Canada*, précité, notes 23 et 24. Cependant, le juge Cory a souligné qu'il ne voyait pas la nécessité d'examiner l'argument selon lequel la Couronne ne peut en aucun cas être comparée aux personnes visées au paragraphe 15(1) de la Charte dans le contexte d'une loi qui régit les liens entre la Couronne et le particulier dans des procédures au civil. Il a dit qu'il peut y avoir des cas où les activités de la Couronne sont indissociables de celles de toute autre partie qui poursuit une activité commerciale, mais que cette question serait examinée plus tard. Aux p. 701 et 702.

limited scope and purpose of the section 20 proceeding, the operation of a section 36.3 certificate infringes the respondents' guarantee of a fair hearing under paragraph 2(e). Especially so, when, at the main hearing under section 20, respondents will be able to advance any argument they think relevant including asking the Court to draw any inference which arises from the lack of documents requested by the respondents and protected by the section 36.3 certificate.

Conclusion

For the foregoing reasons, the appeal will be allowed with costs in the cause and the order of Teitelbaum J. rendered on September 1, 1988 is set aside, and the respondents' motion to strike the certificate is dismissed.

URIE J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

suite à une décision du Cabinet. Compte tenu de la portée et de l'objectif restreints de la procédure visée à l'article 20, je ne vois pas en quoi l'utilisation d'un certificat fondé sur l'article 36.3 viole le droit des intimées à une audience impartiale au sens de l'alinéa 2e). Cela est encore plus vrai lorsque je tiens compte du fait que, lors de l'audience principale concernant l'article 20, les intimées pourront faire valoir tout argument qu'elles jugeront pertinent et pourront même demander à la Cour de tirer toute conclusion découlant de l'absence de documents demandés par les intimées et protégés par le certificat fondé sur l'article 36.3.

Conclusion

Pour les motifs exprimés ci-dessus, l'appel est accueilli, les dépens suivant l'issue de la cause, et l'ordonnance rendue le 1^{er} septembre 1988 par le juge Teitelbaum est infirmée; la demande des intimées en vue de faire rayer le certificat est rejetée.

LE JUGE URIE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.