

T-1958-87

T-1958-87

Samuel, Son & Co., Limited and W. Grant Brayley (Applicants)

v.

Restrictive Trade Practices Commission and Director of Investigation and Research, (The Competition Act) (Respondents)

INDEXED AS: SAMUEL, SON & CO., LTD. v. CANADA (RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION)

Trial Division, Reed J.—Ottawa, November 10 and 13, 1987.

Combines — Flat rolled steel inquiry commenced in 1981 — Applicant ordered to attend to give evidence under Combines Investigation Act, s. 17 — Proceedings adjourned, and resumed in 1987 — Motion for disclosure of materials filed in support of s. 17 order — Although decision to issue s. 17 order reviewable to ensure compliance with rules of fairness or fundamental justice, inappropriate case for exercise of judicial discretion — Applicants not suffering prejudice — S. 17 meeting procedural requirements of Charter, s. 7 — Situation otherwise under new Competition Act.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Motion for disclosure of material filed in support of order under Combines Investigation Act, s. 17 — Decision to issue s. 17 order reviewable to ensure compliance with Charter rules or fairness or fundamental justice — Motion dismissed — Applicant not suffering prejudice if denied access as nature of investigation known — Chairman's decision not arbitrary — S. 17 meeting procedural requirements of Charter, s. 7.

This was a motion for an order to compel the respondents to disclose all material filed in support of an order issued pursuant to section 17 of the *Combines Investigation Act*. An inquiry concerning flat rolled steel was commenced in 1981. The applicant, Brayley, was ordered to attend to give evidence pursuant to section 17. The proceedings were adjourned until 1987 when the Supreme Court, in *Irvine*, determined that the procedure followed by the hearing Officer did not offend the rules of natural justice or fairness. The notice of motion initiating these proceedings sought access to the material on which the 1981 order to attend was based. The Commission then vacated the 1981 order and issued a new order. The notice of motion was amended to seek access to the materials on which both orders were based. The information sought was said to be necessary to challenge the validity of the section 17 order. The applicants argued that section 17 orders are discretionary, and therefore that the rules of fairness and consequently the rules of fundamental justice under section 7 of the Charter apply. Furthermore, they argued that section 7 requires a

Samuel, Son & Co., Limited et W. Grant Brayley (requérants)

a c.

Commission sur les pratiques restrictives du commerce et Directeur des enquêtes et recherches (la Loi sur la concurrence) (intimés)

b RÉPERTORIÉ: SAMUEL, SON & CO., LTD. c. CANADA (COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE)

Division de première instance, juge Reed—Ottawa, 10 et 13 novembre 1987.

c *Coalitions — Enquête sur l'acier laminé lancée en 1981 — Ordonnance demandant au requérant de venir déposer en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Ajournement des audiences et reprise de l'enquête en 1987 — Requête visant à donner accès aux documents sur lesquels l'ordonnance en vertu de l'art. 17 était fondée — Même si une décision de rendre une ordonnance en vertu de l'art. 17 est sujette à un contrôle judiciaire qui permette de vérifier l'application des principes d'équité et de justice fondamentale, il ne s'agit pas d'un cas où la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des requérants — Les requérants ne subissent aucun préjudice — L'art. 17 répond aux garanties de procédure qui découlent de l'art. 7 de la Charte — La nouvelle Loi sur la concurrence a modifié la situation.*

d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Requête visant à donner accès aux documents sur lesquels l'ordonnance décernée en vertu de l'art. 17 était fondée — La décision de rendre une ordonnance en vertu de l'art. 17 est sujette à un contrôle judiciaire qui permette de vérifier l'application des principes d'équité et de justice fondamentale — Requête rejetée — Les requérants ne subissent aucun préjudice du fait qu'ils ne peuvent étudier les documents; ils connaissent la nature de l'enquête — La décision du président n'était pas arbitraire — L'art. 17 répond aux garanties de procédure qui découlent de l'art. 7 de la Charte.*

e *Il s'agit d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance visant à contraindre les intimés à divulguer tous les documents déposés à l'appui d'une ordonnance décernée conformément à l'article 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Une enquête sur l'acier laminé a été lancée en 1981. Une ordonnance a été décernée en vertu de l'article 17 demandant au requérant Brayley de venir déposer. Les audiences ont été ajournées jusqu'en 1987, alors que la Cour suprême a jugé dans l'arrêt *Irvine* que la procédure suivie par le fonctionnaire chargé de l'audition ne dérogeait pas aux principes de justice naturelle ou d'équité. L'avis de requête ayant lancé la présente action visait à donner accès aux documents sur lesquels l'ordonnance de venir déposer décernée en 1981 était fondée. La Commission a infirmé l'ordonnance de 1981 et décerné une nouvelle ordonnance. L'avis de requête a été modifié de façon à obtenir l'accès aux documents sur lesquels les deux ordonnances étaient fondées. On a fait valoir que les renseignements recherchés étaient nécessaires pour contester la validité de l'ordonnance décernée en vertu de l'article 17. Les requérants soutien-*

protective procedure of prior authorization which would involve disclosure of the material in question. The respondents argued that the decision to make a section 17 order is purely administrative and non-reviewable.

Held, the application should be dismissed.

The applicants could not be entitled to access to material related to the earlier order as it had been vacated.

The decision to issue a section 17 order is reviewable to ensure that the rules of fairness or fundamental justice under the Charter have been complied with. This was supported by the respondents' argument that such orders may be challenged for having been issued for an improper purpose, which demonstrated that these orders are reviewable by a superior court. Also, a member of the Restrictive Trade Practices Commission has a discretion in issuing such orders.

As to the scope of the rules of fairness and fundamental justice, the cases referred to as authority for the proposition that the applicant had a right to know the nature of the material in question in order to contest the validity of the order were distinguished as they dealt with the right to cross-examine on affidavits filed in support of applications for search warrants.

The fact that a section 17 order is "*ex parte*" and made on "application" does not necessarily mean such orders are always returnable to provide the party against whom the order has been made with a chance to answer.

Even if there had been a breach of the rules of fairness, this was not an appropriate case for the Court to exercise its discretion to grant the relief sought. The applicants did not suffer any prejudice in being unable to review the material. They knew the nature of the investigation which had already commenced. The Chairman's decision was neither arbitrary, nor made without addressing his mind to the question of whether or not there were reasonable grounds on which to require that the applicants be ordered to attend.

As to whether prior authorization was required, *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, is authority for the proposition that the procedure prescribed by section 17 does not offend the principles of natural justice. If the inquiry was being conducted under the new *Competition Act*, the applicants would be entitled to their remedy in light of the amendments to section 10 of the *Combines Investigation Act*. However, statutory amendment is not indicative of the state of the law prior to the amendment.

ment que les ordonnances décernées en vertu de l'article 17 sont discrétionnaires et donc, que les principes d'équité et, par voie de conséquence, les principes de justice fondamentale prévus par l'article 7 de la Charte s'appliquent. Ils affirment de plus que l'article 7 exige une procédure de garantie grâce à l'autorisation préalable qui entraînerait la communication des documents en question. Les intimés soutiennent que la décision de décerner une ordonnance en vertu de l'article 17 est de nature purement administrative et qu'elle échappe à tout contrôle judiciaire.

b Jugement: la requête est rejetée.

Les requérants ne peuvent avoir accès aux documents sur lesquels la première ordonnance était fondée puisque cette dernière a été annulée.

c La décision de rendre une ordonnance en vertu de l'article 17 est sujette à un contrôle judiciaire qui permette de vérifier l'application des principes d'équité et de justice fondamentale en vertu de la Charte. Cette conclusion est appuyée par l'argument des intimés selon lequel les ordonnances sont contestables si elles ont été rendues à une fin impropre, montrant que ces ordonnances sont assujetties au contrôle d'une cour supérieure. Également, lorsqu'un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce prononce ces ordonnances, il le fait en vertu d'un pouvoir discrétionnaire.

e Quant à la portée des principes d'équité et de justice fondamentale, les précédents jurisprudentiels cités pour faire valoir que le requérant a le droit de connaître la nature de ces documents afin de contester la validité de l'ordonnance ont été distingués en ce qu'ils traitent du droit de contre-interroger sur les affidavits appuyant les demandes pour faire décerner des mandats de perquisition.

f Le fait que l'ordonnance rendue en vertu de l'article 17 soit «*ex parte*» et sur «demande» ne signifie pas nécessairement que l'ordonnance doit toujours être présentée pour permettre à la partie à l'encontre de qui l'ordonnance a été prononcée de répondre.

g Même si, en l'espèce, il y a eu atteinte aux principes de l'équité, je ne jugerai pas opportun d'exercer mon pouvoir discrétionnaire pour accorder l'ordonnance demandée. Les requérants ne subissent aucun préjudice du fait qu'ils ne peuvent pas étudier les documents en cause. Ils connaissaient la nature de l'enquête; en fait, elle était déjà commencée. La décision du président n'est pas arbitraire et elle n'a pas été prise sans qu'il ne se soit demandé s'il existait des motifs raisonnables d'ordonner aux requérants de comparaître.

i Sur la question de décider s'il fallait une procédure d'autorisation préalable, la décision dans *Stelco Inc. c. Canada (procureur général)* fait autorité quant à la conclusion que la procédure prescrite par l'article 17 répond aux exigences de la justice fondamentale. Si l'enquête était menée en vertu de la nouvelle *Loi sur la concurrence*, vu les modifications apportées à l'article 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, les requérants auraient droit au recours qu'ils demandent. Toutefois, une modification législative ne peut être considérée comme le reflet de l'état du droit avant la modification.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1986, c. 26, s. 67. ^a

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 7, 8.

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 24), 17, 32. (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 14). ^b

Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 19), s. 9. ^c

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stelco Inc. v. Canada (Attorney General), judgment dated October 22, 1987, Federal Court, Appeal Division, A-728-87, not yet reported. ^d

DISTINGUISHED:

Re Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. and Minister of National Revenue (1983), 42 O.R. (2d) 784 (S.C.); *Corr (T.A.) et al. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 148 (S.C. Ont.). ^e

CONSIDERED:

Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; 11 D.L.R. (4th) 641; *Thomson Newspapers Ltd. et al. v. Director of Investigation & Research et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 257 (C.A.); *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; (1983), 81 C.P.R. (2d) 1 (C.A.); *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 510 (T.D.); *Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 F.C. 537 (T.D.). ^f

REFERRED TO:

Re Director of Investigation and Research and Restrictive Trade Practices Commission et al. (1985), 18 D.L.R. (4th) 750 (F.C.A.); *Restrictive Trade Practices Commission et al. v. Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act* (1983), 145 D.L.R. (3d) 540 (F.C.T.D.); *A. G. Sask. et al. v. Boychuk et al.*, [1977] 5 W.W.R. 750 (Sask. C.A.); *Tribune Newspaper Co. v. Ft. Frances Pulp & Paper Co., Re Macklin*, [1932] 4 D.L.R. 179 (Man. C.A.); *Rex v. Baines*, [1909] 1 K. B. 258. ⁱ

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.), art. 7, 8.

Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1986, chap. 26, art. 67.

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10 (mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 24), 17, 32 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 76 art. 14).

Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, chap. C-23 (mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 19), art. 9.

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Stelco Inc. c. Canada (Procureur général), jugement en date du 22 octobre 1987, Division d'appel de la Cour fédérale, A-728-87, encore inédit. ^d

DISTINCTION FAITE AVEC:

Re Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. and Minister of National Revenue (1983), 42 O.R. (2d) 784 (C.S.); *Corr (T.A.) et al. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 148 (C.S. Ont.). ^e

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1987] 1 R.C.S. 181; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; 11 D.L.R. (4th) 641; *Thomson Newspapers Ltd. et al. v. Director of Investigation & Research et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 257 (C.A.); *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608; (1983), 81 C.P.R. (2d) 1 (C.A.); *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 510 (1^{re} inst.); *Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 C.F. 537 (1^{re} inst.). ^f

DÉCISIONS CITÉES:

Re Directeur des enquêtes et recherches et Commission sur les pratiques restrictives du commerce et autres (1985), 18 D.L.R. (4th) 750 (C.A.F.); *Commission sur les pratiques restrictives du commerce et autres c. Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (1983), 145 D.L.R. (3d) 540 (C.F. 1^{re} inst.); *A. G. Sask. et al. v. Boychuk et al.*, [1977] 5 W.W.R. 750 (C.A. Sask.); *Tribune Newspaper Co. v. Ft. Frances Pulp & Paper Co., Re Macklin*, [1932] 4 D.L.R. 179 (C.A. Man.); *Rex v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258. ⁱ

COUNSEL:

William J. Miller for applicants.
No one appearing for respondent Restrictive Trade Practices Commission.

Peter A. Vita, Q.C. for respondent Director of Investigation and Research.

SOLICITORS:

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Ottawa, for applicants.
No one representing respondent Restrictive Trade Practices Commission.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Director of Investigation and Research.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The applicants bring a motion seeking an order to compel the respondents to disclose all material filed in support of an order, issued pursuant to section 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended. Section 17 provides that a member of the Restrictive Trade Practices Commission, either at the behest of the Director of Investigation and Research or on the member's own motion, may order any person to be examined on oath or make production of documents.¹ The section 17 order in question requires the applicant Mr. W. G. Brayley to give evidence with respect to an inquiry relating to the

¹ 17. (1) On *ex parte* application of the Director, or on his own motion, a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined upon oath before, or make production of books, papers, records or other documents to such member or before or to any other person named for the purpose by the order of such member and may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination, and the production by him of books, papers, records or other documents and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

(2) Any person summoned under subsection (1) is competent and may be compelled to give evidence as a witness.

AVOCATS:

William J. Miller pour les requérants.
Personne n'a comparu pour l'intimée la Commission sur les pratiques restrictives du commerce.

Peter A. Vita, c.r., pour l'intimé le Directeur des enquêtes et recherches.

PROCUREURS:

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Ottawa, pour les requérants.
Personne n'a comparu pour l'intimée la Commission sur les pratiques restrictives du commerce.

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé le Directeur des enquêtes et recherches.

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

LE JUGE REED: Les requérants présentent une requête en vue d'obtenir une ordonnance visant à contraindre les intimés à divulguer tous les documents déposés à l'appui d'une ordonnance décernée conformément à l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, modifiée. L'article 17 dispose qu'un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, soit sur les instances du Directeur des enquêtes et recherches, soit de sa propre initiative, peut ordonner que toute personne soit interrogée sous serment ou produise des documents¹. L'ordonnance que prévoit l'article 17 en

¹ 17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.

(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

production, manufacture, purchase, sale and supply of flat rolled steel, plate steel, bar, structural steel and related products. The inquiry pertains to section 32 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 14] of the *Combines Investigation Act*, which section prescribes it to be an offence for anyone to conspire, combine or agree to prevent or unduly limit competition.²

The flat rolled steel inquiry was commenced by application, of the Director to the Commission in January 1981. An order was issued to the applicant on February 2, 1981 requiring him to attend to give evidence. The inquiry hearings commenced in March 1981. (These hearings involved not only

(Continued from previous page)

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the matter disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records, or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

² Subsection 32(1) provides:

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product, or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property, or

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years or a fine of one million dollars or to both.

cause impose au requérant M. W. G. Brayley de témoigner à propos d'une enquête relative à la production, à la fabrication, à l'achat, à la vente et à la fourniture d'acier laminé, d'acier en plaques, ^a d'acier en barres et d'acier de construction et d'autres produits connexes. L'enquête est faite en vertu de l'article 32 [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 14] de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, qui rend coupable d'un acte criminel toute personne qui complot, se coalise ou se concerte avec une autre pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence².

L'enquête sur l'acier laminé a été lancée à l'initiative du directeur à la Commission en janvier ^c 1981. Une ordonnance a été décernée au requérant le 2 février 1981 pour lui demander de venir déposer. Les auditions d'enquête ont commencé en mars 1981. (Les auditions visaient non seulement

(Suite de la page précédente)

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

(4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

² Le paragraphe 32(1) dispose:

32. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre

a) pour limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un produit quelconque;

b) pour empêcher, limiter ou diminuer, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurance sur les personnes ou les biens; ou

d) pour restreindre ou compromettre, indûment de quelque autre façon la concurrence.

the applicant but 28 other witnesses as well.) Objections to the procedure being followed by the hearing officer arose. The proceedings were adjourned to allow the parties to contest the validity of that procedure. The Supreme Court recently determined that the procedure being followed was valid (i.e. did not offend the rules of natural justice or fairness): *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. Consequent upon the Supreme Court's decision notice was given to the applicants that the inquiry would be resumed.

The applicants filed a notice of motion, dated September 21, 1987 initiating the present proceeding. The notice of motion sought access to the material on which the Commission's February 2, 1981 order was based. The Commission, on October 6, 1987 vacated the February 2, 1981 order and issued a new order effective October 6, 1987. There is no dispute that the Commission has the authority to vacate and re-issue the order, despite the recent amendments to the *Combines Investigation Act*. An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the *Combines Investigation Act* and the *Bank Act* and other Acts in consequence thereof, S.C. 1986, c. 26, states:

67. (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the members of the Restrictive Trade Practices Commission appointed under the *Combines Investigation Act* (in this section referred to as the "members" and the "Commission"), while this subsection is in force, continue in office as such and may exercise such of the powers and perform such of the duties and functions as were, before the coming into force of this Act, vested in them as such for the purpose only of completing any inquiry or other matter or proceeding commenced under the *Combines Investigation Act* or any other Act of Parliament before the coming into force of this section.

(2) For the purposes of any inquiry or other matter or proceeding referred to in subsection (1), the *Combines Investigation Act* and any other Act of Parliament amended by this Act shall be read as if this Act had not come into force.

After the rescinding of the February 2, 1981 order and the issue of its replacement, on October 6, 1987, the applicants amended their notice of motion so as to seek access to the materials on which both the February 2, 1981 order and the

le requérant, mais aussi vingt-huit autres témoins.) Des objections ont été soulevées à l'encontre de la procédure suivie par le fonctionnaire chargé de l'audition. Les audiences ont été ajournées pour permettre aux parties de contester la validité de cette procédure. La Cour suprême a récemment jugé que la procédure adoptée était valide (c'est-à-dire qu'elle ne dérogeait pas aux principes de justice naturelle ou d'équité): *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Suite à la décision de la Cour suprême, avis de la reprise de l'enquête a été donné aux requérants.

Les requérants ont déposé un avis de requête en date du 21 septembre 1987, ce qui a lancé la présente action. L'avis de requête visait à donner accès aux documents sur lesquels l'ordonnance de la Commission du 2 février 1981 était fondée. Le 6 octobre 1987, la Commission a infirmé l'ordonnance du 2 février 1981 et décerné une nouvelle ordonnance qui entrerait en vigueur le 6 octobre 1987. Il n'est pas contesté que la Commission jouit de l'autorité nécessaire pour annuler l'ordonnance et la réformer, en dépit des modifications récentes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. La Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1986, chap. 26, dispose :

67. (1) Indépendamment des autres dispositions de la présente loi, les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce nommés en application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (ci-après appelés «membres» et «Commission») sont, tant que le présent paragraphe a effet, maintenus en poste et peuvent continuer d'exercer les pouvoirs et fonctions qui leur étaient confiés à ce titre avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans la mesure exclusive où il leur faut donner suite à une enquête, à une procédure ou à une affaire commencée en application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ou de toute autre loi du Parlement avant l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Aux fins d'une enquête, d'une procédure ou de toute autre affaire visée au paragraphe (1), la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ou toute autre loi du Parlement modifiée par la présente loi s'applique sans tenir compte de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Après l'annulation de l'ordonnance du 2 février 1981 et la délivrance d'une nouvelle ordonnance, le 6 octobre 1987, les requérants ont modifié leur avis de requête de façon à obtenir l'accès aux documents sur lesquels à la fois l'ordonnance du 2

October 6, 1987 order were based. The applicants argue that they should be entitled to see both sets of materials because the two orders comprise, essentially, one transaction. I disagree. If the applicants are entitled to have access to any material, it can only be to that on which the October 6 order is based. The earlier order having been vacated, it is now irrelevant.

The applicants seek access to the information in question, because, they say, they wish to challenge the validity of the section 17 order requiring the applicant, Mr. Brayley to attend and give evidence. In order to do so, it is argued that it is necessary to know on what material the Chairman of the Commission based his decision to order Mr. Brayley to attend.

I find it necessary, first of all, to put the applicants' claim in the context of the recent jurisprudence. The Supreme Court in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; 11 D.L.R. (4th) 641 held that section 10 of the *Combines Investigation Act* infringed section 8 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.)]. Section 10 was held to authorize unreasonable searches and seizures because it did not provide a mechanism of prior authorization sufficient to ensure that the searches or seizures, authorized by that section were not arbitrary (i.e. it was held that there should exist a statutory procedure to ensure that reasonable grounds exist in order to authorize the entry and searches of premises).

It is clear, that based on the *Hunter* case, an argument might be made that a section 17 order, which requires someone to attend and bring documents is analogous to a search or seizure; there is a similarity between searching a person's premises (and seizing documents therefrom) and requiring an individual to attend at a certain place and bring documents with him to be handed over. This issue was addressed in the decision in *Thomson Newspapers Ltd. et al. v. Director of Investigation &*

février 1981 et celle du 6 octobre 1987 étaient fondées. Les requérants soutiennent qu'ils devraient avoir le droit de voir les deux séries de documents parce que les deux ordonnances constituent essentiellement une seule et même transaction. Je ne suis pas de cet avis. Si les requérants ont le droit d'obtenir des documents, il ne peut s'agir que des documents sur lesquels l'ordonnance du 6 octobre était fondée. Comme la précédente ordonnance a été annulée, elle n'est plus pertinente.

Les requérants cherchent à obtenir les renseignements parce qu'ils désirent, disent-ils, contester la validité de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 17, laquelle impose à M. Brayley de se présenter pour déposer. À cette fin, il est soutenu qu'il est nécessaire de savoir sur quels documents le président de la Commission a fondé sa décision pour ordonner à M. Brayley de se présenter.

J'estime qu'il est nécessaire, avant tout, de placer la demande des requérants dans le contexte de la jurisprudence récente. La Cour suprême dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; 11 D.L.R. (4th) 641, a jugé que l'article 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* transgressait l'article 8 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'article 10 a été interprété comme une disposition autorisant des perquisitions et saisies abusives parce qu'il ne prévoyait pas de mécanisme d'autorisation préalable qui suffise à assurer que les perquisitions ou les saisies autorisées par cet article ne soient pas arbitraires, c'est-à-dire que, selon l'interprétation qui en a été donnée, il devrait exister une procédure légale permettant de garantir qu'il existe des motifs raisonnables pour autoriser l'entrée dans les lieux et les perquisitions.

Il est manifeste que, d'après l'affaire *Hunter*, on peut assimiler à une perquisition ou à une saisie une ordonnance décernée en vertu de l'article 17, qui impose à quelqu'un de se présenter à une audience pour y produire des documents; il existe un rapport entre une perquisition dans les locaux d'une personne (et la saisie de documents dans ces locaux), d'une part, et l'obligation faite à une personne de se présenter dans un certain lieu pour présenter des documents et les y déposer. Cette

Research et al. (1986), 57 O.R. (2d) 257 (C.A.). In that case the Ontario Court of Appeal held that section 17 orders were really no different from subpoenas *duces tecum* which can be issued in either civil or criminal proceedings, without any requirement of assessing their reasonableness and the conflicting interest of the parties. (The *Thomson* decision is presently on appeal to the Supreme Court of Canada.) The Ontario Court of Appeal in the *Thomson* decision referred to an earlier decision of the Federal Court of Appeal: *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; (1983), 81 C.P.R. (2d) 1. In the *Ziegler* case both Mr. Justice Le Dain and Mr. Justice Hugessen likened a section 17 order to a subpoena *duces tecum*. They referred to American authorities stating that such subpoenas are to be treated quite differently from searches and seizures.

The issue was again dealt with by the Federal Court of Appeal in *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)* (judgment dated October 22, 1987, Court file number A-728-87 not yet reported). The Court of Appeal reiterated the reasoning found in the Ontario Court of Appeal's decision in the *Thomson* case. These cases deal with the argument that section 17 orders should be considered to be searches or seizures and therefore subject to section 8 of the Charter. They reject that contention.

The above-mentioned jurisprudence also deals with another issue. While a section 17 order may be analogous to a subpoena *duces tecum* there is an important difference. An ordinary subpoena *duces tecum*, either in a civil or criminal proceeding, is issued in the context of an actual trial where the parties have been identified (in the case of a criminal proceeding an accused has been charged) and the fact situation and legal consequences sought to be drawn therefrom are known. In the case of a section 17 order, however, the order requires individuals who may subsequently be charged with a criminal offence, to attend and give evidence before a charge is laid; and, the charge may be laid as a result of the testimony given. The

question a été traitée dans le jugement *Thomson Newspapers Ltd. et al v. Director of Investigation & Research et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 257 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les ordonnances décernées en vertu de l'article 17 ne différaient en rien des subpoenas *duces tecum* qui peuvent être décernés au civil comme au criminel, sans qu'il ne soit obligatoire d'évaluer leur caractère raisonnable et les intérêts divergents des parties. (L'arrêt *Thomson* est actuellement en appel devant la Cour suprême du Canada.) Dans l'arrêt *Thomson*, la Cour d'appel de l'Ontario a cité une décision antérieure de la Cour d'appel fédérale: *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608; (1983), 81 C.P.R. (2d) 1. Dans l'affaire *Ziegler*, tant M. le juge Le Dain que M. le juge Hugessen ont assimilé l'ordonnance décernée en vertu de l'article 17 à un subpoena *duces tecum*. Ils ont cité une jurisprudence américaine selon laquelle les subpoenas en cause devraient être considérés comme très différents des perquisitions et des saisies.

La question a, de nouveau été traitée par la Cour d'appel fédérale dans *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)* (jugement en date du 22 octobre 1987, n° du greffe A-728-87, encore inédit). La Cour d'appel a réitéré le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Thomson*. Ces affaires portent sur la question de savoir si les ordonnances décernées en vertu de l'article 17 devraient être considérées comme des perquisitions ou des saisies et, par conséquent, comme assujetties à l'article 8 de la Charte. Elles rejettent cette interprétation.

La jurisprudence susmentionnée traite aussi d'une autre question. Bien qu'une ordonnance décernée en vertu de l'article 17 puisse être assimilée à un subpoena *duces tecum*, il existe une différence importante. Un subpoena *duces tecum* ordinaire, au civil ou au criminel, est décerné dans le contexte d'un véritable procès où les parties ont été identifiées (dans une affaire criminelle, une personne a été accusée), et la situation de fait et les conséquences juridiques qui doivent en découler sont connues. Dans le cas d'une ordonnance décernée en vertu de l'article 17, cependant, l'ordonnance impose aux personnes qui peuvent, par la suite, être accusées d'une infraction criminelle de venir faire une déposition avant que l'accusation

cases cited above (the Ontario Court of Appeal in the *Thomson* case and the Federal Court of Appeal decision in both *Zeigler* and *Stelco*) have indicated that this procedure does not infringe any right against self-incrimination. That is, there is no infringement of paragraph 11(c) of the Charter and the normal *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10] guarantees apply to protect the testimony a witness may give from being used against him or her in a subsequent proceeding.

One last piece of jurisprudence must be noted. Mr. Justice McNair, in what I will call the *Yri-York* [*Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*], [1988] 2 F.C. 537 (T.D.) application was asked to stay the flat rolled steel inquiry, until the Supreme Court decision in the *Thomson* case was handed down. He found it inappropriate to do so (T-1983-87, order dated November 5, 1987).

The applicants' argument, now however, focuses on the procedural safeguards which flow from section 7 of the Charter and which flow at common law from the doctrine of fairness. It is argued that when an individual is ordered to attend an investigation and give evidence on oath, a coercive type of proceeding exists which constitutes an infringement of a person's liberty. 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.

The applicants argue that while the decision of the Chairman of the Commission, in ordering the applicant, Brayley, to attend to give evidence can be classified as administrative as opposed to judicial or quasi-judicial, that decision is not automatic or lacking in discretion, as is the issuing of subpoenas *duces tecum* by court officials. Jurisprudence which demonstrates that section 17 orders are of a discretionary nature, it is argued, are: *Re Director of Investigation and Research and Restrictive Trade Practices Commission et al.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 750 (F.C.A.); *Restrictive Trade Practices Commission et al. v. Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act* (1983), 145 D.L.R. (3d) 540 (F.C.T.D.).

soit prononcée; et ces personnes peuvent être accusées à la suite de leur déposition. Les affaires susmentionnées (la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Thomson* et les décisions de la Cour d'appel fédérale, à la fois, dans *Ziegler* et *Stelco*) ont établi que cette procédure ne portait pas atteinte au droit de ne pas s'incriminer soi-même. C'est dire qu'il n'y a pas transgression de l'alinéa 11c) de la Charte et que les garanties normales de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10] s'appliquent pour empêcher que le témoignage rendu par le témoin lui soit préjudiciable dans une action subséquente.

Il convient de faire mention d'une dernière affaire de jurisprudence. M. le juge McNair, dans ce que j'appellerai la demande *Yri-York* [*Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*], [1988] 2 C.F. 537 (1^{re} inst.), a été prié de suspendre l'enquête sur l'acier laminé jusqu'à ce que la Cour suprême se prononce dans l'affaire *Thomson*. Il n'a pas jugé opportun de le faire (T-1983-87, ordonnance en date du 5 novembre 1987).

Le présent argument des requérants est cependant centré sur les garanties de procédure qui découlent de l'article 7 de la Charte et qui résultent, en *common law*, de la doctrine de l'équité. Ils font valoir que lorsqu'une personne est contrainte de se présenter à une enquête et de témoigner sous la foi du serment, il s'agit d'une action de type contraignant qui porte atteinte à la liberté individuelle. L'article 7 de la Charte dispose :

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.

Selon les requérants, bien que la décision du président de la Commission d'imposer au requérant, Brayley, de comparaître pour témoigner puisse être considérée comme une décision administrative et non judiciaire ou quasi judiciaire, cette décision n'est pas automatique et n'écarte pas non plus le pouvoir discrétionnaire, comme dans le cas des subpoenas *duces tecum* délivrés par des fonctionnaires des tribunaux. Parmi la jurisprudence selon laquelle les ordonnances décernées en vertu de l'article 17 sont de nature discrétionnaire, citons : *Re Directeur des enquêtes et recherches et Commission sur les pratiques restrictives du commerce et autres* (1985), 18 D.L.R. (4th) 750 (C.A.F.); *Commission sur les pratiques restricti-*

Consequently, counsel argues the issue of a section 17 order is the kind of decision to which the rules of fairness and consequently the rules of fundamental justice under the Charter, apply. The rules of fairness will vary depending upon the nature of the proceeding.

I would characterize the applicants' Charter argument on this point as having two aspects: (1) an assertion that section 7 requires in the case of a section 17 order a protective procedure of prior authorization, as the Supreme Court held was the case, in *Hunter v. Southam*, under section 8 for search and seizures; and, (2) part of that prior authorization procedure requires an assessment by an independent decision-maker as to whether the compelling of an individual to attend, give evidence and bring documents is reasonable in the circumstances. Counsel would argue that the materials presented to that independent decision-maker should be available to the person compelled to attend since that person has a right to know the nature of the material which led to the authorization of the issuance of the order. Thus, it is argued, the applicant has a right to know the nature of this material in order to enable him to contest the validity of the order.

The respondents' argument is that (1) the section 17 order is not one to which the rules of natural justice, fairness, or fundamental justice apply—it is purely administrative in the non-reviewable sense; (2) if the order is reviewable, the scope of the rules of natural justice, fairness or fundamental justice do not require either any prior authorization procedure or the disclosure of the material in question.

I think it is fair to note in this regard that a significant part of the respondents' concern with the applicants' request seems to be that the original section 17 order was made before the Charter of Rights came into force and before the Supreme Court decision in *Hunter v. Southam*. That order was made on the assumption that the proceedings

ves du commerce et autres c. Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (1983), 145 D.L.R. (3d) 540 (C.F. 1^{re} inst.). En conséquence, l'avocat soutient que le prononcé d'une ordonnance décernée en vertu de l'article 17 constitue une décision à laquelle s'appliquent les principes de l'équité et, par voie de conséquence, les principes de justice fondamentale prévus par la Charte. Les principes de l'équité varient en fonction de la nature de l'action.

J'estime que l'argument fondé sur la Charte présenté par les requérants comporte deux aspects: (1) une affirmation selon laquelle l'article 7 impose, dans le cas d'une ordonnance décernée en vertu de l'article 17, une procédure de garantie grâce à l'autorisation préalable, comme la Cour suprême l'a établi dans le cas de *Hunter c. Southam*, conformément à l'article 8 sur les perquisitions et saisies; et (2) qu'une partie de la procédure d'autorisation préalable impose une évaluation par une autorité indépendante pour voir s'il est raisonnable, dans les circonstances, de contraindre une personne à comparaître pour témoigner et produire les documents. L'avocat soutiendrait que les documents présentés à cette autorité indépendante devraient être mis à la disposition de la personne contrainte à témoigner car celle-ci a le droit de connaître la nature des documents qui ont justifié le prononcé d'une ordonnance. Il est prétendu, par conséquent, que le requérant a le droit de connaître la nature des documents pour pouvoir contester la validité de l'ordonnance.

Les intimés prétendent que (1) l'ordonnance décernée en vertu de l'article 17 n'est pas visée par les principes de justice naturelle, d'équité ou de justice fondamentale; elle est de nature purement administrative, c'est-à-dire qu'elle échappe à tout contrôle judiciaire; (2) si l'ordonnance est sujette à révision, la portée des principes de justice naturelle, d'équité et de justice fondamentale n'impose pas d'autorisation préalable ni de divulgation des documents en cause.

Il est juste, à mon avis, de dire à cet égard qu'une part importante de l'inquiétude causée aux intimés par la requête des requérants semble être que l'ordonnance originale décernée en vertu de l'article 17 a été rendue avant l'avènement de la Charte des droits et avant la décision de la Cour suprême dans *Southam c. Hunter*. Cette ordon-

were totally confidential, at that point, and that there could be no disclosure of the materials filed with the Commission. It is suggested by counsel, although there is no affidavit evidence to this effect, that the Director may have filed with the Commission all his investigative files, rather than merely enough evidence to justify the issuing of a section 17 order. Whether the respondents filed different material in support of the October 9 order is not known. I should note that the respondents have not offered to make that material available to the applicants. In any event, the respondents see the applicants' motion as designed to gain access to all the Director's investigative files and not for any valid purpose related to the administrative guarantees of fairness.

I will deal first with the argument that a section 17 order is absolutely non-reviewable. I do not think this is the case. Counsel for the respondents argues that the order can only be challenged in the way that subpoenas usually are challenged: i.e. before the same body that issued the subpoena on the ground that, for example it was issued to a person who could not give material evidence or on the ground that it was obtained for an indirect or improper object. See: *A. G. Sask. et al. v. Boychuck et al.*, [1977] 5 W.W.R. 750 (Sask. C.A.); *Tribune Newspaper Co. v. Ft. Frances Pulp & Paper Co., Re Macklin*, [1932] 4 D.L.R. 179 (Man. C.A.); *Rex v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258. The applicants argue that they are attempting to challenge the order before the body which makes it but that in order to do so they need the material being sought.

In my view the decision to issue a section 17 order is one that is reviewable for the purpose of ensuring that the rules of fairness, or fundamental justice (under the Charter) have been complied with. It seems to me that respondents' argument that such orders are attackable for example, for having been issued for an indirect or improper purpose, (grounds which in administrative law terms correspond to review for abuse of discretion, or for having been made in a perverse or arbitrary manner) itself demonstrates that these orders are

nance a été rendue avec la présomption que les procédures étaient complètement confidentielles, à ce stade, et qu'il ne pouvait y avoir de divulgation des documents produits devant la Commission. L'avocat laisse entendre que, bien qu'il n'existe pas de preuve par affidavit à cet effet, le Directeur peut avoir produit devant la Commission tous ses dossiers d'enquêtes et non pas strictement la preuve nécessaire à justifier la délivrance d'une ordonnance décernée en vertu de l'article 17. On ignore si les intimés ont produit des documents différents à l'appui de l'ordonnance du 9 octobre. Je dois mentionner que les intimés n'ont pas proposé de mettre ces documents à la disposition des requérants. En tout état de cause, les intimés considèrent que la requête des requérants vise à obtenir l'accès à tous les dossiers d'enquête du Directeur et n'est pas, pour une fin valable, liée aux garanties administratives d'équité.

Je traiterai d'abord de l'argument selon lequel une ordonnance décernée en vertu de l'article 17 échappe absolument à tout contrôle judiciaire. Je ne pense pas que tel soit le cas. L'avocat des intimés soutient que l'ordonnance peut seulement être contestée comme les subpoenas le sont habituellement, c'est-à-dire devant le même organisme qui a décerné le subpoena pour le motif que son destinataire était une personne qui ne pouvait fournir de témoignage substantiel ou encore que le subpoena avait été obtenu pour un objet indirect ou impropre. Voir: *A. G. Sask. et al. v. Boychuk et al.*, [1977] 5 W.W.R. 750 (C.A. Sask.); *Tribune Newspaper Co. v. Ft. Frances Pulp & Paper Co., Re Macklin*, [1932] 4 D.L.R. 179 (C.A. Man.); *Rex v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258. Les requérants soutiennent qu'ils cherchent à contester l'ordonnance devant l'autorité qui l'a prononcée, mais que, pour cette fin, ils doivent avoir les documents.

À mon avis, la décision de rendre une ordonnance en vertu de l'article 17 est sujette à un contrôle judiciaire qui permette de vérifier l'application des principes d'équité et de justice fondamentale (en vertu de la Charte). Il me semble que l'argument des intimés selon lequel les ordonnances sont de nature contestable, par exemple, puisqu'elles ont été rendues à une fin indirecte ou impropre (motifs qui, en termes de droit administratif, correspondent à un contrôle de l'excès de pouvoir ou à un contrôle du caractère retors ou

of a kind which could be reviewed by a superior court. I accept too the argument that the member of the Commission has a discretion in issuing such orders.

What then of the scope of the rules of fairness and fundamental justice. I should note I have been referred to no authority which would demonstrate that the ordinary common law rules of fairness require the production of the material in question. *Re Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. and Minister of National Revenue* (1983), 42 O.R. (2d) 784 (S.C.) and *Corr (T.A.) et al. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 148 (S.C. Ont.) are referred to as authority for the proposition that the applicant has a right to know the nature of this material in order to enable him to contest the validity of the order. These cases are of no assistance. They both deal with applications made to a court for issuance of a search warrant, which application was supported by affidavits. The cases only decide that cross-examination is to be allowed on the affidavits.

Counsel makes much of the fact that a section 17 order is described as being an “*ex parte* order” made on “application”. It is argued that such orders are always returnable to enable the party, against whom the order has been given, to answer. It is argued, that part of that process necessarily involves access to the materials on which the order was originally made. I think this reads too much into the terms “*ex parte*” and “application” in section 17.

In any event, in so far as the applicants’ claim is based on the argument that the rules of fairness (apart from any Charter argument) operate so as to require disclosure of the documents—an issue that it is said was expressly left open by the Supreme Court decision in the *Irvine* case (page 24 of the decision)—I find that claim easy to answer. Even if there had been a breach of the rules of fairness in this case, I would not deem it appropriate to exercise my discretion to grant the order sought. The applicants suffer no prejudice from being unable to review the material in question. They know the nature of the investigation; indeed, it has already commenced. There is not a

arbitraire de la décision) montre que ces ordonnances sont assujetties au contrôle d’une cour supérieure. J’accepte aussi l’argument selon lequel le membre de la Commission a le pouvoir de prononcer ces ordonnances.

Que dire alors de la portée des principes d’équité et de justice fondamentale? Je ferai remarquer qu’aucun précédent jurisprudentiel ne m’a été cité qui montre que les principes classiques de *common law* en matière d’équité imposent la production des documents en cause. *Re Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. and Minister of National Revenue* (1983), 42 O.R. (2d) 784 (C.S.), et *Corr (T.A.) et al. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 148 (C.S. Ont.) sont cités comme précédents pour faire valoir que le requérant a le droit de connaître la nature de ces documents afin de contester la validité de l’ordonnance. Ces décisions ne sont d’aucun secours. Elles traitent toutes les deux de demandes présentées à la Cour pour faire décerner un mandat de perquisition, demande appuyée par des affidavits. Dans ces jugements, il a seulement été décidé que le contre-interrogatoire doit être permis sur les affidavits.

L’avocat insiste sur le fait qu’à l’article 17 il est question d’une «ordonnance *ex parte*» prononcée sur «demande». Il est soutenu que ces ordonnances doivent toujours être présentées pour permettre à la partie à l’encontre de qui l’ordonnance a été prononcée de répondre. Cette partie de la procédure, soutient-on, comporte nécessairement l’accès aux documents à partir desquels l’ordonnance a été prononcée à l’origine. Il me semble que cela constitue une interprétation trop libérale des termes «*ex parte*» et «demande» qui figurent à l’article 17.

En tout état de cause, dans la mesure où les requérants soutiennent que les règles de l’équité (à part tout argument fondé sur la Charte) s’appliquent et imposent la divulgation des documents, question sur laquelle la Cour suprême ne s’était délibérément pas prononcée dans l’affaire *Irvine* (page 24 de la décision), il est selon moi facile de répondre à cette demande. Même si, en l’espèce, il y a eu atteinte aux principes de l’équité, je ne jugerai pas opportun d’exercer mon pouvoir discrétionnaire pour accorder l’ordonnance demandée. Les requérants ne subissent aucun préjudice du fait qu’ils ne peuvent pas étudier les documents en cause. Ils connaissent la nature de l’enquête; en

shred of evidence to suggest that the Chairman's decision was arbitrary or made without addressing his mind to the question of whether or not there were reasonable grounds on which to require that the applicants be ordered to attend. It is simply not a case to exercise the Court's discretion in favour of the applicants.

That leaves for consideration the broader issue: whether section 7 of the Charter requires, in a case such as the present, a procedure for prior authorization, analogous to that required by virtue of section 8 in the case of searches and seizures. It is to be noted that when section 10 of the *Combines Investigation Act* was amended [S.C. 1986, c. 26, s. 24], in response to the *Hunter v. Southam* decision, a prior authorization procedure was established to cover not only section 10 searches and seizures but also orders which had previously been granted under section 17 (refer: section 9 of the *Competition Act* (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 19). Thus, if the flat rolled steel inquiry was being conducted pursuant to the new *Competition Act* rather than the *Combines Investigation Act*, the applicants would be entitled to the remedy they seek. It is, of course trite law that, statutory amendment, in itself, cannot be taken as indicative, one way or the other, of the state of the law prior to the amendment.

Before me, counsel argued that the jurisprudence (*Hunter v. Southam*, *Thomson and Ziegler*) did not deal with the section 7 argument in so far as it related to procedural guarantees. Specifically, it was argued that the question of whether or not there was inherent in the requirements of fundamental justice, in the case of an inquiry such as that in issue in this case, a need for a procedure of prior authorization, had not been argued in that jurisprudence. The jurisprudence, it was said, only dealt with either section 8 or the section 7 argument as it related to issues of substantive fairness and what is colloquially referred to as the right against self-incrimination.

Strangely, neither counsel cited to me the recent Federal Court of Appeal decision in *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)* (Court file No. A-728-87, decision dated October 22, 1987) nor

fait, elle a déjà commencé. Il n'existe aucun élément de preuve qui laisse entendre que la décision du Président était arbitraire ou qu'elle a été prise sans qu'il ne se soit demandé s'il existait des motifs raisonnables d'ordonner aux requérants de comparaître. Il ne s'agit simplement pas d'un cas où la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des requérants.

Reste à débattre de la question plus large, à savoir si l'article 7 de la Charte impose, dans un cas comme l'espèce, une procédure d'autorisation préalable, semblable à celle qui est exigée en vertu de l'article 8 dans le cas de perquisitions et de saisies. Il est à noter que lorsque l'article 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été modifié [S.C. 1986, chap. 26, art. 24], en réponse à la décision *Hunter c. Southam*, une procédure d'autorisation préalable a été établie pour viser, non seulement les perquisitions et saisies prévues à l'article 10, mais encore les ordonnances qui avaient été accordées précédemment en vertu de l'article 17 (voir l'article 9 de la *Loi sur la concurrence* (mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 19). Ainsi, si l'enquête sur l'acier laminé était menée en vertu de la nouvelle *Loi sur la concurrence* et non pas de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, les requérants auraient droit au recours qu'ils demandent. Il est bien établi qu'une modification législative en soi ne peut être considérée comme le reflet, d'une manière ou d'une autre, de l'état du droit avant la modification.

Devant moi, l'avocat a soutenu que la jurisprudence (*Hunter c. Southam*, *Thomson et Ziegler*) ne traitait pas de l'argument fondé sur l'article 7, en ce qui concerne les garanties en matière de procédure. Plus précisément, on a dit que la question de savoir si les principes de justice fondamentale imposaient l'existence d'une autorisation préalable dans le cadre d'une enquête comme celle de l'espèce n'avait pas été abordée dans cette jurisprudence. Elle ne traitait que de l'argument de l'article 8 ou de l'article 7 relativement aux questions fondamentales d'équité et de ce qu'il est convenu d'appeler de façon courante le «droit de ne pas s'incriminer soi-même».

Je suis surpris du fait qu'aucun des avocats ne m'a cité la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)* (n° du greffe: A-728-87 en date du 22

the Trial Division decision in that case, [1988] 1 F.C. 510. On reading those decisions, it seems to me that the issue of procedural fairness has been dealt with and determined by the Court of Appeal. Associate Chief Justice Jerome was asked in the *Stelco* case [at page 516] to determine whether “the procedure prescribed by the legislation [section 17 of the (*Combines Investigation Act*)] falls short of the requirements of fundamental justice.” He stated that they did not. His decision characterized section 17 orders as administrative and non-reviewable (refer pages 516-517 of his decision). While the Court of Appeal indicated that it might not agree with that characterization (at page 3 of its decision), it upheld the decision which had found that the procedure prescribed by the legislation did not offend the Charter principles of fundamental justice. Thus this issue has been determined by the Court of Appeal contrary to the position which the applicants take.

For the reasons given this application will be dismissed.

octobre 1987), ni celle de la Division de première instance dans cette affaire, [1988] 1 C.F. 510. À la lecture de ces décisions, il me semble que la question de l'équité en matière de procédure a été traitée et tranchée par la Cour d'appel. Dans l'affaire *Stelco* [à la page 516], le juge en chef adjoint Jérôme a été prié de déterminer si «la procédure prévue par la Loi [article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*] ne répond pas aux exigences de la justice fondamentale». Il a déclaré qu'elle y répondait. D'après sa décision, les ordonnances décernées en vertu de l'article 17 sont de nature administrative, et elles ne font donc pas l'objet d'un contrôle judiciaire (voir pages 516 et 517 de sa décision). Bien que la Cour d'appel ait déclaré qu'elle n'accepterait peut-être pas cette définition (à la page 3 de sa décision), elle a confirmé la décision qui déclarait que la procédure décrite par la loi ne transgressait pas les principes de justice fondamentale garantis par la Charte. Ainsi, cette question a été tranchée par la Cour d'appel dans un sens contraire à la thèse des requérants.

Pour les motifs donnés, la présente demande doit être rejetée.