

The Honourable Joseph Roberts Smallwood
(*Applicant-Respondent*) *Appellant*;

and

Frederick Herbert Sparling
(*Respondent-Appellant*) *Respondent*;

and

Luc A. Couture and Robert S. MacLellan
(*Respondents in first instance*)

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Manitoba, and the Attorney General for Ontario *Interveners*.

File No.: 16394.

1982: May 11; 1982: November 23.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Evidence — Crown privilege — Federal public inquiry — Restrictive Trade Practices Commission — Former minister subpoenaed — Oral and documentary evidence — Cabinet secrecy — Whether former minister compellable as a witness — Rule of "relative immunity" — Canada Corporation Act, R.S.C. 1970, c. C-32 as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, ss. 114(2), (10) — Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13, ss. 4, 5 — The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, c. 159, s. 19 — Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4, 5 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41.

Appellant, former Premier and Minister of Newfoundland, subpoenaed to give evidence at an investigation by the Restrictive Trade Practices Commission, applied to the Federal Court Trial Division for an injunction enjoining the respondent or any members of the Commission from acting upon that subpoena. The injunction was granted by the Trial Division but set aside by the Federal Court of Appeal. Hence this appeal to determine the scope of immunity available to a former minister of the Crown in right of a province

L'honorable Joseph Roberts Smallwood
(*Requérant-Intimé*) *Appellant*;

et

Frederick Herbert Sparling
(*Intimé-Appellant*) *Intimé*;

et

Luc A. Couture et Robert S. MacLellan
(*Intimés en première instance*)

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Ontario *Intervenants*.

N° du greffe: 16394.

1982: 11 mai; 1982: 23 novembre.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Preuve — Privilège de la Couronne — Enquête publique fédérale — Commission sur les pratiques restrictives du commerce — Subpoena délivré à un ancien ministre — Preuve orale et preuve littérale — Secret des délibérations du Cabinet — Un ancien ministre est-il obligé de témoigner? — Règle de l'«immunité relative» — Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32, modifiée par S.R.C. 1970 (1^{re} Supp.), chap. 10, art. 114(2), (10) — Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13, art. 4, 5 — The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, chap. 159, art. 19 — Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4, 5 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 41.

L'appelant, ex-premier ministre et ex-ministre de Terre-Neuve, ayant été sommé par voie de *subpoena* de présenter des preuves dans le cadre d'une enquête menée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, a demandé à la Division de première instance de la Cour fédérale d'enjoindre à l'intimé et à des membres de la Commission de ne pas donner suite au *subpoena*. La Division de première instance a accordé l'injonction, mais la Cour d'appel fédérale l'a annulée. D'où le pourvoi pour déterminer l'étendue de l'immunité

when he has been subpoenaed to present both oral and documentary evidence at a federal public inquiry.

Held: The appeal should be dismissed.

Appellant had no exemption from the universal testimonial duty to give evidence simply by virtue of his status as former Premier and Minister of a province. Nor did he enjoy either by statute or at common law any blanket immunity to give oral testimony or produce documents. His immunity in that regard was relative only and must wait upon the content of the proposed examination. Appellant cannot be the arbiter of his own immunity. This is for the courts. The application in this respect was therefore premature.

Conway v. Rimmer, [1968] A.C. 910; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.); *Broome v. Broome*, [1955] 1 All E.R. 201; *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258; *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294, applied; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, distinguished; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1980), 118 D.L.R. (3d) 143, 34 N.R. 460, [1981] 2 F.C. 521, setting aside an order of the Trial Division granting an injunction. Appeal dismissed.

Joseph Nuss, Q.C., and *Brian Riordan*, for the appellant.

François Garneau, for the respondent.

T. B. Smith, Q.C., and *P. K. Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Wm. Henkel, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Howard R. Eddy, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Brian F. Squair, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

John Cavarzan, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

dont peut jouir un ancien ministre de la Couronne du chef d'une province lorsqu'il a été sommé de présenter des preuves, tant orales que documentaires, dans le cadre d'une enquête publique fédérale.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Son statut d'ex-premier ministre et d'ex-ministre d'une province ne suffit pas pour exempter l'appelant de l'obligation universelle de témoigner. De plus, il ne jouit ni en vertu de la *common law* ni en vertu d'une loi quelconque d'une immunité générale contre l'obligation de faire des dépositions orales ou de produire des documents. Il n'a à cet égard qu'une immunité relative qui dépendra des questions posées à l'interrogatoire. L'appelant ne peut décider de sa propre immunité. Cette tâche incombe exclusivement aux cours. A ce point de vue, il s'agit donc en l'espèce d'une demande prématurée.

Jurisprudence: arrêts suivis: *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C., 910; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (C.L.); *Broome v. Broome*, [1955] 1 All E.R. 201; *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258; *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294; distinction faite avec l'arrêt: *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; arrêt mentionné: *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1980), 118 D.L.R. (3d) 143, 34 N.R. 460, [1981] 2 C.F. 521, qui a annulé l'injonction accordée par la Division de première instance. Pourvoi rejeté.

Joseph Nuss, c.r., et *Brian Riordan*, pour l'appelant.

François Garneau, pour l'intimé.

T. B. Smith, c.r., et *P. K. Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Wm. Henkel, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Howard R. Eddy, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Brian F. Squair, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

John Cavarzan, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This appeal raises an important issue as to the scope of immunity available to a former minister of the Crown in right of a province when he has been subpoenaed to present both oral and documentary evidence at a federal public inquiry. The circumstances giving rise to this appeal are as follows.

On May 17, 1977, the respondent Sparling was appointed an inspector pursuant to s. 114 of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as amended R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, to conduct an investigation into the affairs and management of Canadian Javelin Limited (“Javelin”). This is an investigation by the Restrictive Trade Practices Commission (“the Commission”). Mr. Sparling’s mandate reads as follows:

The Commission hereby orders that an investigation be conducted of the affairs and management of Canadian Javelin Limited from the date of its incorporation including, without limiting the generality of the foregoing, the investigation of its source and disposition of capital funds, its maintenance of corporate books and accounting records, its disclosure of financial and other information to shareholders, its compliance with statutory obligations, its acquisition, operation and disposition of its assets and of those of its affiliated companies, the disposition of its shares and of those of its affiliated companies, and its dealing with affiliated companies, and that Mr. Frederick H. Sparling, Director, Corporations Branch, Department of Consumer and Corporate Affairs, be appointed as inspector for that purpose.

On April 25, 1980, the respondent Couture, a member of the Commission, issued a subpoena under s. 114(10) of the *Canada Corporations Act* to Mr. Smallwood. The subpoena reads as follows:

Upon the Application made by Mr. F. H. Sparling, inspector, pursuant to section 114(10) of the *Canada Corporation Act*, and pursuant to authority conferred by and under the said Act, you are hereby required and ordered to attend before R. S. MacClellan [*sic*], Q.C., a member of the Restrictive Trade Practices Commission, or before any other person named by him at the Battery Inn Hotel, Signal Hill Road, St. John’s Newfoundland

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Ce pourvoi soulève une question importante quant à l’étendue de l’immunité dont peut jouir un ancien ministre du gouvernement d’une province lorsqu’il a été sommé de produire des preuves, tant orales que documentaires, dans le cadre d’une enquête publique fédérale. Voici les circonstances qui ont donné naissance au pourvoi.

Le 17 mai 1977 l’intimé Sparling a été nommé inspecteur en vertu de l’art. 114 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, modifiée par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 10, et s’est vu charger de la tenue d’une enquête sur les affaires et la gestion de Canadian Javelin Limited («Javelin»). Il s’agit d’une enquête menée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce («la Commission»). Le mandat de M. Sparling est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] La Commission ordonne par les présentes la tenue d’une enquête sur les affaires et la gestion de Canadian Javelin Limited à compter de sa constitution, notamment, sans limiter la généralité de ce qui précède, sur la source et l’usage de ses biens en immobilisations, la tenue de ses livres et registres comptables, la communication aux actionnaires d’informations sur ses finances, l’observation de ses obligations légales, l’acquisition, l’exploitation et la disposition de son actif et de celui de ses sociétés affiliées, la cession de ses actions et de celles de ses sociétés affiliées et ses rapports avec celles-ci, et à ces fins, nomme comme inspecteur M. Frederick H. Sparling, directeur de la Direction des corporations, ministère de la Consommation et des Corporations.

Le 25 avril 1980, l’intimé Couture, un membre de la Commission, a délivré à M. Smallwood un *subpoena* en vertu du par. 114(10) de la *Loi sur les corporations canadiennes*. Le *subpoena* est ainsi rédigé:

Selon la requête de M. F.H. Sparling, inspecteur, conformément à l’article 114(10) de la loi sur les Corporations Canadiennes, et en vertu des pouvoirs conférés par ladite loi, vous êtes convoqué par la présente à comparaître devant Me R.S MacClellan (*sic*), C.R. membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ou devant toute autre personne qu’il aura nommé à cette fin, au Battery Inn Hotel, Signal Hill Road, St

May 13 1980, at 10:00 o'clock in the forenoon and so forth from day to day thereafter as may be required to give evidence upon oath and bring with you the documents more fully particularized hereafter in connection with the above investigation.

The appellant Smallwood is the Honourable Joseph Roberts Smallwood, a former Premier and Minister of the Province of Newfoundland. He applied to the Federal Court Trial Division for an injunction enjoining Messrs. Sparling, Couture and MacLellan from acting upon the subpoena. In support of his application he filed an affidavit containing the following assertions:

5. In my dealings with Canadian Javelin Limited and/or in dealings with third parties involving matters affecting the said Canadian Javelin Limited, I have acted solely in the capacity as representative of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland holding the office of Premier, and/or Minister of Finance, and/or Minister of Economic Development, and/or Minister of Justice and/or Attorney General;

6. Any evidence which I may be called upon to give or documents which I may be called upon to produce before the said R. S. MacLellan, Q.C., can relate only to matters arising out of the carrying out of my duties and responsibilities as representative of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland;

7. Any testimony under oath which I may be called upon to make or any documentation I may be called upon to produce before the said R. S. MacLellan, Q.C., would result in a violation of Crown Privilege, a breach of my oath of office as Minister of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland and/or a violation of the doctrine of Cabinet Secrecy;

8. I shall be obliged to decline to reply to any questions put to me and shall be obliged to decline to produce any documents which may deal with matters relating to the exercise of my duties and responsibilities as a Minister of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland;

9. The giving of testimony and/or the production of documents by me in the proposed examination would disclose a confidence of the Executive Council of the Province of Newfoundland;

10. Moreover, Respondent Luc A. Couture in his quality as member and Vice-Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission and Respondent R. S. MacLellan in his quality as member of the Restrictive Trade Practices Commission being a "Federal Board, Commission

John's Newfoundland, 13 mai 1980 à 10:00 heures de l'avant-midi, et à chaque jour suivant, à la même heure, si votre présence est requise pour rendre témoignage sous serment et apporter avec vous les documents décrits ci-après dans le cadre de l'enquête susmentionnée.

L'appelant Smallwood est l'honorable Joseph Roberts Smallwood, ex-premier ministre et ex-ministre de la province de Terre-Neuve. Il a demandé à la Division de première instance de la Cour fédérale d'enjoindre à MM. Sparling, Couture et MacLellan de ne pas donner suite au *subpoena*. A l'appui de sa requête, M. Smallwood a déposé un affidavit portant ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. Dans mes rapports avec Canadian Javelin Limited et avec des tiers relativement à des questions concernant Canadian Javelin Limited, je n'ai fait que représenter Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve en qualité de Premier ministre, de ministre des Finances, de ministre du Développement économique, de ministre de la Justice et de procureur général;

6. Toutes dépositions que j'aurais à faire ou tous documents qu'on me sommerait de produire devant ledit R. S. MacLellan, c.r., ne peuvent que se rapporter à des questions relatives à l'exercice de mes fonctions de représentant de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve;

7. Tout témoignage que j'aurais à rendre sous serment, tous documents qu'on me demanderait de produire devant ledit R. S. MacLellan, c.r., entraînerait une atteinte au privilège de la Couronne, une violation du serment professionnel que j'ai prêté à titre de ministre de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve et une violation du secret des délibérations du Cabinet;

8. Je me verrai dans l'obligation de ne pas répondre aux questions qui me seront posées et de ne pas produire les documents portant sur les questions relatives à l'exercice de mes fonctions de ministre de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve;

9. Tout témoignage et toute production de documents de ma part à l'interrogatoire projeté auraient pour conséquence de porter atteinte au secret des travaux de l'exécutif de la province de Terre-Neuve;

10. De plus, l'intimé Luc A. Couture, en sa qualité de membre et vice-président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, et l'intimé R. S. MacLellan, à titre de membre de ladite Commission, qui est un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au

or other Tribunal” as defined in s. 2(g) of the Federal Court Act (R.S.C. 1970, c. 10 (2nd supp.), as amended), have no right to inquire into the affairs and/or dealing of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland as performed by her Ministers;

The Trial Division granted Mr. Smallwood’s application and issued an injunction in the following terms:

THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that each and every one of the Respondents as well as any other persons who shall have notice of this Injunction be and is hereby restrained from endeavouring to compel the attendance by JOSEPH ROBERTS SMALLWOOD to be questioned as a witness before the Respondent R. S. MacLELLAN or the Respondent LUC A. COUTURE or any members of the Restrictive Trade Practices Commission for the purpose of questioning the said JOSEPH ROBERTS SMALLWOOD with respect to or pertaining to any matter in which he was involved or of which he had knowledge in his capacity as Premier of the Province of Newfoundland.

Mr. Sparling’s appeal to the Federal Court of Appeal was allowed and the injunction set aside. Pratte J., speaking for the unanimous Court, rejected the following three arguments advanced by counsel for Mr. Smallwood:

- (1) The appellant is merely an inspector appointed under a federal statute who, as such, has no right to inquire into the affairs of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland.
- (2) Mr. Smallwood is not a compellable witness in this matter because, being a former Minister of the Crown, he is entitled to invoke the prerogative of the Crown and of Ministers of the Crown not to be compelled either to give discovery in a civil action or to testify in an inquiry.
- (3) In any event, any testimony under oath that Mr. Smallwood might be called upon to give would result in a violation of Crown privilege (or public interest immunity), a breach of his oath of office and a violation of the doctrine of Cabinet secrecy.

The appellant was granted leave to appeal to this Court and the following constitutional question was set by order of the Chief Justice:

Does the Restrictive Trade Practices Commission and an inspector conducting an investigation under section 114 of the *Canada Corporations Act* have the constitu-

ens de l’art. 2g) de la Loi sur la Cour fédérale (S.R.C. 1970, c. 10 (2^e Supp.), modifiée), n’ont aucunement le droit d’enquêter sur les activités de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve exercées par ses ministres.

La Division de première instance a accueilli la requête de M. Smallwood et prononcé une injonction dont voici la teneur:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ tant aux intimés qu’à toute personne à qui la signification de cette injonction sera faite de s’abstenir de provoquer la comparution de JOSEPH ROBERTS SMALLWOOD comme témoin devant l’intimé R. S. MacLELLAN ou l’intimé LUC-A. COUTURE ou tout membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce afin de l’interroger sur toute affaire dans laquelle il a été impliqué ou dont il a eu connaissance en sa qualité de premier ministre de la province de Terre-Neuve.

La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel de M. Sparling et infirmé l’injonction. Le juge Pratte, exprimant l’avis unanime de la Cour, a rejeté les trois arguments suivants mis de l’avant par l’avocat de M. Smallwood:

- (1) L’appelant est simplement un inspecteur nommé en vertu d’une loi fédérale et, en tant que tel, n’a nullement le droit d’enquêter sur les affaires de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve.
- (2) M. Smallwood n’est pas un témoin contraignable dans cette affaire parce qu’étant un ancien ministre de la Couronne, il est en droit d’invoquer la prérogative de celle-ci et des ministres de la Couronne de ne pouvoir être forcé de donner communication de pièces dans une procédure civile ou de déposer dans une enquête.
- (3) En tout état de cause, tout témoignage sous serment que M. Smallwood pourrait être sommé de rendre entraînerait une atteinte au privilège de la Couronne (ou à l’immunité d’intérêt public) et une violation de son serment professionnel et du secret des délibérations du Cabinet.

L’appelant a reçu l’autorisation de se pourvoir devant cette Cour et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

La Commission sur les pratiques restrictives du commerce et l’inspecteur qui procède à un examen en vertu de l’article 114 de la Loi sur les corporations canadien-

tional authority to enquire into the affairs, dealings or administration of the Crown in right of the Province of Newfoundland as performed by its Premier or other Minister?

The Attorneys General of Canada, Ontario, Quebec, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, British Columbia and Newfoundland were granted leave to intervene in these proceedings. The Attorneys General of Quebec, Saskatchewan and Newfoundland subsequently withdrew. The Attorney General of Canada supports the position of the respondent and would answer the Chief Justice's question in the affirmative. The Provincial Attorneys General support Mr. Smallwood and would answer the question in the negative.

The constitutional question

Section 114 of the *Canada Corporations Act* provides for the investigation of companies incorporated under the Act. Javelin is such a company. The thirty-two subsections of s. 114 describe the procedure to be followed by the Restrictive Trade Practices Commission in carrying out an investigation. The following subsections are relevant to this appeal:

114. (1) Five or more shareholders holding shares representing in the aggregate not less than one-tenth of the issued capital of the company or one-tenth of the issued shares of any class of shares of the company may apply, or the Minister on his own initiative may cause an application to be made, to the Restrictive Trade Practices Commission established under the *Combines Investigation Act* (hereinafter called the "Commission"), upon reasonable notice to the company or other interested party or *ex parte* if the Commission is of the opinion that the giving of notice would in view of the allegations made by the applicants or on behalf of the Minister unduly prejudice any investigation that might be ordered by the Commission, for an order directing an investigation of the company in respect of which the application is made.

(2) Where it is shown to the Commission by the Minister or upon the solemn declaration of the applicant shareholders that there are reasonable grounds for believing that in respect of the company concerned,

nes ont-ils le pouvoir d'enquêter sur la gestion des affaires et des opérations ou sur l'administration de la Couronne du chef de la province de Terre-Neuve par son premier ministre ou par un autre ministre?

Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, du Québec, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de Terre-Neuve ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans ces procédures. Ceux du Québec, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve se sont par la suite désistés. Le procureur général du Canada appuie la position de l'intimé et répondrait par l'affirmative à la question du Juge en chef. Les procureurs généraux des provinces pour leur part soutiennent M. Smallwood et répondraient à la question par la négative.

La question constitutionnelle

L'article 114 de la *Loi sur les corporations canadiennes* prévoit l'examen de compagnies constituées sous le régime de cette loi au nombre desquelles se trouve Javelin. Les trente-deux paragraphes de l'art. 114 décrivent la procédure à suivre par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce dans le cadre d'un examen. Les dispositions suivantes sont pertinentes en l'espèce:

114. (1) Cinq actionnaires ou plus détenant des actions représentant dans l'ensemble au moins un dixième du capital émis de la compagnie ou un dixième des actions émises de toute catégorie d'actions de la compagnie peuvent demander, ou le Ministre de sa propre initiative peut faire demander, à la Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce établie en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (ci-après appelée dans le présent article la «Commission»), une ordonnance prescrivant un examen de la compagnie pour laquelle la demande est faite, soit après avoir donné un avis raisonnable à la compagnie ou autre partie intéressée, soit *ex parte* si la Commission estime que le fait de donner avis nuirait indûment à tout examen qui pourrait être ordonné par la Commission en raison des allégations faites par les requérants ou pour le compte du Ministre.

(2) Lorsque le Ministre ou, sous la foi d'une déclaration solennelle, les actionnaires qui ont fait la demande d'examen ont démontré à la Commission qu'il y a des motifs raisonnables de croire, en ce qui concerne la compagnie, que

(a) its business or the business of a company affiliated therewith is being conducted with intent to defraud any person;

(b) in the course of carrying on its affairs or the affairs of a company affiliated therewith, one or more acts have been performed wrongfully in a manner prejudicial to the interests of any shareholder;

(c) it or a company affiliated therewith was formed for any fraudulent or unlawful purpose or is to be dissolved in any manner for a fraudulent or unlawful purpose; or

(d) the persons concerned with its formation, affairs or management, or the formation, affairs or management of a company affiliated therewith, have in connection therewith been guilty of fraud, misfeasance or other misconduct,

the Commission may issue its order for the investigation of the company, and appoint an inspector for that purpose.

(10) On *ex parte* application of the inspector or on his own motion a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined under oath before, or make production of any books or papers or other documents or records to the member or before or to any other person named for the purpose by the order of the member, and the member or the other person named by him 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 any books or papers or other documents or records, 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.

(30) For the purposes of this section, the Commission or any member thereof has all the powers of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act*.

Pursuant to the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13, the Commissioners have the following powers:

4. The commissioners have the power of summoning before them any witnesses, and of requiring them to give evidence on oath, or on solemn affirmation if they are persons entitled to affirm in civil matters, and orally or in writing, and to produce such documents and things as the commissioners deem requisite to the full investiga-

a) ses opérations ou les opérations d'une compagnie qui lui est affiliée sont faites avec l'intention de frauder quelqu'un;

b) dans la conduite de ses affaires ou des affaires d'une compagnie qui lui est affiliée ont été accomplis à tort un ou plusieurs actes d'une manière préjudiciable aux intérêts d'un actionnaire;

c) elle a ou une compagnie qui lui est affiliée a été formée dans un but frauduleux ou illégal ou qu'on se propose de la dissoudre de quelque manière que ce soit dans un but frauduleux ou illégal; ou

d) les personnes intéressées par sa formation, ses affaires ou sa gestion, ou par la formation, les affaires ou la gestion d'une compagnie qui lui est affiliée, se sont à cet égard rendues coupables de fraude, d'abus de pouvoir ou autre faute du même genre,

la Commission peut rendre une ordonnance pour que soit effectué un examen de la compagnie et nommer un inspecteur à cette fin.

(10) Sur demande *ex parte* de l'inspecteur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit entendue sous serment ou produise tous livres, pièces, documents ou registres à lui-même ou à toute autre personne nommée à cette fin par ordre de ce membre, et le membre ou l'autre personne nommée par lui peut rendre toutes ordonnances qui lui semblent nécessaires pour assurer la comparution de ce témoin et son interrogatoire ainsi que la production par lui de tous livres, pièces, documents ou registres; et il peut exercer, en vue de la mise en oeuvre de ces ordonnances ou de la sanction prévue pour y avoir contrevenu, tous les pouvoirs qu'une cour supérieure, au Canada, exerce pour la mise en oeuvre des subpoenas aux témoins ou la sanction prévue pour y avoir contrevenu.

(30) Aux fins du présent article, la Commission ou un membre de la Commission a tous les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

La *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, chap. I-13, investit les commissaires des pouvoirs suivants:

4. Les commissaires ont le pouvoir d'assigner devant eux tous témoins, et de leur enjoindre de rendre témoignage sous serment, ou par affirmation solennelle si ces personnes ont le droit d'affirmer en matière civile, oralement ou par écrit, et de produire les documents et choses qu'ils jugent nécessaires en vue d'une complète investi-

tion of the matters into which they are appointed to examine.

5. The commissioners have the same power to enforce the attendance of witnesses and to compel them to give evidence as is vested in any court of record in civil cases.

The Commissioners' mandate orders that an investigation be conducted into the affairs and management of Javelin. It is the company which is the object of the investigation. It may be that much of the company's business was conducted with the government of Newfoundland but this, in my view, is not sufficient to transform the investigation into an inquiry into the affairs of the Crown in right of Newfoundland. There is nothing to indicate that Mr. Sparling has exceeded his mandate and I would agree with Mr. Justice Pratte when he concluded:

The material filed in support of the application shows that the appellant Sparling was appointed to conduct an investigation of Canadian Javelin Limited and nothing in the record indicates that he exceeded or intends to exceed that mandate. The mere fact that, in the course of his investigation he might oblige a former Minister of a province to testify as to facts known by him in his capacity as Minister, would not change the object of the inquiry and transform it into an inquiry in the administration of that province.

Counsel for the appellant submits, however, that the mandate of the Commissioner was a colourable attempt by the federal government, under the guise of an inquiry pursuant to the *Canada Corporations Act*, to conduct a probe of the affairs of the government of Newfoundland and he relies on the decision of this Court in *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218. In *Keable* the Commissioner was given a mandate under the *Public Inquiry Commission Act*, R.S.Q. 1964, c. 11 to investigate and report on allegedly illegal acts undertaken by various police forces in Quebec including the Royal Canadian Mounted Police. One of the constitutional questions which arose in that case was whether the Order-in-Council defining the mandate of the Commissioner was in whole or in part *ultra vires* the Province of Quebec. Mr. Justice Pigeon speaking for the majority concluded that the inquiry came within the scope of provin-

gation des questions qu'ils sont chargés d'examiner.

5. Les commissaires ont, pour contraindre les témoins à comparaître et à rendre témoignage, les mêmes pouvoirs que ceux dont sont revêtues les cours d'archives en matières civiles.

Le mandat des commissaires ordonne la tenue d'une enquête sur les affaires et la gestion de Javelin. C'est la compagnie qui fait l'objet de l'examen. Il est possible que Javelin ait fait affaires pour une bonne partie avec le gouvernement de Terre-Neuve, mais cela ne suffit pas, à mon avis, pour transformer l'examen en enquête sur les affaires de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve. Rien n'indique que M. Sparling a outrepassé son mandat et je partage l'avis du juge Pratte qui a conclu:

Il ressort des documents déposés à l'appui de la requête que l'appellant Sparling a été nommé pour tenir une enquête sur Canadian Javelin Limited et rien dans le dossier n'indique qu'il a excédé ou a l'intention d'excéder ce mandat. Le simple fait qu'il soit susceptible, au cours de son enquête, de forcer un ancien ministre d'une province à déposer sur des faits dont ce dernier a eu connaissance en sa qualité de ministre, ne change en rien l'objet de l'enquête et ne transforme nullement celle-ci en une enquête sur l'administration de cette province.

L'avocat de l'appellant fait toutefois valoir que le mandat du commissaire constitue une tentative déguisée de la part du gouvernement fédéral, sous la couverture d'un examen en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes*, de faire enquête sur les affaires du gouvernement de Terre-Neuve et il invoque à l'appui de cet argument l'arrêt de cette Cour *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218. Dans l'affaire *Keable*, le commissaire était chargé, en vertu de la *Loi des commissions d'enquête*, S.R.Q. 1964, chap. 11, d'enquêter et de faire rapport sur les présumés actes illégaux commis par différents corps de police du Québec, notamment la Gendarmerie royale du Canada. L'une des questions constitutionnelles formulées dans cette affaire-là était de savoir si l'arrêté en conseil précisant le mandat du commissaire était, en totalité ou en partie, *ultra vires* de la province de Québec. Le juge Pigeon, au nom de la majorité,

cial authority in the area of "The Administration of Justice in the Province", but that the Commissioner's mandate be amended to exclude references to the management of the R.C.M.P. Quoting from his reasons at p. 242:

I thus must hold that an inquiry into criminal acts allegedly committed by members of the R.C.M.P. was validly ordered, but that consideration must be given to the extent to which such inquiry may be carried into the administration of this police force. It is operating under the authority of a federal statute, the *Royal Canadian Mounted Police Act*, (R.S.C. 1970, c. R-9). It is a branch of the Department of the Solicitor General, (*Department of the Solicitor General Act*, R.S.C. 1970, c. S-12, s. 4). Parliament's authority for the establishment of this force and its management as part of the Government of Canada is unquestioned. It is therefore clear that no provincial authority may intrude into its management. While members of the force enjoy no immunity from the criminal law and the jurisdiction of the proper provincial authorities to investigate and prosecute criminal acts committed by any of them as by any other person, these authorities cannot, under the guise of carrying on such investigations, pursue the inquiry into the administration and management of the force. The doctrine of colourability is just as applicable in adjudicating on the validity of a commission's term of reference or decisions as in deciding on the constitutional validity of legislation. As Viscount Simon said in *Attorney General for Saskatchewan v. Attorney General for Canada*, [1949] A.C. 110, (at p. 124) "you cannot do that indirectly which you are prohibited from doing directly".

(Emphasis added.)

I do not view the mandate of Mr. Sparling as a colourable attempt to investigate the affairs of the Crown in right of Newfoundland. There is nothing whatsoever in the mandate to indicate that the investigation goes beyond an inquiry into the affairs of Javelin. The case is clearly distinguishable from *Keable* on that basis. I find therefore that the issue raised by the constitutional question does not arise on the facts of this case and the question as set need not be answered.

a conclu que l'enquête relevait de la compétence provinciale sur «l'administration de la justice dans la province», mais qu'il y avait lieu de modifier le mandat du commissaire de manière à exclure ce qui se rapportait à l'administration de la G.R.C. Je cite ses motifs à la p. 242:

Je dois donc conclure que l'on a validement ordonné la tenue d'une enquête sur des actes criminels reprochés à des membres de la G.R.C., mais qu'il faut examiner jusqu'à quel point l'enquête peut être menée sur l'administration de cette police. Cette dernière est régie par une loi fédérale, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (S.R.C. 1970, chap. R-9) et relève du ministère du Solliciteur général, (*Loi sur le ministère du Solliciteur général*, S.R.C. 1970, chap. S-12, art. 4). On ne conteste pas que l'établissement et l'administration de cette police dans le cadre du gouvernement du Canada relèvent de l'autorité du Parlement. Il est donc évident qu'aucune autorité provinciale ne peut s'ingérer dans son administration. Le personnel de la Gendarmerie royale ne jouit d'aucune immunité contre le pouvoir des autorités provinciales appropriées de faire enquête et d'instituer des poursuites en cas d'actes criminels commis par l'un d'eux comme par toute autre personne, mais ces autorités provinciales ne peuvent en prendre prétexte pour faire enquête sur l'administration et la gestion de cette police. La théorie du détournement de pouvoir s'applique tout autant à l'examen de la validité du mandat ou des décisions d'une commission qu'à celui de la constitutionnalité d'une loi. Comme le disait le vicomte Simon dans l'arrêt *Procureur général de la Saskatchewan c. Procureur général du Canada*, [1949] A.C. 110 à la p. 124, [TRADUCTION] «nul ne peut faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement».

(C'est moi qui souligne.)

Je ne considère pas le mandat de M. Sparling comme une tentative déguisée d'enquêter sur les affaires de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve. Il n'y a dans le mandat absolument rien qui indique que l'enquête dépasse le cadre d'un examen des affaires de Javelin. La présente espèce est à ce titre nettement différente de l'affaire *Keable*. Je conclus donc, compte tenu des faits, que la situation visée par la question constitutionnelle ne se présente pas dans la présente affaire et que point n'est besoin de répondre à cette question en sa formulation actuelle.

I turn now to the more difficult issue raised on this appeal, namely, Mr. Smallwood's alleged immunity to give oral testimony or produce documents at the inquiry. Mr. Smallwood claims this immunity on three grounds: Crown privilege (public interest immunity), his oath of office and the doctrine of cabinet secrecy.

Campellability as a witness

A preliminary issue which must be determined prior to a consideration of public interest immunity is whether Mr. Smallwood is compellable as a witness. Does he, by virtue of his position as a former Minister, have any special claim which would deny the Commission the right to subpoena him? *Wigmore on Evidence*, 1961, McNaughton revision, vol. 8, p. 748, states at para. 2370:

2370.(c). Testimonial privilege of the executive not to be a witness. The public (in the words of Lord Hardwicke) has a right to every man's evidence. Is there any reason why this right should suffer an exception when the desired knowledge is in the possession of a person occupying at the moment the office of *chief executive* of a state?

There is no reason at all. His temporary duties as an official cannot override his permanent and fundamental duty as a citizen and as a debtor to justice. The general principle of testimonial duty to disclose knowledge needed in judicial investigations is of universal force. It does not suffer an exemption which would apply irrespective of the nature of the person's knowledge and would rest wholly on the nature of the person's occupation.

Let it be understood, then, that there is no exemption for officials as such or for the executive as such from the universal testimonial duty to give evidence in judicial investigations. The exemptions that exist are defined by other principles.

(Emphasis added.)

In *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258 subpoenas were issued to the Prime Minister and the Home Secretary to require them to testify in criminal proceedings. They applied to have the subpoenas

Cela m'amène à la question plus difficile soulevée en l'espèce; il s'agit de l'immunité dont jouirait M. Smallwood contre l'obligation de déposer oralement ou de produire des documents au cours de l'enquête. M. Smallwood réclame cette immunité à trois titres: le privilège de la Couronne (l'immunité d'intérêt public), son serment d'office et la doctrine du secret des délibérations du Cabinet.

L'obligation de témoigner

Avant de passer à une étude de l'immunité d'intérêt public, il faut trancher la question préliminaire de savoir si M. Smallwood peut être contraint à témoigner. Jouit-il en sa qualité d'ex-ministre d'un statut particulier qui a pour effet d'enlever à la Commission le droit de l'assigner comme témoin? Dans *Wigmore on Evidence*, 1961, révision de McNaughton, t. 8, à la p. 748, on trouve ce qui suit au par. 2370:

[TRADUCTION] **2370.c). Le privilège de ne pas témoigner d'un membre de l'exécutif.** Le public (suivant les mots de lord Hardwicke) a droit au témoignage de chacun. Y a-t-il une raison pour que ce droit souffre une exception lorsque la personne qui possède les renseignements voulus occupe à ce moment-là le poste de *chef de l'exécutif* d'un état?

Il n'y a absolument aucune raison. Les fonctions temporaires que lui impose sa charge ne l'emportent pas sur son obligation permanente et fondamentale en tant que citoyen et redevable à la justice. Le principe général de l'obligation d'un témoin de divulguer les renseignements requis dans le cadre d'enquêtes judiciaires s'applique à tout le monde. Il ne souffre pas d'exception qui jouerait indépendamment de la nature des renseignements connus par la personne en question et dont l'application reposerait exclusivement sur la nature des fonctions de cette personne.

Qu'il soit donc bien compris que ni les fonctionnaires ni les membres de l'exécutif ne sont en raison de leurs fonctions, exemptés de l'obligation universelle de témoigner dans le cadre d'enquêtes judiciaires. Dans la mesure où il existe des exemptions, celles-ci reposent sur d'autres principes.

(C'est moi qui souligne.)

Dans l'affaire *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258, le premier ministre et le ministre de l'Intérieur avaient été assignés à témoigner dans une affaire criminelle. Alléguant qu'ils ne pouvaient produire

set aside on the basis they had no evidence to give which was relevant to any issue that could arise at the trial. Their applications were allowed on that basis but in the course of his judgment Bigham J. affirmed that (at p. 261):

It must not be supposed that the position which the applicants occupy affords them any privilege. They stand in the same position as any other of His Majesty's subjects.

The decision in *Baines* was approved by the British Columbia Supreme Court in *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294.

It would appear then that at common law a cabinet minister might not be exempted from presenting evidence in a court proceeding merely by virtue of his position as a minister of the Crown. It is necessary to consider whether this has been changed by statute.

The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, c. 159, s. 19, provides:

19. The House of Assembly and the members thereof shall hold, enjoy, and exercise such and the like privileges, immunities, and powers as are now held, enjoyed, and exercised by the House of Commons of the Parliament of Canada and by the members thereof.

The Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8 provides:

PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF MEMBERS AND OFFICERS

4. The Senate and the House of Commons respectively, and the members thereof respectively, hold, enjoy and exercise,

(a) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *British North America Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and by the members thereof, so far as the same are consistent with and not repugnant to that Act; and

(b) such privileges, immunities and powers as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those at the time of the passing of such Act held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof respectively.

de preuves pertinentes aux questions susceptibles d'être soulevées au procès, ils ont demandé l'annulation des assignations. Leurs demandes ont été accueillies sur ce fondement, mais au cours de ses motifs le juge Bigham a déclaré que (à la p. 261):

[TRADUCTION] Il ne faut pas supposer que les requérants jouissent d'une immunité en raison des postes qu'ils occupent. Leur situation est la même que celle de tout autre sujet de Sa Majesté.

La décision dans l'affaire *Baines* a reçu l'approbation de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294.

Il semblerait donc que la *common law* n'accorde pas à un ministre simplement en raison de son poste de ministre de la Couronne une exemption de l'obligation de témoigner dans le cadre d'une procédure judiciaire. D'où la nécessité d'examiner si cet état de choses a été modifié par voie législative.

The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, chap. 159, art. 19, porte:

[TRADUCTION] 19. La Chambre d'assemblée et ses membres possèdent et exercent les mêmes privilèges, immunités et attributions que possèdent et exercent présentement la Chambre des communes du Parlement du Canada et ses membres.

La Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8 dispose:

PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES MEMBRES ET FONCTIONNAIRES

4. Le Sénat et la Chambre des communes, respectivement, ainsi que leurs membres respectifs, possèdent et exercent

a) les mêmes privilèges, immunités et attributions que possédaient et exerçaient, lorsque a été voté l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni, ainsi que ses membres, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ladite loi; et

b) les privilèges, immunités et attributions qui sont de temps à autre définis par une loi du Parlement du Canada, n'excédant pas ceux que possédaient et exerçaient, respectivement, à la date de cette loi, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

5. Such privileges, immunities and powers are part of the general and public law of Canada, and it is not necessary to plead the same, but the same shall, in all courts in Canada, and by and before all judges, be taken notice of judicially.

It seems to me that these statutes do not provide any immunities which did not exist at common law. Section 41 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 appears to apply only to documentary privilege and does not expressly create a privilege on the basis of status as a minister of the Crown. Nor does *The Oaths of Office Act*, R.S.N. 1970, c. 278 purport to create any privilege. I find therefore that the common law has not been changed as far as compellability in a court of law is concerned.

Counsel for Mr. Smallwood, however, raised the issue as to whether Mr. Smallwood was compellable as a witness at a public inquiry as opposed to a court of law. For assistance on this question I return to the judgment of Mr. Justice Pigeon in *Keable (supra)*. Quoting from his reasons at pp. 244-45:

I do not find it necessary to review at great length the numerous authorities cited on the fourth constitutional question. Because, at common law, a commission of inquiry has no power to compel the attendance of witnesses and to require the production of documents, any jurisdiction for such purposes depends on statutory authority, and it seems clear that provincial legislation cannot be effective by itself to confer such jurisdiction as against the Crown in right of Canada. In the recent case of *Her Majesty in right of Alberta v. C.T.C.* [1978] 1 S.C.R. 61, Laskin C.J., said with the concurrence of all but two of the other members of the Court (at p. 72):

... a Provincial Legislature cannot in the valid exercise of its legislative power, embrace the Crown in right of Canada in any compulsory regulation.

Appellants submit that the decision of this Court in *Regina v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, means that a minister of the Crown is a compellable witness at a trial and they point out that under s. 7 of the provincial Act a commissioner has "all the powers of a judge of the Superior Court in term". This enactment cannot, at least towards federal authorities, have the effect of making an inquiry the legal equivalent of a trial. Such an inquiry is rather in the nature of a discovery and it

5. Ces privilèges, immunités et attributions font partie de la loi générale et publique du Canada, et il n'est pas nécessaire de les alléguer spécialement, mais tous les tribunaux et tous les juges du Canada doivent en prendre judiciairement connaissance.

Il me semble que ces lois ne confèrent pas d'immunités qui n'existent pas en *common law*. L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, ne vise que le privilège relatif aux documents et ne crée pas expressément une immunité fondée sur le statut de ministre de la Couronne. De plus, *The Oaths of Office Act*, R.S.N. 1970, chap. 278, n'a pas pour effet de créer une immunité. Je conclus donc qu'il n'y a pas eu modification de la *common law* en ce qui a trait à l'obligation de témoigner devant une cour de justice.

L'avocat de M. Smallwood a cependant soulevé la question de savoir si ce dernier peut être contraint à témoigner dans le cadre d'une enquête publique par opposition à une cour de justice. Pour des éclaircissements sur cette question, je reviens au jugement du juge Pigeon dans l'arrêt *Keable*, précité, où il dit aux pp. 244 et 245:

Il me paraît inutile de m'attarder longtemps à la jurisprudence abondante citée au sujet de la quatrième question constitutionnelle. Puisqu'en *common law*, une commission d'enquête n'a aucun pouvoir de contraindre un témoin à comparaître ou d'exiger la production de documents, toute compétence à cet égard doit être conférée par une loi. Il me semble évident que la législature provinciale ne peut conférer une telle compétence à l'encontre de Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Dans un arrêt récent, *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. C.C.T.* [1978] 1 R.C.S. 61, le juge en chef Laskin, avec l'accord de six collègues, dit à la p. 72:

... une législature provinciale ne peut, dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs, assujettir la Couronne du chef du Canada à une réglementation obligatoire.

Les appelants prétendent que la décision de cette Cour dans *Regina c. Snider*, [1954] R.C.S. 479, signifie qu'un ministre du gouvernement peut être contraint de témoigner à un procès et ils soulignent qu'aux termes de l'art. 7 de la Loi provinciale un commissaire a «tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme». Cette disposition ne peut avoir pour effet, du moins à l'égard d'autorités fédérales, de faire d'une enquête l'équivalent en droit d'un procès. Une telle

seems to be well established that, at common law, the Crown enjoys a prerogative against being compelled to submit to discovery.

(Emphasis added.)

Accepting on the authority of *Keable* that an inquiry is in the nature of a discovery, is Mr. Smallwood compellable as a witness at the inquiry? Unfortunately, we received little assistance from counsel on this issue, perhaps because there is a dearth of authority on the subject. While *Keable* is helpful as to the nature of a public inquiry, it was dealing with the question whether provincial legislation could confer jurisdiction on a commission of inquiry to compel the attendance of federal Crown witnesses. In the instant case we have the converse. Can federal legislation confer jurisdiction on a commission of inquiry to compel the attendance of provincial Crown witnesses? We have no constitutional problem here of the kind which arose in *Keable*.

Nevertheless *Keable* suggests that a public inquiry such as we have here may be more in the nature of a discovery than a court proceeding. To that extent therefore the case is helpful to Mr. Smallwood's cause if counsel is correct that the law already reviewed is applicable only to court proceedings. I do not believe, however, that *Keable* went that far. But, be that as it may, I think Mr. Smallwood faces a greater hurdle on the issue of his compellability as a witness. He is no longer a minister of the Crown in right of Newfoundland. He is a private citizen and called upon to testify as such. It may be, as will be discussed later in these reasons, that former ministers can claim public interest immunity in some circumstances with respect to specific oral or documentary evidence, but I can find no authority for the proposition that former ministers can claim complete testimonial immunity.

enquête s'apparente davantage à la procédure de communication préalable de la preuve et il semble bien établi en *common law* que le gouvernement jouit d'une prérogative contre toute contrainte à l'examen préalable.

(C'est moi qui souligne.)

Si l'on admet en se fondant sur l'arrêt *Keable*, qu'une enquête s'apparente à la procédure de communication préalable de la preuve, M. Smallwood peut-il être contraint à témoigner à l'enquête? Malheureusement, les procureurs ne nous ont pas beaucoup éclairés sur cette question, peut-être en raison de la pénurie de jurisprudence à cet égard. Bien que l'arrêt *Keable* nous instruit sur la nature d'une enquête publique, la question dans cette affaire-là était de savoir si une loi provinciale peut habiliter une commission d'enquête à exiger la comparution de témoins qui relèvent de l'administration fédérale. En l'espèce c'est l'inverse, la question étant de savoir si une loi fédérale peut habiliter une commission d'enquête à exiger la comparution de témoins qui relèvent de l'administration provinciale. Nous ne sommes pas ici en présence d'un problème constitutionnel du même type que celui dans l'affaire *Keable*.

L'arrêt *Keable* donne néanmoins à entendre qu'une enquête publique comme celle en l'espèce s'apparente peut-être davantage à la procédure de communication préalable de la preuve qu'à une procédure judiciaire. Dans cette mesure donc il s'agit d'un arrêt qui pourra avancer la cause de M. Smallwood, à condition que l'avocat ait raison de dire que les principes de droit déjà examinés ne s'appliquent qu'aux procédures judiciaires. Je ne suis toutefois pas d'avis que l'arrêt *Keable* aille aussi loin. Quoi qu'il en soit, je crois que l'immunité de M. Smallwood contre l'obligation de témoigner se heurte à un obstacle encore plus considérable. Il n'est plus ministre du gouvernement de Terre-Neuve. Il est simple citoyen et c'est à ce titre qu'il est assigné à témoigner. Peut-être, et j'en parlerai plus loin dans ces motifs, que d'anciens ministres peuvent, dans certaines circonstances à l'égard d'éléments de preuve orale ou littéraire précis, invoquer l'immunité d'intérêt public, mais, à ce que je peux voir, il n'existe aucune jurisprudence à l'appui de la proposition selon laquelle des ex-ministres peuvent réclamer une immunité complète contre l'obligation de témoigner.

It seems to me that if I am correct in holding that the conduct of the inquiry is within the constitutional authority of the Restrictive Trade Practices Commission under the *Canada Corporations Act* because it is an inquiry into the affairs and management of Javelin, then there is no basis for Mr. Smallwood's claim to complete testimonial immunity. As was pointed out by *Wigmore*, he did not have it at common law in respect of court proceedings. Nor does he have it by statute. I see no reason therefore why he should not be amenable to subpoena if he has relevant evidence to contribute towards a validly constituted federal inquiry conducted in the public interest. In so saying, of course, I do not prejudge the scope of his right to claim Crown privilege with respect to particular oral or documentary disclosures if such is legally available to him. This is the next issue I propose to address.

Documentary evidence

There is no statute in Newfoundland dealing with the privilege of the Crown in right of the province. It is necessary therefore to turn to the common law. The common law with respect to privilege vis-à-vis documentary evidence seems to be fairly clear.

The leading Canadian authority, is *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479 in which this Court affirmed the right of the court to examine documents to ascertain whether there might be prejudice to the public interest in their disclosure. In *Snider* the Director of Taxation for the District of Vancouver was subpoenaed to give oral evidence and to produce the income tax returns of the accused in a criminal proceeding. The Minister of National Revenue objected. The following passage from the judgment of Rand J. at p. 482 delimits the scope of Crown privilege in this area:

What is in debate are confidential communications and, for a better understanding of the question, the distinction is to be kept in mind between them and the matter which they deal with or express, that is, there may be confidential or secret matter apart from that of

Il me semble que, si j'ai raison de conclure que la Commission sur les pratiques restrictives du commerce a le pouvoir constitutionnel de tenir l'enquête en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* parce qu'il s'agit d'une enquête sur les affaires et la gestion de Javelin, la revendication d'immunité complète de M. Smallwood contre l'obligation de témoigner est dès lors sans fondement. Comme le souligne *Wigmore*, la *common law* ne lui confère pas pareille immunité à l'égard de procédures judiciaires. De même, aucune loi ne la lui confère. Je ne vois donc aucune raison pour laquelle on ne doit pas l'assigner comme témoin s'il est en possession de preuves pertinentes qui peuvent être utiles dans le cadre d'une enquête fédérale valablement ouverte et menée dans l'intérêt public. Ceci dit, je ne préjuge évidemment pas l'étendue du droit de M. Smallwood d'invoquer le privilège de la Couronne à l'égard de certaines divulgations, orales ou documentaires, s'il peut également l'invoquer. Voilà la question que je me propose d'aborder maintenant.

La preuve documentaire

Aucune loi de Terre-Neuve ne porte sur le privilège de la Couronne du chef de la province. Cela nous oblige donc à nous reporter à la *common law* qui paraît assez claire en ce qui a trait au privilège à l'égard de la preuve documentaire.

L'arrêt de principe du Canada dans ce domaine est l'arrêt *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479, où cette Cour a confirmé le droit d'une cour d'examiner des documents afin de déterminer si leur divulgation risque de porter atteinte à l'intérêt public. Dans cette affaire, le directeur de l'Impôt du district de Vancouver a été sommé dans le cadre d'une procédure criminelle de témoigner oralement et de produire les déclarations d'impôt sur le revenu de l'accusé. Le ministre du Revenu national s'y est opposé. Le passage suivant tiré des motifs du juge Rand à la p. 482 délimite l'étendue du privilège de la Couronne dans ce domaine:

[TRADUCTION] Le litige porte sur des communications confidentielles et, pour mieux cerner la question soulevée, il faut retenir qu'il existe une différence entre ces communications et leur objet ou leur teneur, c'est-à-dire qu'il peut y avoir des questions confidentielles ou

the communications themselves but to which they relate, or the secrecy may exist as to the matters which the communications themselves create or indeed to the fact of the communication alone. It requires as its essential condition that there be a public interest recognized as overriding the general principle that in a court of justice every person and every fact must be available to the execution of its supreme functions. As Lord Chancellor Hardwicke, in speaking against the Bill For Indemnifying Evidence, Cobbett's Parliamentary History 12, 675, 693, 1742, declared:

It has, my lords, I own, been asserted by the noble duke that the public has a right to every man's evidence—a maxim which in its proper sense cannot be denied. For it is undoubtedly true that the public has a right to all the assistance of every individual.

And this applies as fully to the private suitor or an accused as to the public. The privilege is one to be asserted by or on behalf of a person or persons including the Crown to whose benefit it enures, and it may be waived only by the beneficiary; if the disclosure is proposed in a proceeding between third parties, the court itself must interpose to safeguard the privilege.

It springs, then, from a confidential communication coupled with a paramount public interest in permitting the secrecy surrounding the communication or its contents to be maintained.

(Emphasis added.)

The conclusion of the Court is perhaps best summarized at pp. 485-86 of Rand J.'s judgment:

Once the nature, general or specific as the case may be, of documents or the reasons against its disclosure, are shown, the question for the court is whether they might, on any rational view, either as to their contents or the fact of their existence, be such that the public interest requires that they should not be revealed; if they are capable of sustaining such an interest, and a minister of the Crown avers its existence, then the courts must accept his decision. On the other hand, if the facts, as in the example before us, show that, in the ordinary case, no such interest can exist, then such a declaration of the minister must be taken to have been made under a misapprehension and be disregarded. To eliminate the courts in a function with which the tradition of the common law has invested them and to hold them subject to any opinion formed, rational or irrational, by a

secrètes qui existent indépendamment des communications elles-mêmes, mais auxquelles celles-ci se rapportent; il est également possible que le secret se rattache au contenu des communications ou même au simple fait qu'il y a eu communication. La condition essentielle du secret est qu'il y ait un intérêt public dont on reconnaît la prépondérance sur le principe général selon lequel une cour de justice, dans l'exercice de ses fonctions souveraines, doit pouvoir faire appel à toute personne et avoir à sa disposition tous les faits. Comme l'a déclaré le lord chancelier Hardwicke en se prononçant contre le Bill For Indemnifying Evidence, Cobbett's Parliamentary History 12, 675, 693, 1742:

Je reconnais, vos Seigneuries, que le noble duc a affirmé que le public a droit au témoignage de chacun — maxime qui, en son sens littéral, ne peut être réfutée. Car il ne fait pas de doute que le public a droit à toute l'aide de chaque personne.

Et cela vaut autant pour le plaideur particulier ou pour un accusé que pour le public. Il s'agit d'un privilège qui doit être invoqué par les personnes ou pour le compte des personnes, y compris la Couronne, auxquelles il profite et ces personnes sont seules habilitées à y renoncer; si la divulgation est proposée au cours d'une procédure entre tiers, la Cour doit elle-même intervenir pour sauvegarder ce privilège.

Le privilège résulte donc d'une communication confidentielle assortie d'un intérêt public prépondérant dans le maintien du secret entourant la communication ou sa teneur.

(C'est moi qui souligne.)

Ce sont les pp. 485 et 486 des motifs du juge Rand qui résumant peut-être le mieux la conclusion de la Cour:

[TRADUCTION] Dès lors que la nature, générale ou précise selon le cas, de documents a été dévoilée ou qu'on a présenté les motifs de leur non-divulgation, il incombe à la cour de décider si, rationnellement, l'intérêt public exige la non-divulgation de ces documents soit en raison de leur contenu soit en raison de leur existence; s'il peut exister pareil intérêt public à l'égard des documents en cause et qu'un ministre de la Couronne en affirme l'existence, les cours doivent alors accepter sa décision. Si, par contre, il ressort des faits, comme c'est le cas en l'espèce, que normalement il ne peut pas y avoir un pareil intérêt, il faut alors présumer que le ministre a fait sa déclaration à mauvais escient et en faire abstraction. Enlever aux cours une fonction dont la common law les a traditionnellement investies pour les assujettir à l'opinion, soit-elle rationnelle ou irration-

member of the executive to the prejudice, it might be, of the lives of private individuals, is not in harmony with the basic conceptions of our polity. But I should add that the consequences of the exclusion of a document for reasons of public interest as it may affect the interest of an accused person are not in question here and no implication is intended as to what they may be.

What is secured by attributing to the courts this preliminary determination of possible prejudice is protection against executive encroachments upon the administration of justice; and in the present trend of government little can be more essential to the maintenance of individual security. In this important matter, to relegate the courts to such a subserviency as is suggested would be to withdraw from them the confidence of independence and judicial appraisal that so far appear to have served well the organization of which we are the heirs. These are considerations which appear to me to follow from the reasoning of the Judicial Committee in *Robinson v. South Australia* [1931] A.C. 704.

(Emphasis added.)

It should be noted that this decision predates the House of Lord's decision in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 and was decided at a time when the prevailing law was that of absolute immunity as recognized in *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624.

Conway v. Rimmer (*supra*) remains the authority in England on this issue. It affirms the "relative immunity" position. However, of note are some comments made in the case with respect to cabinet minutes. They cannot be disclosed until such time as they are of historical interest (*per* Lord Reid at p. 952). Similar comments appear at p. 973 *per* Lord Hodson, at p. 987 *per* Lord Pearce and at p. 993 *per* Lord Upjohn.

Perhaps the most useful authority as far as its factual similarities to the present case are concerned is *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.). In that case *Burmah Oil* had brought an action against the Bank to set aside a sale of stock. The list of documents prepared by the Bank included docu-

nelle, d'un membre de l'exécutif au préjudice, peut-être, des vies de particuliers, va à l'encontre des principes les plus fondamentaux reconnus dans notre société. Je tiens toutefois à ajouter qu'il n'est nullement question en l'espèce des conséquences de l'exclusion d'un document pour des motifs d'intérêt public lorsque cela risque d'avoir une incidence sur l'intérêt d'un accusé, et je ne me prononce pas sur ce que peuvent être ces conséquences.

L'attribution aux cours de la tâche d'effectuer cette détermination préliminaire quant à la possibilité de préjudice constitue une protection contre les empiétements de l'exécutif sur l'administration de la justice; et, compte tenu des tendances gouvernementales actuelles, c'est ce qu'il y a de plus essentiel au maintien de la sécurité individuelle. Vu l'importance de cette question, reléguer les cours à un rôle subordonné, comme on le propose, serait leur retirer l'assurance d'indépendance et d'appréciation judiciaire qui semblent jusqu'à présent avoir bien servi l'organisation dont nous sommes héritiers. Ces considérations me semblent découler du raisonnement du Comité judiciaire dans l'arrêt *Robinson v. South Australia* [1931] A.C. 704.

(C'est moi qui souligne.)

Il est à noter que cet arrêt, antérieur à l'arrêt de la Chambre des lords *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910, a été prononcé à une époque où le principe de droit qui prévalait était celui de l'immunité absolue reconnu dans l'arrêt *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624.

En Angleterre, l'arrêt *Conway v. Rimmer*, précité, est toujours l'arrêt de principe sur cette question. Il confirme la théorie de [TRADUCTION] «l'immunité relative». Il faut, cependant, noter dans cet arrêt les observations relatives aux procès-verbaux des délibérations du Cabinet. Leur divulgation est interdite jusqu'au moment où ils revêtent un intérêt historique (lord Reid à la p. 952). Lord Hodson à la p. 973, lord Pearce à la p. 987 et lord Upjohn à la p. 993 font des remarques dans le même sens.

Du point de vue de la ressemblance des faits avec ceux de la présente espèce, c'est peut-être l'affaire *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (C.L.), qui présente la plus grande utilité. Dans cette affaire-là, *Burmah Oil* avait intenté une action en annulation d'une vente d'actions contre la Banque. La liste de documents

ments which disclosed the part played by the government in the transaction between Burmah and the Bank and the advice received by the government. At the request of the Crown the Bank objected to discovery of some sixty-two documents. The documents were divided into three categories and the claims for privilege were advanced as follows:

Category A

These consist of communications between, to and from Ministers (including Ministers' Personal Secretaries acting on behalf of Ministers) and minutes and briefs for Ministers and memoranda of meetings attended by Ministers. All such documents relate to the formulation of the policy of the Government . . . [the Minister thereafter sets out various aspects of government policy in relation to the financial difficulties of Burmah].

Category B

These consist of communications between, to and from senior officials of the Department of Energy, of the Treasury, and of the Bank including memoranda of meetings of and discussions between such officials, and drafts prepared by such officials (including drafts of minutes and briefs comprised in Category A), all such communications and drafts relating to the formulation of one or more aspects of the policy described in Category A.

Category C

These consist of memoranda of telephone conversations and meetings between senior representatives of major companies and other businessmen on the one hand and a Minister or senior officials of government departments and of the Bank on the other and memoranda of meetings of such officials and briefs for Ministers and drafts of such briefs, all recording or otherwise referring to commercial or financial information communicated in confidence by such company representatives and businessmen.

The action was subsequently narrowed to ten documents falling within Categories A and B. These were mainly minutes of meetings attended

dressée par la Banque en comprenait quelques-uns qui dévoilaient le rôle joué par le gouvernement dans l'opération intervenue entre Burmah et la Banque ainsi que les conseils qu'il avait reçus. A la demande de la Couronne; la Banque s'est opposée à la communication préalable de quelque soixante-deux documents. Les documents à l'égard desquels on invoquait le privilège, étaient divisés en trois catégories:

[TRADUCTION]

La catégorie A

Il s'agit de communications adressées à des ministres et faites par des ministres (y compris les secrétaires particuliers de ministres agissant pour le compte de ceux-ci), de notes et de mémoires à l'intention de ministres et de procès-verbaux de réunions auxquelles ont assisté des ministres. Tous ces documents se rapportent à la formulation de la politique du gouvernement . . . [le Ministre énonce par la suite différents aspects de la politique gouvernementale relativement aux difficultés financières de Burmah].

La catégorie B

Il s'agit de communications adressées à des hauts fonctionnaires du ministère de l'Énergie, du Trésor et de la Banque ou faites par eux. Parmi ces communications figurent notamment des procès-verbaux de réunions et de délibérations de ces fonctionnaires et des projets rédigés par ceux-ci (y compris des projets de notes et de mémoires compris dans la catégorie A); ces communications et ces projets se rapportent tous à la formulation d'au moins un aspect de la politique énoncée dans la catégorie A.

La catégorie C

Il s'agit de notes de conversations téléphoniques et de procès-verbaux de réunions entre des cadres supérieurs de sociétés importantes et d'autres hommes d'affaires d'une part et un ministre ou des hauts fonctionnaires de ministères gouvernementaux et de la Banque d'autre part. Il s'agit en outre de procès-verbaux de réunions de ces fonctionnaires, de mémoires à l'intention de ministres et de projets de ces mémoires, et dans chacun de ces documents sont inscrits ou autrement mentionnés des renseignements de nature commerciale ou financière communiqués à titre confidentiel par les représentants de sociétés et les hommes d'affaires susvisés.

On a par la suite réduit à dix le nombre de documents faisant l'objet de l'action. Ces documents relevaient des catégories A et B et consis-

by bank and government officials some of whom were ministers.

It was held that when a claim of privilege is made in respect of documents which are *prima facie* relevant to the issues before the court, the court must review the documents in order to balance the competing interests of preventing harm to the state or the public service by disclosure and preventing frustration of the administration of justice by withholding disclosure.

The decision of the House of Lords is of interest in two aspects. First, the action took place at the discovery stage and the Crown was not a party to the original action. Edmund-Davies L.J. made the following comments at p. 720:

There is a further feature in this case which it would be pusillanimous to ignore. It consists in the fact that this is not one of those cases where the complete detachment of the party resisting disclosure is beyond doubt. It is true that the government is not a party to these proceedings, but it would be unrealistic to think that the conduct of government's servants and advisers nowise enters into this case. Not only is it the fact that the Bank, left to its own devices, would have complied in full with Burmah's request for discovery, but its only opponent (through the intervention of the Attorney-General) is the government, whose own role must inevitably and inescapably be scrutinised and may be subjected to criticism. Accordingly, since not only justice itself but also the appearance of justice is of considerable importance, the balancing exercise is bound to be affected to some degree where the party objecting to discovery is not a wholly detached observer of events in which it was in no way involved. It cannot realistically be thought that the government is wholly devoid of interest in the outcome of these proceedings. On the contrary, it has a very real and lively interest, for were Burmah to succeed it could only be on the basis that the Bank behaved unconscionably, and the evidence indicates that the Bank was acting throughout in accordance with government instructions.

(Emphasis added.)

taient surtout en des procès-verbaux de réunions auxquelles avaient assisté des fonctionnaires de la Banque et du gouvernement, dont quelques ministres.

On a conclu que lorsque le privilège est invoqué à l'égard de documents qui à première vue se rapportent aux questions dont elle est saisie, la cour doit examiner ces documents afin de décider entre deux intérêts contradictoires, savoir celui d'empêcher que, par la divulgation, il soit porté atteinte à l'État ou aux services publics et celui qui consiste à empêcher que, par la non-divulgation, soit contrecarrée l'administration de la justice.

L'arrêt de la Chambre des lords nous intéresse à deux titres. En premier lieu, l'action a été intentée au stade de la communication préalable et la Couronne n'était pas partie à l'action initiale. Le lord juge Edmund-Davies a fait les observations suivantes à la p. 720:

[TRADUCTION] Il y a encore un aspect de cette affaire qu'on ne saurait négliger sans faire preuve de pusillanimité. Il s'agit du fait qu'on n'est pas ici en présence d'une situation où indubitablement la partie qui s'oppose à la divulgation est complètement désintéressée. Certes, le gouvernement n'est pas partie à ces procédures, mais il serait irréaliste de croire que la conduite des employés et des conseillers du gouvernement n'est pas une considération en l'espèce. Non seulement il est admis que la Banque, laissée à elle-même, aurait accédé entièrement à la demande de communication préalable faite par Burmah, mais que seul s'y oppose (par l'intervention du procureur général) le gouvernement, dont le rôle doit inévitablement et nécessairement faire l'objet d'examen et peut aussi être soumis à la critique. Ainsi, puisque non seulement la justice elle-même mais aussi l'apparence de justice revêtent une importance considérable, lorsque la partie qui s'oppose à la communication préalable n'est pas le témoin entièrement désintéressé d'événements auxquels il n'a en aucune manière participé, cela doit immanquablement avoir une certaine incidence sur la décision à prendre relativement à la communication. Il est irréaliste de croire que le gouvernement n'a aucun intérêt dans l'issue de ces procédures. Au contraire, son intérêt est à la fois très réel et très vif, car, si Burmah doit avoir gain de cause, ce ne pourra être qu'en raison d'une conduite peu scrupuleuse de la part de la Banque, et il se dégage de la preuve que celle-ci n'a fait que suivre les directives du gouvernement.

(C'est moi qui souligne.)

Second, the House of Lords unanimously recognized that these were documents which belonged to a "class" of documents which would, according to *Conway v. Rimmer (supra)*, be absolutely protected from production as being "cabinet minutes and the like". Nevertheless, their decision that the documents should not be disclosed was taken after the documents had been examined and seems to have been based on their finding that the documents were not relevant to the issue between *Burmah and the Bank*. It does not appear to have been based on any absolute principle of public interest immunity. The decision indicates that it is the role of the courts, not the administration, to determine whether disclosure of the documents would be injurious to the public interest.

Oral evidence

Having concluded that there is no absolute privilege *vis-à-vis* the documents, I must now determine whether the same principle applies to oral testimony. *Halsbury's Laws of England*, vol. 17, 4th ed., 1976, at p. 167 states:

238. Official communications. Secrets of state, state papers, confidential official documents and communications between the government and its officers or between such officers are inadmissible evidence if their disclosure would be contrary to the public interest.

The same principle applies to oral evidence, although it will normally not be possible to prevent a witness from giving evidence entirely, since he may be able to give both evidence protected by this rule and other relevant evidence; thus an application by the Crown to set aside a subpoena to such a witness will be refused.

In *Duncan v. Cammell, Laird & Co. (supra)* Viscount Simon L.C. stated at p. 643:

The present opinion is concerned only with the production of documents, but it seems to me that the same principle must also apply to the exclusion of evidence which, if given, would jeopardize the interests of the community.

This statement was cited with approval in the decision of Sachs J. in *Broome v. Broome*, [1955]

En second lieu, la Chambre des lords a reconnu à l'unanimité que les documents en cause appartiennent à une [TRADUCTION] «catégorie» de documents qui, suivant l'arrêt *Conway v. Rimmer*, précité, jouissaient d'une protection absolue contre la production parce qu'il s'agissait de [TRADUCTION] «procès-verbaux des délibérations du Cabinet et de documents semblables». Néanmoins, la décision de ne pas ordonner la divulgation des documents a été prise après examen de ceux-ci et semble reposer sur la conclusion qu'ils ne se rapportaient pas au litige entre *Burmah et la Banque*. Cette décision ne semble pas s'être fondée sur un principe absolu d'immunité d'intérêt public et elle indique qu'il appartient aux cours et non à l'administration de décider si la divulgation de documents nuira à l'intérêt public.

Les témoignages oraux

Comme j'ai conclu qu'il n'existe pas de privilège absolu à l'égard des documents, je dois maintenant déterminer s'il en va de même de dépositions orales. On trouve dans *Halsbury's Laws of England*, t. 17, 4^e éd., 1976, à la p. 167:

[TRADUCTION] **238. Les communications officielles.** Les secrets d'État, les documents d'État, les documents officiels confidentiels ainsi que les communications entre le gouvernement et ses fonctionnaires ou les communications entre ces derniers sont irrecevables en preuve si leur divulgation est contraire à l'intérêt public.

Il en est de même des témoignages oraux, bien qu'en temps normal, on ne puisse empêcher complètement un témoin de déposer, car celui-ci peut être en mesure de rendre aussi bien un témoignage protégé par cette règle qu'un témoignage pertinent qui ne bénéficie pas de cette protection; sera donc rejetée toute demande présentée par la Couronne pour faire annuler l'assignation d'un tel témoin.

Dans l'arrêt *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, précité, le vicomte Simon, lord chancelier, dit à la p. 643:

[TRADUCTION] L'avis que j'exprime ici ne concerne que la production de documents, mais il me semble que le même principe doit s'appliquer également à l'exclusion de témoignages oraux qui, s'ils étaient présentés, compromettraient les intérêts de la collectivité.

Cette déclaration a reçu l'approbation du juge Sachs qui l'a citée dans l'affaire *Broome v.*

1 All E.R. 201. In that case Mrs. Broome, in the course of a petition for divorce, required information from the Soldiers', Sailors', and Airmen's Families Association. Subpoenas were issued to Mrs. Allsop, a member of the Association, and to the Secretary of State requesting documents. The claim of the Crown requesting privilege *vis-à-vis* Mrs. Allsop's testimony failed on a procedural ground but in the course of his judgment Sachs J. made the following observations at pp. 205-06:

When, however, one had regard to the issues which were being contested in the present case, it was obvious that the case had so developed that the evidence of Mrs. Allsop might well be relevant to points which had arisen before there was any occasion for reconciliation between the parties. Thus there were disputes both as to what accommodation could have been secured by the husband at the time when his wife arrived in Hong Kong; as to whether or not the accommodation he in fact secured was reasonable accommodation in the circumstances; and as to matters relating to general conditions in Hong Kong. Until questions were put to the witness it was obviously impossible to tell whether or not they came within the area of S.S.A.F.A. activities for which the Minister of War was stated to desire protection. An application to set aside the subpoena would, if granted, have prevented the witness even being sworn, and would certainly have prevented her having given evidence on any fact, whether or not it was one against the public interest to disclose. Further, any certificate in a "blanket form" which stopped a witness going into the witness-box seems contrary in principle to those portions of the decided cases which enjoin Ministers before giving a certificate as regards documents to examine each in turn in the light of the issues arising in the case.

In those circumstances it seemed to me that even if it was within the competence of a Minister of the Crown to prevent a witness giving evidence on some set of facts or class of facts, it was surely wrong to adopt a procedure which would prevent the witness giving any evidence whatsoever of any sort. Certainly nothing in *R. v. Baines* assisted counsel, as the present subpoena did not refer to a witness who could give no relevant evidence, nor was the subpoena oppressive in any way. Accordingly, I ruled that the application to set aside the subpoena failed.

(Emphasis added.)

Broome, [1955] 1 All E.R. 201. Dans cette affaire M^{me} Broome, au cours d'une action en divorce, avait besoin de renseignements qui se trouvaient en la possession de la Soldiers', Sailors', and Airmen's Families Association. M^{me} Allsop, un membre de l'Association, et le Secrétaire d'État ont été sommés par voie de *subpoena* de produire des documents. La demande de privilège qu'a faite la Couronne à l'égard du témoignage de M^{me} Allsop a été rejetée pour un motif de procédure, mais au cours de son jugement le juge Sachs a fait les observations suivantes aux pp. 205 et 206:

[TRADUCTION] Compte tenu toutefois des questions soulevées en la présente espèce, il est évident que l'affaire a évolué de telle façon que le témoignage de M^{me} Allsop pourrait bien se rapporter à des points dont l'origine est antérieure à toute possibilité d'une réconciliation des parties. Ainsi il y a contestation quant au type de logement que le mari a pu obtenir au moment de l'arrivée de sa femme à Hong Kong; quant au caractère acceptable, dans les circonstances, du logement qu'il a effectivement obtenu; et quant à certaines questions relatives à la situation générale à Hong Kong. Jusqu'à ce qu'on interroge le témoin, il était manifestement impossible de juger si les documents en cause relèvent de la catégorie des activités de la S.S.A.F.A. que, dit-on, le ministre de la Guerre désire voir protégées. Si on fait droit à une requête en annulation de l'assignation, cela empêchera même que le témoin soit assermenté et l'empêchera sûrement de témoigner sur tel ou tel fait, même si sa divulgation n'est pas contraire à l'intérêt public. De plus, tout certificat de «portée générale» qui empêche un témoin de déposer paraît foncièrement incompatible avec la partie de la jurisprudence qui enjoint aux ministres de ne pas délivrer de certificat à l'égard de documents avant de les avoir examinés tour à tour à la lumière des questions soulevées en l'espèce.

Dans ces circonstances il me semble que, même si un ministre de la Couronne a compétence pour empêcher un témoin de déposer concernant un ensemble ou une catégorie de faits, il est sûrement erroné d'adopter une procédure dont l'effet est d'empêcher le témoin de rendre quelque témoignage que ce soit. L'affaire *R. v. Baines* n'est certainement d'aucun secours à l'avocat, car l'assignation ici en cause ne s'adresse pas à un témoin qui ne peut pas rendre de témoignage pertinent; cette assignation n'a par ailleurs rien d'oppressif. Par conséquent, je rejette la requête en annulation d'assignation.

(C'est moi qui souligne.)

It appears to me that, in the absence of any statutory provision which would override the common law, the rule with respect to oral testimony is the same as the rule with respect to documents, *i.e.* it is the rule of "relative immunity".

Cabinet secrecy

The other basis of Mr. Smallwood's claim to immunity is the doctrine of cabinet secrecy. The concept of cabinet secrecy and collective cabinet responsibility was discussed in *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484. In that case Mr. Crossman who had been a cabinet minister from 1964 to 1970 had kept diaries which he intended to publish. After his death in 1974 a firm of publishers wished to publish the diaries and a newspaper published serialized extracts from them. The Attorney General brought actions seeking permanent injunctions restraining these publications on the basis that they were of a confidential nature. This confidentiality was premised on the doctrine of joint cabinet responsibility.

Lord Widgery C.J. denied the Attorney General's request. The purpose of the doctrine is, of course, to maintain the confidentiality of the views of individual cabinet ministers in reaching joint decisions. Lord Widgery held, however, that there was a time limit on the application of the doctrine. His conclusions are summarized in the following passage from his judgment at pp. 495-96:

Applying those principles to the present case, what do we find?

1. In my judgment, the Attorney-General has made out his claim that the expression of individual opinions by cabinet ministers in the course of cabinet discussion are matters of confidence, the publication of which can be restrained by the court when this is clearly necessary in the public interest.

2. The maintenance of the doctrine of joint responsibility within the cabinet is in the public interest, and the application of that doctrine might be prejudiced by premature disclosure of the views of individual ministers.

3. There must, however, be a limit in time after which the confidential character of the information, and the

J'estime qu'à défaut de disposition législative qui l'emporte sur la *common law*, la règle qui s'applique aux dépositions orales est celle-là même qui s'applique aux documents, c.-à-d. la règle de l'«immunité relative».

Le secret des délibérations du Cabinet

La demande d'immunité de M. Smallwood se fonde en outre sur la doctrine du secret des délibérations du Cabinet. Cette doctrine ainsi que le concept de la responsabilité collective du Cabinet ont été étudiés dans l'arrêt *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484. Dans cette affaire, M. Crossman, qui avait été ministre de 1964 à 1970, avait tenu des journaux qu'il se proposait de publier. Après sa mort en 1974, une maison d'édition a exprimé le désir de les publier et un journal en a publié des extraits en feuilleton. Le procureur général a présenté des demandes d'injonctions permanentes qui en auraient empêché la publication en raison de leur caractère confidentiel. Il s'agissait d'une confidentialité fondée sur la doctrine de la responsabilité collective du Cabinet.

Le lord juge en chef Widgery a rejeté la demande du procureur général. La doctrine en question vise évidemment le maintien du caractère confidentiel des avis personnels exprimés par chaque ministre au cours de la prise de décisions communes. Lord Widgery a cependant conclu que la durée d'applicabilité de la doctrine est limitée. Ses conclusions se trouvent résumées dans le passage suivant tiré de ses motifs aux pp. 495 et 496:

[TRADUCTION] Si l'on applique ces principes à la présente espèce, qu'en résulte-t-il?

1. A mon avis, le procureur général a réussi à établir que les opinions personnelles exprimées par des ministres au cours des délibérations du Cabinet sont confidentielles, et que la cour peut en empêcher la publication lorsque cela est manifestement nécessaire dans l'intérêt public.

2. Il est dans l'intérêt public de maintenir la doctrine de la responsabilité collective au sein du Cabinet, et la divulgation prématurée des opinions de chaque ministre risquerait de compromettre l'application de cette doctrine.

3. Il doit toutefois y avoir un délai à l'expiration duquel les renseignements perdront leur caractère confi-

duty of the court to restrain publication, will lapse. Since the conclusion of the hearing in this case I have had the opportunity to read the whole of volume I of the diaries, and my considered view is that I cannot believe that the publication at this interval of anything in volume I would inhibit free discussion in the cabinet of today, even though the individuals involved are the same, and the national problems have a distressing similarity with those of a decade ago. It is unnecessary to elaborate the evils which might flow if at the close of a cabinet meeting a minister proceeded to give the press an analysis of the voting, but we are dealing in this case with a disclosure of information nearly 10 years later.

It may, of course, be intensely difficult in a particular case, to say at what point the material loses its confidential character, on the ground that publication will no longer undermine the doctrine of joint cabinet responsibility. It is this difficulty which prompts some to argue that cabinet discussions should retain their confidential character for a longer and arbitrary period such as 30 years, or even for all time, but this seems to me to be excessively restrictive. The court should intervene only in the clearest of cases where the continuing confidentiality of the material can be demonstrated. In less clear cases—and this, in my view, is certainly one—reliance must be placed on the good sense and good taste of the minister or ex-minister concerned.

In the present case there is nothing in Mr. Crossman's work to suggest that he did not support the doctrine of joint cabinet responsibility. The question for the court is whether it is shown that publication now might damage the doctrine notwithstanding that much of the action is up to 10 years old and three general elections have been held meanwhile.

(Emphasis added.)

On the authority of the *Cape* case (*supra*) it seems to me that the onus would be on Mr. Smallwood to establish that the public interest in joint cabinet responsibility would be prejudiced by any particular disclosure he was being asked to make. Any blanket claim to immunity on this basis must, in my view, also fail.

In summary, it seems to me that for the above reasons the injunction issued by the Federal Court, Trial Division, was properly set aside by the Feder-

dentiel et la cour ne sera plus alors tenue d'en empêcher la publication. Depuis la fin de l'audience en l'espèce, j'ai eu l'occasion de lire intégralement le volume I des journaux et, après mûre réflexion, je ne puis croire que la publication à ce stade-ci de quoi que ce soit qui s'y trouve gênerait la libre discussion au sein du Cabinet actuel, même si sa composition est en partie la même qu'à cette époque-là et même si les problèmes nationaux d'aujourd'hui ressemblent bien malheureusement à ceux d'il y a dix ans. Point n'est besoin de commenter les maux que pourrait causer un ministre qui, à l'issue d'une réunion du Cabinet, fournirait aussitôt à la presse un compte rendu du vote, mais il s'agit en l'espèce de la divulgation de renseignements presque dix ans plus tard.

Il peut, bien entendu, être extrêmement difficile dans un cas d'espèce de dire à quel moment les renseignements en cause perdent leur caractère confidentiel du fait que leur publication ne portera plus atteinte à la doctrine de la responsabilité collective du Cabinet. C'est à cause de cette difficulté que certains prétendent que les délibérations du Cabinet devraient conserver leur caractère confidentiel pendant une période arbitraire d'une durée plus longue, de 30 ans par exemple ou même indéfiniment, mais cela me paraît excessivement restrictif. La cour ne doit intervenir que dans les cas plus évidents où il est possible de démontrer que les documents gardent leur caractère confidentiel. Dans les cas moins clairs — et la présente espèce, selon moi, en est sûrement un — il faut se fier au bon sens et au bon goût du ministre ou de l'ex-ministre intéressé.

En l'espèce, rien dans l'ouvrage de M. Crossman n'indique qu'il n'appuyait pas la doctrine de la responsabilité collective du Cabinet. La question à trancher par la cour est donc de savoir si on a établi que la publication immédiate risquerait de porter atteinte à la doctrine, même si une bonne partie des événements en question remontent à dix ans et qu'il y ait eu dans cet intervalle trois élections générales.

(C'est moi qui souligne.)

Me fondant sur l'arrêt *Cape*, précité, je conclus qu'il incombe à M. Smallwood d'établir que l'intérêt public dans la responsabilité collective du Cabinet serait mis en danger par une divulgation particulière qu'on lui demande de faire. De même, j'estime qu'il y a lieu de rejeter toute demande générale d'immunité sur ce fondement.

En résumé, il me semble, pour les motifs déjà exposés, que c'est à bon droit que la Cour d'appel fédérale a infirmé l'injonction rendue par la Divi-

al Court of Appeal. Mr. Smallwood has no exemption from the universal testimonial duty to give evidence simply by virtue of his status as former Premier and Minister of the Province of Newfoundland. Nor does he enjoy either by statute or at common law any blanket immunity to give oral testimony or produce documents. His immunity in that regard is relative only and must wait upon the content of the proposed examination. Mr. Smallwood cannot be the arbiter of his own immunity. This is for the courts. The application in this respect was therefore premature.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Ahern, Nuss & Drymer, Montreal.

Solicitors for the respondent: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montreal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of the Attorney General of Manitoba.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Rendall Dick, Toronto.

sion de première instance de la Cour fédérale. Le statut d'ex-premier ministre et d'ex-ministre de la province de Terre-Neuve ne suffit pas pour exempter M. Smallwood de l'obligation universelle de témoigner. De plus, il ne jouit ni en vertu de la *common law* ni en vertu d'une loi d'une immunité générale contre l'obligation de témoigner oralement ou de produire des documents. Il n'a à cet égard qu'une immunité relative qui dépendra des questions posées à l'interrogatoire. M. Smallwood ne peut décider de sa propre immunité. Cette tâche incombe exclusivement aux cours. A ce point de vue, il s'agit donc en l'espèce d'une demande prématurée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Ahern, Nuss & Drymer, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère du Procureur général du Manitoba.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Rendall Dick, Toronto.