

T-631-97

T-631-97

**Alexander Jaworski** (*Applicant*)**Alexander Jaworski** (*demandeur*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)**INDEXED AS: JAWORSKI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T.D.)****RÉPERTORIÉ: JAWORSKI c. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)  
(1<sup>re</sup> INST.)**Trial Division, Rothstein J.—Toronto, May 20;  
Vancouver, June 12, 1998.Section de première instance, juge Rothstein—  
Toronto, 20 mai; Vancouver, 12 juin 1998.

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Witness identifying applicant as man seen climbing backyard fence, masturbating in street, but not absolutely certain — No criminal charges laid, but internal investigation conducted — At applicant's request, Adjudication Board taking view of area in presence of applicant, counsel — Applicant given opportunity to add to record with respect to view — Board noting discrepancies between description of offender, applicant; frailty of identification evidence; other circumstantial evidence; applicant's demeanour at hearing — Concluding identification sufficiently clear, convincing to satisfy it on balance of probabilities applicant responsible for committing acts proven — External Review Committee (ERC) finding Board failed to adequately consider problems with identification evidence — Commissioner confirming Board's decision — Application dismissed — Board neither ignoring nor misunderstanding evidence, rule of law — Required to weigh evidence, make determination based on balance of probabilities, on basis of clear, cogent evidence — Final determination depending on subjective reaction of Board, ERC, Commissioner — Commissioner not erring in subjective appreciation of evidence — Board disbelieved applicant, causing it to put aside applicant's evidence — Board applying appropriate framework, analysis in arriving at conclusion witness's evidence sufficiently clear, convincing to prove identification — Procedural fairness not requiring tribunal to disclose ongoing observations with respect to evidence as tendered.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Un témoin a identifié le demandeur comme l'homme qu'elle avait vu grimper une clôture de cour arrière et se masturber dans la rue, mais elle n'en était pas entièrement certaine — Aucune accusation pénale n'a été portée mais une enquête interne a eu lieu — À la requête du demandeur, le comité d'arbitrage s'est rendu sur les lieux en présence du demandeur et de son avocat — Le demandeur a eu la possibilité d'ajouter des éléments au dossier au sujet de la visite des lieux — Le comité a noté des incohérences entre la description du contrevenant et celle du demandeur, il a fait remarquer la fragilité de la preuve d'identification, il a tenu compte d'autres éléments de preuve circonstancielle et il a souligné le comportement du demandeur à l'audience — Il a conclu que l'identification était suffisamment claire et convaincante pour le persuader selon la prépondérance des probabilités que le demandeur était responsable d'avoir commis les actes prouvés — Le comité externe d'examen (CEE) a jugé que le comité d'arbitrage n'avait pas suffisamment tenu compte des problèmes touchant la preuve d'identification — Le commissaire a confirmé la décision du comité d'arbitrage — Demande rejetée — Le comité n'a ni omis de prendre en considération ni mal compris les éléments de preuve, ni n'a transgressé une règle de droit — Il devait sopeser la preuve et prendre une décision selon la prépondérance des probabilités, fondée sur une preuve claire et décisive — La décision dépendait, en dernier lieu, de la réaction subjective du comité, du CEE et du commissaire — Le commissaire n'a pas commis d'erreur dans l'appréciation subjective de la preuve — Le comité n'a pas cru le demandeur, ce qui l'a amené à rejeter la preuve qu'il a présentée — Le comité a appliqué les principes et fait l'analyse appropriés en arrivant à la conclusion que la preuve testimoniale était suffisamment claire et convaincante pour prouver l'identification — Que les observations du comité découlent de la visite ou d'une photographie déposée en preuve, le demandeur connaissait la preuve dont disposait le comité —*

*Evidence — Judicial review of RCMP Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Applicant identified, but not with absolute certainty, as man seen climbing backyard fence, masturbating in street — No criminal charges laid, but internal investigation conducted — Adjudication Board taking view of area where incident occurred in presence of applicant, counsel — As result of view, Board doubting applicant's explanation for presence in area — Where tribunal taking view, not to gather evidence, but to understand evidence submitted, entitled to make observations inconsistent with evidence adduced by parties.*

*RCMP — Judicial review of Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Applicant identified as man seen climbing backyard fence, masturbating in street — External Review Committee finding Board failed to adequately consider problems with identification evidence — Commissioner confirming Board's decision — Royal Canadian Mounted Police Act, s. 45.16(6) requiring Commissioner to give reasons for not acting on ERC's findings — Not requiring Commissioner to address individually every finding made by ERC — Commissioner's reasons reviewing evidence, Board's and ERC's findings, explaining why Board's decision preferred over ERC's recommendation — Meeting standard imposed by s. 45.16(6) — Commissioner entitled to decide not to act on ERC's recommendations — Decision not reviewable unless error of type referred to in Federal Court Act, s. 18.1(4) disclosed.*

This was an application for judicial review of the RCMP Commissioner's dismissal of the applicant's appeal from a decision of an Adjudication Board finding that the applicant had conducted himself in a disgraceful manner that brought discredit to the RCMP, and that the applicant should resign or, in default, be dismissed from the Force. The police received a report that a man had been seen attempting to climb a fence into a private backyard, and later masturbating

*L'équité procédurale n'oblige pas un tribunal à communiquer ses observations constantes au sujet de la preuve présentée.*

*Preuve — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Le demandeur a été identifié, mais non de façon absolument certaine, comme l'homme aperçu en train de grimper une clôture de cour arrière et en train de se masturber dans la rue — Aucune accusation pénale n'a été portée mais une enquête interne a eu lieu — Le comité d'arbitrage s'est rendu sur les lieux où l'incident s'est produit, en présence du demandeur et de son avocat — Vu la visite, le comité n'a pas cru les explications fournies par le demandeur quant à sa présence sur les lieux — Lorsqu'un tribunal procède à une visite des lieux non pas pour recueillir de la preuve, mais afin de mieux comprendre la preuve présentée, il a le droit de se fonder sur ses observations d'éléments incompatibles avec la preuve présentée par les parties.*

*GRC — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Le demandeur a été identifié comme l'homme aperçu en train de grimper une clôture de cour arrière et de se masturber dans la rue — Le comité d'examen externe a jugé que le comité n'avait pas suffisamment tenu compte des problèmes touchant la preuve d'identification — Le commissaire a confirmé la décision du comité — L'art. 45.16(6) de la Loi sur la gendarmerie royale canadienne oblige le commissaire à expliquer les raisons pour lesquelles il choisit de s'écarter des conclusions du CEE — Cela n'oblige pas le commissaire à commenter chacune des conclusions du CEE — Les motifs du commissaire, examinant les éléments de preuve et les conclusions du comité et du CEE, expliquent pourquoi il a choisi de se fonder sur la décision du comité plutôt que sur la recommandation du CEE — Cela était conforme à la norme imposée par l'art. 45.16(6) — Le commissaire a le droit de ne pas se fonder sur les recommandations du CEE — Sa décision n'est pas susceptible de révision, sauf si une erreur de la nature de celles qui sont mentionnées à l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale a été commise.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC par laquelle il a rejeté l'appel interjeté par le demandeur contre une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et il devrait démissionner du corps policier ou, subsidiairement, être renvoyé de celui-ci. La police a reçu un signalement selon lequel un homme avait été vu tentant de grimper à la

in the street. The man was described as a white male, with dark hair, receding hairline, and 5 feet 6 or 9 inches tall, wearing an army jacket. The police arrived on the scene within three to five minutes and found the applicant nearby. The applicant is a white male, 6 feet tall, and had been wearing a green hooded army or marine jacket and black pants. The witness was asked to look at the applicant, who was with the police. She believed that the applicant was the man she had seen, but she was not absolutely certain. No criminal charges were laid against the applicant. In connection with an internal RCMP investigation of the matter, the witness identified the applicant from photographs showing only the head and shoulders of eight men with moustaches, but repeated that she was not absolutely certain. She also identified the applicant at the hearing before the Adjudication Board. At the applicant's request, the Board conducted a viewing of the area where the incident had taken place, with the applicant and his counsel present. When the hearing resumed the applicant was given an opportunity to "add to the record with respect to the view". As a result thereof, the Board doubted the applicant's explanation of what he had been doing when found by the police. It noted the discrepancies between the witness's description of the person she had seen and the actual physical characteristics of the applicant, and the frailty of the identification evidence. It also had regard to other circumstantial evidence, i.e. the top button of the applicant's pants was unbuttoned, there was no one else in the vicinity at the time, the applicant was walking rather than running after the person that he said he had observed near his car and, although an experienced police officer claiming not to have engaged in any impropriety, he did not ask the police why they were questioning him. Finally, the Board noted the applicant's demeanour at the hearing. Based on the totality of the evidence, the Board found the witness's identification sufficiently clear and convincing to satisfy it on a balance of probabilities that the applicant had committed the acts. The External Review Committee (ERC) found that the Adjudication Board had failed to take adequate account of the inconsistencies in the evidence relating to height and clothing, the inherent weakness of the witness's identification at the scene where the applicant was the only possible person to identify, that the photographs only showed the head and shoulders of the men, that the identification evidence at the hearing was rendered suspect as a result of the prior identification at the scene. The Commissioner nevertheless confirmed the Board's decision.

The issues were: (1) whether the evidence of identification of the applicant was capable in law of sustaining a finding

clôture d'une cour arrière privée et, par la suite, se masturbant dans la rue. L'homme a été décrit comme un homme blanc aux cheveux noirs et au front dégarni, mesurant soit cinq pieds six pouces ou cinq pieds neuf pouces, et portant un blouson d'armée. La police est arrivée sur les lieux de trois à cinq minutes plus tard et a trouvé le demandeur dans les environs. Le demandeur est un homme de couleur blanche qui mesure six pieds et qui portait un blouson d'armée ou de marine vert à capuchon ainsi qu'un pantalon noir. Le témoin a été invité à regarder le demandeur, qui était avec la police. Elle a cru que le demandeur était l'homme qu'elle avait vu, mais elle n'était pas entièrement certaine. Aucune accusation pénale n'a été portée contre le demandeur. Dans le cadre d'une enquête interne de la GRC au sujet de l'affaire, le témoin a identifié le demandeur à partir de photographies montrant uniquement la tête et les épaules de huit hommes avec des moustaches, mais a répété qu'elle n'était pas entièrement certaine. Elle a également identifié le demandeur à l'audience tenue devant le comité d'arbitrage. À la requête du demandeur, le comité s'est rendu sur les lieux où l'incident s'était produit, en présence du demandeur et de son avocat. À la reprise de l'audience, le demandeur a eu la possibilité «d'ajouter des éléments au dossier au sujet de la visite des lieux». En conséquence, le comité n'a pas cru l'explication du demandeur sur ce qu'il faisait lorsqu'il a été aperçu par la police. Il a noté les différences entre la description que le témoin a faite de la personne qu'elle a vue et les caractéristiques physiques réelles du demandeur, et la fragilité de la preuve d'identification. Il a également tenu compte des autres éléments de preuve circonstancielle, c.-à-d., le fait que le bouton du haut du pantalon du demandeur était détaché, que personne ne se trouvait dans l'entourage au moment de l'incident, que le demandeur marchait en direction de la personne qu'il a soutenu avoir observé près de son véhicule plutôt que de courir après elle et, bien qu'il fût un agent de police expérimenté qui prétendait n'avoir commis aucun geste indécent, qu'il n'a pas demandé aux policiers pourquoi ils l'interrogeaient. Enfin, le comité a noté le comportement du demandeur au cours de l'audience. Se fondant sur l'ensemble de la preuve, le comité a jugé l'identification faite par le témoin suffisamment claire et convaincante pour le persuader, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur avait commis les actes. Le comité externe d'examen (CEE) a jugé que le comité d'arbitrage n'avait pas suffisamment tenu compte des incohérences de la preuve au sujet de la taille et des vêtements, de la faiblesse inhérente de l'identification du témoin sur les lieux étant donné que le demandeur était la seule personne pouvant être identifiée, que les photographies montraient uniquement la tête et les épaules des hommes, que la preuve d'identification à l'audience était devenue douteuse en raison de l'identification précédente qui avait été faite sur les lieux. Le commissaire a néanmoins confirmé la décision du comité d'arbitrage.

Les questions litigieuses étaient de savoir: 1) si la preuve d'identification pouvait justifier en droit une conclusion

against him; (2) whether the Commissioner complied with *Royal Canadian Mounted Police Act*, subsection 45.16(6), which requires that he give reasons for not acting on the ERC's recommendations; and (3) whether the Commissioner erred in not finding that the Adjudication Board wrongly considered evidence it had gathered from the viewing.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) The standard of proof was the civil standard, and in a serious case with grave consequences such as this, the evidence should be "clear and cogent" or "clear and convincing".

The Board did not ignore or misunderstand the evidence. What was involved was a weighing of the eye witness and circumstantial evidence, and a determination based on proof on a balance of probabilities, on the basis of clear and cogent evidence. The final determination depended on the subjective reaction of the Adjudication Board, the ERC and ultimately the Commissioner. No objective definition or test was involved. The Board had regard to the frailty of identification evidence and the correct standard of proof. It did not ignore or breach any rule of law. The Commissioner did not err in his subjective appreciation of the evidence and in choosing to confirm the Board's decision.

The Adjudication Board disbelieved the applicant. This caused it to put aside the applicant's evidence. It then determined that, based on the totality of the evidence, it was satisfied that the witness's evidence was sufficiently clear and convincing to prove that it was the applicant whom she had seen. The Board applied the appropriate framework and analysis in arriving at its conclusion.

(2) Subsection 45.16(6) requires the Commissioner to give reasons for not acting on the ERC's findings or recommendations. This does not mean that the Commissioner must address individually every finding made by the ERC. It simply means that he must, in a reasonable manner, explain why he prefers the Board's decision over that of the ERC. The Commissioner's reasons met the standard required by subsection 45.16(6). He did review the evidence before the Adjudication Board and, in greater detail, both the findings of the Board and the ERC. The Commissioner's conclusions explain why he chose to act on the Board's decision as opposed to the ERC's recommendation. The Commissioner is entitled to decide not to act on the ERC's recommendations, and his decision is not reviewable unless an error of the type referred to in *Federal Court Act*, subsection 18.1(4) is disclosed.

défavorable au demandeur en l'espèce; 2) si le commissaire a respecté le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, qui l'oblige à motiver son choix de s'écarter des recommandations de la CEE; 3) si le commissaire avait commis une erreur en ne concluant pas que le comité d'arbitrage avait eu tort de tenir compte des éléments de preuve qu'il avait recueillis en examinant les lieux.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) La norme de preuve était la norme applicable en matière civile et, dans un cas grave dont l'issue pouvait avoir de graves conséquences, comme le cas du demandeur en l'espèce, la preuve devait être «claire et décisive» ou «claire et convaincante».

Le comité d'arbitrage n'a ni omis de prendre en considération ni mal compris les éléments de preuve. Ce qui était en jeu, c'était une évaluation du témoignage du témoin oculaire et de la preuve circonstancielle et une décision fondée sur une preuve claire et décisive établie selon la prépondérance des probabilités. La décision dépendait, en dernier ressort, de la réaction subjective du comité d'arbitrage, du CEE et, en dernier lieu, du commissaire. Aucune définition ni critère objectif ne devait être appliqué. Le comité d'arbitrage a tenu compte de la fragilité de la preuve d'identification et a appliqué la norme de preuve appropriée. Il n'a pas omis de prendre en considération ni transgressé une règle de droit. Le commissaire n'a pas commis d'erreur liée à son appréciation subjective de la preuve et à son choix de confirmer la conclusion du comité d'arbitrage.

Le comité d'arbitrage n'a pas cru le demandeur. C'est ce qui l'a incité à rejeter la preuve qu'il a présentée. Il a ensuite ajouté que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le témoignage était suffisamment clair et convaincant pour lui permettre de conclure que c'était bien le demandeur que le témoin avait vu. Le comité a appliqué les principes et fait l'analyse appropriés pour en arriver à cette conclusion.

(2) Le paragraphe 45.16(6) oblige le commissaire à expliquer les raisons pour lesquelles il choisit de s'écarter des conclusions ou des recommandations du CEE. Cela ne signifie pas que le commissaire doive commenter chacune des conclusions du CEE. Cela signifie simplement qu'il doit, d'une façon raisonnable, expliquer pourquoi il préfère la décision du comité à celle du CEE. Les motifs du commissaire ont satisfait à la norme exigée par le paragraphe 45.16(6). Il a examiné les éléments de preuve dont le comité d'arbitrage était saisi et, d'une façon plus approfondie encore, les conclusions que celui-ci et le CEE ont tirées. Les conclusions du commissaire expliquent pourquoi il a choisi de se fonder sur la décision du comité plutôt que sur la recommandation du CEE. Le commissaire a le droit de ne pas se fonder sur les recommandations du CEE et sa décision n'est pas susceptible de révision, sauf si une erreur de la nature de celles qui sont mentionnées au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* a été commise.

The applicant also alleged that the Commissioner did not properly assess the law and facts himself as he was required to do. The appeal before the Commissioner was not a trial *de novo*. In determining whether he was satisfied with the findings of the Adjudication Board, he had to consider the record before the Board, the Board's findings and the ERC's recommendations, as well as the submissions made to him. On the basis of the material before him, which his decision discloses he considered, the Commissioner was satisfied with the Board's decision and confirmed it. That process complied with the legislative scheme.

(3) Where a tribunal conducts a view, not to gather its own evidence but to better understand the evidence being submitted, it is entitled to rely on its observations of matters inconsistent with the evidence adduced by the parties. The Board was entitled to make the observations it made during the viewing and to rely thereon in rejecting the credibility of the applicant's evidence.

Procedural fairness does not require a tribunal to disclose its ongoing observations with respect to the evidence as it is tendered. If the Board had formed its opinion based on its consideration of a photograph that had been placed in evidence, it would not have been incumbent on it to disclose its observations to the applicant at the hearing in order that he might make further submissions on the point. Whether the Board's observations are the result of a view or a photograph introduced as evidence, the applicant would have been aware of what was before the Board and had the opportunity to make relevant representations. The Board was not obliged to disclose its preliminary observations to the applicant to enable him to attempt to dispel them any more than any other consideration or impression it gathered from any other evidence it heard or saw. There was no error with respect to the viewing.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1) (as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 9).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 45.14(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.16(1) (as enacted *idem*), (6) (as enacted *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re* (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (B.C.L.A.B.);

Le demandeur a également soutenu que le commissaire n'a pas correctement évalué les faits et les règles de droit comme il devait le faire. L'appel interjeté devant le commissaire n'était pas une instruction *de novo*. En décidant s'il était satisfait ou non des conclusions du comité d'arbitrage, il devait examiner le dossier dont le comité était saisi, les conclusions du comité et les recommandations du CEE, ainsi que les observations qui ont été formulées devant lui. En se fondant sur les éléments portés à son attention, le commissaire a jugé satisfaisante la conclusion du comité d'arbitrage et l'a confirmée. Cette façon de procéder était conforme aux dispositions législatives applicables.

3) Lorsqu'un tribunal procède à une visite des lieux non pas pour recueillir ses propres éléments de preuve, mais afin de mieux comprendre la preuve présentée, il a le droit de se fonder sur ses observations d'éléments incompatibles avec la preuve présentée par les parties. Le comité avait le droit de faire les observations qu'il a faites au cours de la visite et de s'y fonder pour nier la crédibilité de la preuve du demandeur.

L'équité procédurale n'oblige pas un tribunal à communiquer ses observations constantes au sujet de la preuve présentée. Si le comité s'était formé une opinion à la lumière de l'examen d'une photographie, il n'aurait pas été tenu de communiquer ses observations au demandeur à l'audience pour lui permettre de formuler d'autres arguments sur la question. Que les observations du comité découlent d'une visite ou d'une photographie présentée en preuve, le demandeur savait sans doute ce que le comité avait vu et il a eu la possibilité de formuler des arguments pertinents. Le comité n'était pas tenu de divulguer ses observations préliminaires au demandeur pour lui permettre de les réfuter, pas plus qu'il ne devait divulguer les autres impressions qu'il a pu avoir à partir des autres éléments de preuve qu'il a entendus ou vus. Aucune erreur n'a été commise dans le cadre de la visite des lieux.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 9).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur la gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 45.14(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16), 45.16(1) (édicte, *idem*), (6) (édicte, *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re* (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (B.C.L.A.B.);

*Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski* (1960), 26 D.L.R. (2d) 550; 33 W.W.R. 461 (Man. C.A.); *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 S.C.R. 379; 11 C.R.C. 32; *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165; 81 C.C.C. (3d) 196; 21 C.R. (4th) 241; 63 O.A.C. 188 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Rex v. Smierciak*, [1946] O.W.N. 871; [1947] 2 D.L.R. 156; (1946), 2 C.R. 434; 87 C.C.C. 175 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419; 110 C.C.C. (3d) 445; 2 C.R. (5th) 82; 93 O.A.C. 115 (C.A.); *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; 117 C.C.C. (3d) 481; 14 C.R. (5th) 116; 103 O.A.C. 15 (C.A.); *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.); *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Gilbert v. Brown* (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.); *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (Ont. C.A.); *C & B Vacation Properties Inc. v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1145 (T.D.) (QL); *Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904 (C.A.); *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Mullan, David *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPLICATION for judicial review of the RCMP Commissioner's dismissal of an appeal from the Adjudication Board's finding that the applicant should resign or be dismissed from the RCMP for disgraceful conduct that had brought discredit to the Force, on the grounds that the identification evidence was incapable of sustaining a finding against the applicant; that the Commissioner had not complied with *Royal Canadian Mounted Police Act*, subsection 45.16(5); or that the Board had wrongly considered evidence gathered from a view of the area where the incident giving rise to proceedings against the applicant had taken place. Application dismissed.

*Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski* (1960), 26 D.L.R. (2d) 550; 33 W.W.R. 461 (C.A. Man.); *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 R.C.S. 379; 11 C.R.C. 32; *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165; 81 C.C.C. (3d) 196; 21 C.R. (4th) 241; 63 O.A.C. 188 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Rex v. Smierciak*, [1946] O.W.N. 871; [1947] 2 D.L.R. 156; (1946), 2 C.R. 434; 87 C.C.C. 175 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419; 110 C.C.C. (3d) 445; 2 C.R. (5th) 82; 93 O.A.C. 115 (C.A.); *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; 117 C.C.C. (3d) 481; 14 C.R. (5th) 116; 103 O.A.C. 15 (C.A.); *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.); *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Gilbert v. Brown* (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.); *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (Ont. C.A.); *C & B Vacation Properties Inc. c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1145 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904 (C.A.); *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

## DOCTRINE

Mullan, David *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et il devrait démissionner du corps policier ou être renvoyé de celui-ci, aux motifs que la preuve d'identification ne pouvait justifier une conclusion défavorable au demandeur, que le commissaire n'avait respecté le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, et que le comité avait eu tort de tenir compte de la preuve recueillie de l'observation des lieux où l'incident à l'origine des procédures contre le demandeur s'était produit. Demande rejetée.

## COUNSEL:

*F. Paul Morrison and Matthew R. Snell* for applicant.  
*Robert H. Jaworski* for respondent.

## SOLICITORS:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

ROTHSTEIN J.:

Issue

[1] This is a judicial review of a decision of the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) dated February 27, 1997 wherein he dismissed the applicant's appeal from a decision of an Adjudication Board finding that the applicant had conducted himself in a disgraceful manner that brought discredit to the RCMP and that the applicant should resign or, in default, be dismissed from the RCMP. The Commissioner confirmed the order of the Adjudication Board.

[2] On this judicial review there are three issues raised by the applicant.

1. Was the evidence of identification of the applicant capable in law of sustaining a finding against him?
2. Did the Commissioner comply with subsection 45.16(6) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16], which requires that he gives reasons for not acting on the findings and recommendations of an External Review Committee (ERC) which recommended that the applicant's appeal to the Commissioner from the Adjudication Board be allowed?
3. Did the Commissioner err in not finding that the Adjudication Board wrongly took into account evi-

## AVOCATS:

*F. Paul Morrison et Matthew R. Snell* pour le demandeur.  
*Robert H. Jaworski* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE ROTHSTEIN:

Le litige

[1] Il s'agit du contrôle judiciaire d'une décision en date du 27 février 1997 par laquelle le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a rejeté l'appel du requérant à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et qu'il devrait démissionner de la GRC ou, subsidiairement, être renvoyé de celle-ci. Le commissaire a confirmé l'ordonnance du comité d'arbitrage.

[2] Le requérant soulevé trois questions à trancher dans la présente demande de contrôle judiciaire:

1. La preuve d'identification pouvait-elle justifier en droit une conclusion défavorable au requérant en l'espèce?
2. Le commissaire a-t-il respecté le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 [édicé par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16], et ses modifications, qui l'oblige à motiver son choix de s'écarter des conclusions et recommandations d'un Comité externe d'examen (CEE), lequel avait recommandé que l'appel du requérant à l'égard de la décision du comité d'arbitrage soit accueilli?
3. Le commissaire a-t-il commis une erreur en ne concluant pas que le comité d'arbitrage avait eu tort

dence gathered by the Board when it viewed the area where the incident giving rise to the proceedings against the applicant took place?

#### Evidence before the Adjudication Board

[3] On the evening of March 30, 1994, while walking on a sidewalk on Ulster street in Toronto, Elizabeth Ann Hutcheon, a university student, saw a man climbing the fence to the backyard of the premises in which she was living. They were about four car lengths apart. They stared at each other for about 10 seconds. His stare was aggressive or deliberate. She felt uncomfortable. He did not go over the fence. She proceeded to a convenience store at Bathurst and Ulster streets and was in the store for a couple of minutes.

[4] When she left the store she looked up Ulster street and saw no one. On her way back home, she saw the same man, on the other side of Ulster street, his jacket over his head but with his face exposed, with his pants down below his knees, masturbating. They were about two car lengths apart and he was looking at her. She looked at him for two or three seconds and when he took a step towards her she rushed to her home and told her roommate what had happened.

[5] The roommate called the police. On the telephone, Ms. Hutcheon gave a description of a white male, dark hair, receding hairline, and taller than she was—5 feet 6 inches or 5 feet 9 inches (she did not remember which) wearing an army jacket (she did not remember if she said it was grey or green). The police car patrolling in the area received a call at 8:52 p.m. The police arrived at the scene in three to five minutes. They saw the applicant at the intersection of an alleyway with Ulster street near where Ms. Hutcheon lived.

[6] The applicant testified that he had been at a friend's house and that they had consumed two bottles

de tenir compte des éléments de preuve qu'il a recueillis lorsqu'il a examiné les lieux de l'incident à l'origine des poursuites intentées contre le requérant?

#### Preuve présentée au comité d'arbitrage

[3] Le soir du 30 mars 1994, alors qu'elle marchait sur le trottoir de la rue Ulster, à Toronto, Elizabeth Ann Hutcheon, étudiante à l'université, a vu un homme qui grimpait à la clôture située à l'arrière de l'endroit où elle habitait. Une distance d'environ quatre longueurs de véhicule les séparait. Ils se sont regardés pendant environ dix secondes. Il avait un regard agressif ou volontaire et elle se sentait mal à l'aise. Il n'a pas sauté par-dessus la clôture. Elle s'est rendue à un dépanneur à l'angle des rues Bathurst et Ulster et est restée à l'intérieur pendant deux ou trois minutes.

[4] Lorsqu'elle est sortie du magasin et a regardé en direction de la rue Ulster, elle n'a vu personne. Pendant qu'elle se rendait chez elle, elle a vu le même homme, de l'autre côté de la rue Ulster. Il s'était couvert la tête avec son blouson, mais son visage était bien visible; il avait baissé son pantalon en bas du genou et se masturbait. Une distance d'environ deux longueurs de voiture les séparait et il la regardait. Elle l'a regardé environ deux ou trois secondes et, lorsqu'il a fait un pas vers elle, elle a couru chez elle et a raconté à son colocataire ce qui s'était produit.

[5] Le colocataire a téléphoné à la police. Au téléphone, M<sup>lle</sup> Hutcheon a décrit l'homme en question comme un homme blanc aux cheveux noirs et au front dégarni qui était plus grand qu'elle, soit cinq pieds six pouces ou cinq pieds neuf pouces (elle ne se rappelait pas exactement) et qui portait un blouson d'armée (elle ne se rappelle pas si elle a dit qu'il était gris ou vert). La voiture de police qui faisait la surveillance dans le secteur a reçu un appel téléphonique à 20h52 et la police est arrivée sur les lieux trois ou cinq minutes après avoir reçu l'appel. Les policiers ont vu le requérant à l'intersection d'une ruelle et de la rue Ulster, près de l'endroit où M<sup>lle</sup> Hutcheon habitait.

[6] Le requérant a dit au cours de son témoignage qu'il s'était rendu à la maison d'un ami et qu'ils



of wine between them. He drove back to his home on Palmerston Boulevard near where Ms. Hutcheon lived. He says he sat on his back porch before going into his house because he was feeling ill. While sitting, he observed a man in the alley looking at his car. He yelled at the man and then went into the alley to identify him. After looking at his car, the applicant walked down the alley to look for the man. The police saw the applicant at the intersection of the alley and Ulster street and asked him to identify himself.

[7] When the police interviewed Ms. Hutcheon she described the person she saw as a white male, 5 feet 6 inches, hooded jacket, 40 years old, grey or green pants, partially balding. The applicant is a white male, approximately 6 feet tall, and had been wearing a green hooded army or marine jacket and black pants.

[8] The police then told Ms. Hutcheon that they had a man who matched the description that she provided and asked her to go outside to look at him. Initially she did not want to go but eventually did so. They pointed out the applicant, who was with the police. She was about a hundred feet away. Her first impression was that the applicant was the person she had seen climbing the fence and masturbating but she was concerned about the consequences to him if he was a family man. With her roommate's encouragement she moved closer and at this location, believed that the applicant was the person she had seen. The police officer stressed that she had to be one hundred percent certain to make a positive identification. She told the police she could not be one hundred percent sure.

[9] No criminal charges were laid against the applicant.

[10] On May 11, 1994, in connection with an internal RCMP investigation of the matter, Ms.

avaient bu deux bouteilles de vin ensemble. Il est retourné en véhicule automobile chez lui, sur le boulevard Palmerston, près de l'endroit où M<sup>lle</sup> Hutcheon habitait. Il soutient qu'il s'est assis sur le porche arrière avant d'entrer chez lui, parce qu'il ne se sentait pas bien. Lorsqu'il s'est assis, il a vu un homme qui se trouvait dans la ruelle et qui regardait son véhicule. Il a crié à l'homme et s'est rendu dans la ruelle pour savoir de qui il s'agissait. Après avoir examiné son véhicule, le requérant s'est rendu dans la ruelle pour tenter de trouver l'homme en question. La police a vu le requérant à l'intersection de la ruelle et de la rue Ulster et lui a demandé de s'identifier.

[7] Lorsqu'elle a été interrogée par la police, M<sup>lle</sup> Hutcheon a décrit la personne qu'elle a vue comme un homme de couleur blanche, d'une quarantaine d'années, qui mesurait cinq pieds six pouces, qui portait un blouson à capuchon et un pantalon gris ou vert et qui était partiellement chauve. Le requérant est un homme de couleur blanche qui mesure environ six pieds et qui portait un blouson d'armée ou de marine vert à capuchon ainsi qu'un pantalon noir.

[8] Les policiers ont alors dit à M<sup>lle</sup> Hutcheon qu'ils avaient vu un homme qui correspondait à la description qu'elle avait donnée et lui ont demandé de sortir pour le regarder. Elle a commencé par refuser, mais elle est finalement sortie. Les policiers lui ont montré le requérant, qui était avec eux. Elle se trouvait à une centaine de pieds plus loin. À première vue, elle a pensé que le requérant était bien l'homme qui était grimpé à la clôture et qui se masturbait, mais elle craignait les conséquences pouvant découler de cette déclaration si l'homme avait une famille. Encouragée par son colocataire, elle s'est rapprochée et, à cet endroit, elle a cru que le requérant était bien l'homme qu'elle avait vu. Le policier lui a dit qu'elle devait être tout à fait certaine pour faire une identification positive. Elle a dit à la police qu'elle ne pouvait être entièrement certaine.

[9] Aucune accusation pénale n'a été portée contre le requérant.

[10] Le 11 mai 1994, dans le cadre d'une enquête interne de la GRC au sujet de l'affaire, M<sup>lle</sup> Hutcheon

Hutcheon was asked to identify the applicant from photographs of eight men with moustaches. The applicant had a moustache, which Ms. Hutcheon had not mentioned in her original description of the person she had seen. The photographs, showing only the head and shoulders of the men, did not disclose their height.

[11] Before being asked to identify the applicant from the photographs she was told to put out of her mind the attempts to have her identify the applicant immediately after the incident. Ms. Hutcheon identified the applicant from the photographs but said she could not be “absolutely certain”. She also identified the applicant at the hearing before the Adjudication Board.

Was the Identification Evidence Capable in Law of Sustaining a Finding Against the Applicant?

[12] The applicant relies on *Rex v. Smierciak*, [1946] O.W.N. 871 (C.A.); *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419 (C.A.); and *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641 (C.A.) to argue that Ms. Hutcheon’s evidence was not capable of sustaining a reliable identification for purposes of this case. These cases point out the inherent frailty of identification evidence, e.g. whether the person was known to the witness, and the adequacy of the lighting and the opportunity to observe. Other difficulties would include identification based on “a one person line-up” at the scene and subsequent identification possibly not based on what was actually seen but rather on a previous flawed identification process. The cases stress the care which must be taken by police, the Crown, and the criminal courts to ensure the integrity of the identification process and fairness to an accused person.

[13] *Malcolm*, *Miaponoose* and *Tat* all deal with appellate review of criminal convictions under subparagraph 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by S.C. 1991, c. 43, s.

a été appelée à identifier le requérant à partir de photographies de huit hommes portant une moustache. Le requérant portait une moustache, ce que M<sup>lle</sup> Hutcheon n’avait pas mentionné lorsqu’elle a décrit à l’origine la personne qu’elle avait vue. Les photographies montraient uniquement la tête et les épaules des hommes et n’indiquaient pas leur taille.

[11] Avant d’être appelée à identifier le requérant à partir des photographies, M<sup>lle</sup> Hutcheon s’est fait dire d’oublier les tentatives précédentes qu’elle avait faites en vue d’identifier le requérant immédiatement après l’incident. M<sup>lle</sup> Hutcheon a identifié le requérant à partir des photographies, mais elle a dit qu’elle ne pouvait être «absolument» certaine. Elle a également identifié le requérant à l’audience tenue devant le comité d’arbitrage.

La preuve d’identification pouvait-elle justifier en droit une conclusion défavorable au requérant?

[12] Le requérant invoque les arrêts *Rex v. Smierciak*, [1946] O.W.N. 871 (C.A.); *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419 (C.A.); et *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641 (C.A.), pour soutenir que le témoignage de M<sup>lle</sup> Hutcheon ne pouvait appuyer une identification fiable aux fins de la présente affaire. Ces arrêts indiquent la fragilité inhérente de la preuve d’identification, notamment quant à la question de savoir si la personne était connue du témoin et quant à la qualité de l’éclairage et à la possibilité d’observer. D’autres problèmes pourraient se poser dans le cas d’une séance d’identification visant une seule personne sur les lieux de l’incident, suivie d’une identification qui n’est pas nécessairement fondée sur ce qui a été effectivement observé, mais plutôt sur l’identification erronée précédente. Les décisions en question font ressortir l’obligation qu’ont les policiers, la poursuite et les tribunaux siégeant en matière pénale d’assurer l’intégrité de la procédure d’identification et l’équité à l’endroit de l’accusé.

[13] Les arrêts *Malcolm*, *Miaponoose* et *Tat* portent tous sur la révision en appel des déclarations de culpabilité sous le régime du sous-alinéa 686(1)(a)(i) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par

9)], which provides:

**686.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

Some explanation of the process of analysis under subparagraph 686(1)(a)(i) is provided by Finlayson J.A. in *Malcolm*, at page 174:

The cases I have referred to emphasize the limitations in appellate jurisdiction, but are not that helpful in providing guidance as to when the jurisdiction should be exercised. I find some comfort in English decisions which point out that in the final analysis, the reaction of the court as to when an injustice has been done is a subjective one. While the language of the English Court of Appeal's empowering statute is different than our *Code*, the court asks itself what amounts to the same question: Is the verdict unsafe or unsatisfactory? I think that as appellate judges we will be expected to ask ourselves a similar question notwithstanding the absence of reversible error on the part of the trial judge.

Finlayson J.A. [at page 175] then quotes from *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.), at page 271:

However, now our powers are somewhat different, and we are indeed charged to allow an appeal against conviction if we think that the verdict of the jury should be set aside on the ground that under all the circumstances of the case it is unsafe or unsatisfactory. *That means that in cases of this kind the court must in the end ask itself a subjective question, whether we are content to let the matter stand as it is, or whether there is not some lurking doubt in our minds which makes us wonder whether an injustice has been done. This is a reaction which may not be based strictly on the evidence as such; it is a reaction which can be produced by the general feel of the case as the court experiences it.* [Emphasis added by Finlayson J.A.]

[14] These observations highlight that:

1. what is at issue in these cases is appellate jurisdiction,

L.C. 1991, ch. 43, art. 9)], dont le libellé est le suivant:

**686.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve

Dans l'arrêt *Malcolm*, à la page 174, le juge d'appel Finlayson donne des explications sur l'analyse fondée sur le sous-alinéa 686(1)a)(i):

[TRADUCTION] Dans les arrêts que j'ai mentionnés, les tribunaux mettent l'accent sur les pouvoirs restreints en appel, mais ne nous éclairent guère sur les cas dans lesquels les pouvoirs en question devraient être exercés. Je me fonde jusqu'à un certain point sur les décisions anglaises dans lesquelles il est souligné qu'en dernier ressort, la réaction de la Cour quant à la question de savoir si une injustice a été commise dans un cas donné est une question subjective. Même si le libellé de la loi habilitante de la Cour d'appel de l'Angleterre est différent de notre *Code*, la Cour se pose ce qui revient à la même question: Le verdict est-il insuffisamment fondé ou insatisfaisant? À mon avis, en qualité de juges d'appel, nous devons nous poser une question semblable, même si le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de révision.

Le juge Finlayson [à la page 175] cite ensuite l'arrêt *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.), à la page 271:

[TRADUCTION] Toutefois, nos pouvoirs sont désormais différents et nous devons effectivement accueillir un appel d'une déclaration de culpabilité si nous estimons que le verdict du jury devrait être infirmé au motif que, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il est insuffisamment fondé ou insatisfaisant. *Cela signifie que, dans les cas de cette nature, les membres de la Cour doivent, en définitive, se poser une question subjective, soit celle de savoir s'ils sont satisfaits de la situation actuelle ou s'ils ont un doute dans leur esprit qui les incite à se demander si une injustice a été commise ou non. Il s'agit d'une réaction qui n'est peut-être pas fondée strictement sur la preuve; c'est une réaction qui peut découler de l'impression générale que la Cour a au sujet de l'affaire.* [Les caractères en italique sont ajoutés par le juge d'appel Finlayson.]

[14] Ces observations indiquent ce qui suit:

1. la question en litige dans ces arrêts concerne la compétence en appel;

2. what is involved is a subjective rather than an objective question, and
3. the observations are made in the criminal context of proof beyond a reasonable doubt.

[15] In this case, the Adjudication Board found (page 16):

In his summation, S/Sgt. Goodman provided the Board with a comprehensive survey of the law applicable to identification evidence as applied to criminal proceedings. We are satisfied the same principles should apply to these proceedings, recognizing though that factual proof is to be established on a balance of probabilities rather than beyond a reasonable doubt. We also acknowledge that the degree of probability required to discharge the burden of proof on a balance of probabilities is a flexible standard, and that the gravity of the consequences of a finding is one of the main considerations affecting whether a given issue has been proved to the reasonable satisfaction of the Board. Based on the circumstances of this case, the potential consequences of a finding of contravention are such that identification ought to be established on clear and convincing evidence.

Identity may be proved by direct and/or circumstantial evidence (P. McWilliams, "Canadian Criminal Evidence", 3rd ed. at page 18-1), and the circumstances of an eye witness identification goes to weight. Factors affecting the weight include: the opportunity to observe, (e.g., the duration of the observation); the witness' powers of observation (e.g., eyesight); the lighting conditions; the witnesses' actual recollection and their ability to relate recollection; and their sincerity. In making this assessment, we must not only assess Ms. Hutcheon's credibility, but we must also examine the identification process to determine whether it was so flawed so as to render the result unreliable; i.e., that the witness was honest, but mistaken.

[16] Before this Court both parties agreed that the principles relating to identification evidence in the cases cited by the applicant are relevant to this case. I also agree that they are relevant to identification evidence in civil proceedings. Both parties also agree that the standard of proof is the civil standard and that in a serious case with grave consequences such as the one involving the applicant, the evidence should be

2. la question à trancher est une question subjective plutôt qu'objective;

3. les observations sont formulées dans le contexte du fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique en matière pénale.

[15] Dans le cas qui nous occupe, le comité d'arbitrage a statué comme suit (page 16):

[TRANSDUCTION] Au cours de son exposé, le sous-sergent Goodman a présenté au comité un compte rendu complet des règles de droit applicables à la preuve d'identification en matière pénale. Nous sommes convaincus que les mêmes principes devraient s'appliquer en l'espèce, tout en reconnaissant que le fardeau de preuve est celui de la prépondérance des probabilités plutôt que celui de la preuve hors de tout doute raisonnable. Nous reconnaissons également que le degré de preuve qu'une partie doit présenter pour s'acquitter du fardeau de la preuve selon la prépondérance des probabilités est une norme souple et que la gravité des conséquences d'une conclusion est l'un des principaux facteurs à prendre en compte pour décider si un point donné a été établi à la satisfaction raisonnable du comité. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, les conséquences pouvant découler d'une conclusion défavorable sont telles que l'identité devrait être établie au moyen d'une preuve claire et convaincante.

L'identité peut être établie au moyen d'une preuve directe ou circonstancielle (P. McWilliams, «Canadian Criminal Evidence», 3rd ed., à la page 18-1) et les circonstances de l'identification faite par un témoin oculaire touchent le poids à accorder à cette preuve. Les facteurs touchant le poids à accorder à cette preuve comprennent la possibilité d'observer (p. ex., la durée de l'observation), les facultés d'observation du témoin (p. ex., la vue), les conditions d'éclairage, le souvenir réel du témoin et sa capacité de décrire le souvenir qu'il a de ses observations ainsi que sa franchise. Pour faire cette évaluation, nous devons examiner non seulement la crédibilité de M<sup>lle</sup> Hutcheon, mais également la démarche suivie aux fins de l'identification pour savoir si celle-ci était erronée au point de rendre le résultat non fiable, ce qui signifierait que le témoin a été honnête, mais qu'il s'est trompé.

[16] Les deux parties ont convenu devant la Cour que les principes liés à la preuve d'identification et énoncés dans les arrêts cités par le requérant sont pertinents en l'espèce. Je conviens également qu'ils sont pertinents quant à la preuve d'identification en matière civile. Les deux parties admettent aussi que la norme de preuve est la norme applicable en matière civile et que, dans un cas sérieux dont l'issue pourrait

“clear and cogent” or “clear and convincing”. They are correct on this issue. The appropriate standard is described by David Mullan in *Administrative Law*, 3rd ed., Scarborough, Ontario: Carswell, 1996, at paragraph 166:

The burden or standard of proof before an administrative tribunal is generally that of a balance of probabilities though a range exists within that standard. Thus, serious professional disciplinary charges require “clear and convincing evidence” of guilt, particularly if the allegations involve conduct that is also criminal. [Footnotes omitted.]

[17] The Adjudication Board examined the discrepancies between Ms. Hutcheon’s description of the person she saw and the actual physical characteristics of the applicant. One of the most significant discrepancies was her belief that the applicant was 5 feet 6 inches tall when he is in fact almost 6 feet tall. The Adjudication Board noted her evidence that she was not particularly good at estimating distance, that she did not have any reference points to estimate height, that when she first saw the applicant he was on the fence climbing and that when she saw him masturbating he was slightly crouched over (Ms. Hutcheon’s evidence was that the person’s head was bent). She also said the person she saw was taller than she was and she could not understand why she would have described him as 5 feet 6 inches when that is also her height.

[18] In addition to noting these discrepancies and the frailty of the identification evidence, the Adjudication Board had regard to other circumstantial evidence: the top button on the applicant’s pants was unbuttoned, there was no one else in the vicinity at the time; the applicant did not ask the police to help him look for the person who he claimed he saw near his car; he was walking rather than running after the person he said he observed near his car; he had made no effort to connect the person he was looking for with the person the police were looking for; he rang doorbells at an apartment while the police were there, explaining

avoir de graves conséquences, comme le cas du requérant en l’espèce, la preuve devrait être «claire et décisive» ou «claire et convaincante». Elles ont raison sur ce point. Dans son ouvrage intitulé *Administrative Law*, 3rd. ed., Scarborough, Ontario: Carswell, 1996, au paragraphe 166, David Mullan a décrit la norme applicable:

[TRADUCTION] La norme de preuve applicable devant un tribunal administratif est généralement celle de la prépondérance des probabilités, bien qu’il existe une gradation à l’intérieur de cette même norme. Ainsi, les accusations d’infraction disciplinaire professionnelle grave nécessitent une «preuve claire et convaincante» de culpabilité, notamment lorsque les allégations concernent une conduite qui est également criminelle. [Notes en bas de page omises.]

[17] Le comité d’arbitrage a examiné les différences entre la description que M<sup>lle</sup> Hutcheon a faite de la personne qu’elle a vue et les caractéristiques physiques réelles du requérant. Une des différences les plus importantes réside dans le fait qu’elle croyait que le requérant mesurait cinq pieds six pouces, alors qu’il mesure en fait près de six pieds. Le comité d’arbitrage a pris note de la déclaration du témoin selon laquelle elle avait plutôt du mal à évaluer les distances, qu’elle n’avait aucun point de référence lui permettant d’évaluer la taille que, lorsqu’elle a vu le requérant pour la première fois, il était grimpé à la clôture et que, lorsqu’elle l’a vu en train de se masturber, il était légèrement penché (M<sup>lle</sup> Hutcheon a dit que la tête de la personne était inclinée). M<sup>lle</sup> Hutcheon a également dit que l’homme qu’elle avait vu était plus grand qu’elle et qu’elle ne pouvait comprendre pourquoi elle aurait dit qu’il mesurait cinq pieds six pouces alors qu’il s’agit également de sa propre taille.

[18] En plus de souligner ces écarts ainsi que la fragilité de la preuve d’identification, le comité d’arbitrage a également tenu compte des autres éléments de preuve circonstancielle: le bouton du haut du pantalon du requérant était détaché; personne ne se trouvait dans l’entourage au moment de l’incident; le requérant n’a pas demandé à la police de l’aider à trouver la personne qu’il soutenait avoir vue près de sa voiture; le requérant marchait en direction de la personne qu’il a soutenu avoir observée près de son véhicule plutôt que de courir après elle; le requérant n’a fait aucun effort pour relier la personne qu’il

that he thought the person he was looking for might have gone up the fire escape and he wanted to get the occupant's permission before going up and the police stopped him from going up the fire escape; and that as an experienced police officer claiming not to have engaged in any impropriety, he did not ask the police why they were questioning him.

[19] The Adjudication Board found that the applicant's story was "improbable, bordering on the bizarre". The Board also noted the applicant's demeanour at the hearing before it, that he made little or no eye contact with the Board and was constantly looking downwards. The applicant's demeanour, taken together with the circumstantial evidence and the discrepancies in the applicant's testimony, caused the Board to reject the applicant's version of the facts.

[20] At page 24, the Adjudication Board concluded:

... we find that Ms. Hutcheon's identification of Cst. Jaworski, while not procedurally perfect as we would have hesitated making an identification finding only on the photo lineup, or only on identification at the hearing, was, based on the totality of the evidence, sufficiently clear and convincing to satisfy us on a balance of probabilities of the identity of Cst. Jaworski as the member responsible for committing the acts proven.

We make this finding after exercising due caution and closely examining the circumstances in which the identification was made, knowing that a finding of contravention would be made in reliance on the accuracy of the identification, and recognizing that it is possible for an otherwise honest witness, such as we found Miss Hutcheon to be, to make a mistake.

[21] The ERC, in a strongly worded and detailed recommendation, was of the opinion that the evidence in this case fell far short of the clear and cogent standard. The ERC was of the view that the Adjudication Board failed to take adequate account of a number of considerations: the inconsistencies in the

cherchait à celle que la police recherchait; il a sonné à la porte d'un appartement en présence de la police, expliquant qu'il croyait que la personne qu'il recherchait se serait peut-être enfuie par la sortie de secours et qu'il voulait obtenir l'autorisation de l'occupant avant de monter, mais la police l'a empêché de monter jusqu'à cette sortie; enfin, en qualité d'agent de police expérimenté qui prétendait n'avoir commis aucun geste indécent, il n'a pas demandé aux policiers pourquoi ils l'interrogeaient.

[19] Le comité d'arbitrage a conclu que la version du requérant était [TRADUCTION] «improbable, voire bizarre». Il a également souligné la conduite du requérant au cours de l'audience; selon le comité, le requérant a rarement regardé les membres dans les yeux et son regard était constamment tourné vers le sol. Le comportement du requérant ainsi que les éléments de preuve circonstancielle et les incohérences de son témoignage ont incité le comité à rejeter sa version des faits.

[20] À la page 24, le comité d'arbitrage a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] ... nous sommes plutôt d'avis que, même si elle n'était pas parfaite sur le plan de la procédure, dans la mesure où nous aurions hésité à tirer une conclusion fondée uniquement sur l'étalement de photographies ou sur l'identification à l'audience, l'identification du constable Jaworski par M<sup>lle</sup> Hutcheon était suffisamment claire et convaincante, compte tenu de l'ensemble de la preuve, pour nous persuader, selon la prépondérance des probabilités, que le constable Jaworski était bien la personne qui avait commis les actes prouvés.

Nous en arrivons à cette conclusion après avoir exercé beaucoup de prudence et examiné de près les circonstances dans lesquelles l'identification a été faite, sachant pertinemment qu'une conclusion défavorable au requérant serait formulée sur la foi de l'exactitude de l'identification et reconnaissant la possibilité qu'un témoin par ailleurs honnête, comme c'est le cas de M<sup>lle</sup> Hutcheon, commette une erreur.

[21] Dans une recommandation ferme et détaillée, le CEE a mentionné qu'à son avis, la preuve en l'espèce ne respectait pas la norme de la preuve claire et décisive. Selon le CEE, le comité d'arbitrage n'a pas suffisamment tenu compte de différents facteurs, dont les suivants: la description que M<sup>lle</sup> Hutcheon a donnée

descriptive evidence of Ms. Hutcheon relating to the clothing and height of the applicant; that she did not see the face of the person masturbating; the inherent weakness of Ms. Hutcheon's identification evidence at the scene where the applicant was the only possible person to identify; that the photographs only showed the head and shoulders of the men; that the identification evidence at the hearing was rendered suspect as a result of the prior identification at the scene; and that the Adjudication Board's finding that it was a significant coincidence that the applicant was the only one in the area did not take into consideration the proximity of the area to a busy street (i.e. Bathurst Street) and that a person could have easily left the area before the police arrived.

[22] The Commissioner confirmed the decision of the Adjudication Board. In his decision the Commissioner states:

It is important to remember that the burden of proof is on a balance of probability and not beyond a reasonable doubt. Accordingly, the Board carefully weighed all the evidence, both eyewitness and circumstantial, and concluded that no reasonable conclusion could be reached but that the Appellant was responsible. As to the Board's conclusion that the Appellant lacked credibility, that conclusion was based on the observed behaviour of the Appellant and the reasonableness of his story as well as his behaviour with the investigating police officers. Taken together, the Board, in my view, reasonably concluded that the Appellant lacked credibility.

[23] Both the ERC and the Adjudication Board reviewed the evidence meticulously and each was entitled to reach the conclusion it did. If it could be demonstrated that the Adjudication Board ignored evidence or misunderstood the evidence, it would have erred and the Commissioner in turn would have erred in confirming the Adjudication Board's decision. That has not been demonstrated. What is involved is a weighing of the eye witness and circumstantial evidence, and a determination based on proof on a balance of probabilities, on the basis of clear and cogent evidence. The final determination, as Finlayson J.A. pointed out in *Malcolm*, will depend on the

au sujet des vêtements et de la taille du requérant comportait des incohérences; M<sup>lle</sup> Hutcheon n'a pas vu le visage de la personne qui se masturbait; la preuve d'identification de M<sup>lle</sup> Hutcheon sur les lieux de l'incident était faible, étant donné que le requérant était la seule personne pouvant être identifiée; les photographies montraient uniquement la tête et les épaules des hommes; la preuve d'identification à l'audience est devenue douteuse en raison de l'identification précédente qui avait été faite sur les lieux de l'incident; le comité d'arbitrage a conclu que le fait que le requérant était la seule personne se trouvant sur les lieux était une grande coïncidence sans tenir compte du fait que l'endroit se trouvait à proximité d'une rue passante (c.-à-d. la rue Bathurst) et qu'une personne aurait pu facilement quitter les lieux avant l'arrivée de la police.

[22] Confirmant la décision du comité d'arbitrage, le commissaire s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] Il importe de rappeler que le fardeau de la preuve est la preuve selon la prépondérance des probabilités et non la preuve hors de tout doute raisonnable. En conséquence, le comité a soupesé avec soin tous les éléments de la preuve, tant les éléments de preuve présentés par le témoin oculaire que les éléments de preuve circonstancielle, et conclu qu'il n'était pas raisonnable de statuer que l'appellant était responsable. En ce qui a trait à la conclusion du comité quant à l'absence de crédibilité de l'appellant, cette conclusion était fondée sur le comportement que celui-ci a affiché et sur le caractère vraisemblable de sa version ainsi que sur la façon dont il s'est comporté avec les policiers qui ont mené l'enquête. Dans l'ensemble, le comité a eu raison de conclure que l'appellant était peu crédible.

[23] Le CEE et le comité d'arbitrage ont tous deux examiné la preuve de façon méticuleuse et chacun avait le droit d'en arriver à la conclusion qu'il a tirée. Si le comité d'arbitrage avait ignoré ou mal compris les éléments de preuve, il aurait commis une erreur et le commissaire à son tour aurait commis une erreur en confirmant la décision du comité. Aucune erreur de ce genre n'a été démontrée. Ce qui est en jeu, c'est une évaluation du témoignage du témoin oculaire et de la preuve circonstancielle et une décision fondée sur une preuve claire et décisive établie selon la prépondérance des probabilités. Comme l'a souligné le juge d'appel Finlayson dans l'arrêt *Malcolm*, la décision dépend, en

subjective reaction of the Adjudication Board, the ERC and ultimately the Commissioner. No objective definition or test is involved. The Adjudication Board had regard to the frailty of identification evidence and the correct standard of proof. It did not ignore or breach any rule of law. The Commissioner cannot be said to have erred in his subjective appreciation of the evidence and in choosing to confirm the decision of the Adjudication Board.

[24] As part of the applicant's argument on this point, he submitted that the Adjudication Board erred in law when, at the outset of its analysis, it stated at page 15:

In assessing the conflicting testimony, the Board must choose between the evidence of Miss Hutcheon and the evidence of Cst. Jaworski, i.e., whether to believe Miss Hutcheon's identification of Cst. Jaworski as the individual responsible for the incident she saw, or whether to believe Cst. Jaworski that it was not him.

The applicant argued that the test is not whether to believe Ms. Hutcheon or the applicant but whether Ms. Hutcheon's identification evidence was sufficiently clear and cogent to satisfy the onus of proving that the applicant was indeed the person she saw.

[25] I agree that the Board's mere disbelief of the applicant does not mean that the opposite of what he said was true or that the evidence of Ms. Hutcheon was sufficient to satisfy the clear and cogent standard. See for example *Gilbert v. Brown* (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.), at page 679. In civil cases such as this, I think the proper approach is that set out in *International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re* (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (B.C.), at page 90 by Arbitrator Kelleher (cited by the ERC at page 15 of its reasons):

... a credibility finding against a witness does not mean that the witness's denial constitutes evidence that has occurred. Disbelieved evidence must be put aside. The issue then is whether the remainder of the evidence satisfies the onus carried by the employer.

dernier ressort, de la réaction subjective du comité d'arbitrage, du CEE et, en dernier lieu, du commissaire. Aucune définition ou critère objectif ne doit être appliqué. Le comité d'arbitrage a tenu compte de la fragilité de la preuve d'identification et a appliqué la norme de preuve qui convenait. Il n'a pas ignoré ni transgressé une règle de droit. Il est impossible de dire que le commissaire a commis une erreur liée à son appréciation subjective de la preuve et à son choix de confirmer la conclusion du comité d'arbitrage.

[24] Dans le cadre de ses arguments sur ce point, le requérant a soutenu que le comité d'arbitrage a commis une erreur lorsqu'il s'est exprimé comme suit au début de son analyse à la page 15:

[TRADUCTION] Pour évaluer les témoignages contradictoires, le comité doit choisir entre la version de M<sup>lle</sup> Hutcheon et celle du constable Jaworski et se demander s'il y a lieu de croire l'identification par M<sup>lle</sup> Hutcheon du constable Jaworski comme la personne responsable de l'incident qu'elle a observé ou plutôt la déclaration contraire de celui-ci.

Le requérant a soutenu que le critère n'est pas la question de savoir s'il y a lieu de croire M<sup>lle</sup> Hutcheon ou lui-même, mais plutôt celle de décider si la preuve d'identification de M<sup>lle</sup> Hutcheon était suffisamment claire et décisive pour permettre de conclure qu'il était effectivement la personne qu'elle a vue.

[25] Je reconnais que le simple fait de ne pas croire le requérant ne signifie pas que le contraire de ce qu'il a dit était vrai ou que le témoignage de M<sup>lle</sup> Hutcheon était suffisant pour établir une preuve claire et décisive. Voir, par exemple, l'arrêt *Gilbert v. Brown* (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.), à la page 79. Dans les affaires civiles comme le présent cas, j'estime que le raisonnement qui convient est celui que l'arbitre Kelleher a formulé dans le jugement *International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re* (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (C.-B.), à la page 90 (décision que le CEE a citée à la page 15 de ses motifs):

[TRADUCTION] ... une conclusion de crédibilité défavorable à un témoin ne signifie pas que le contraire de ce qu'il a dit est survenu. Les témoignages rejetés doivent être mis de côté. La question devient celle de savoir si le reste de la preuve respecte la norme que l'employeur doit satisfaire.



In this case, the Adjudication Board disbelieved the applicant. Its decision clearly indicates that this caused it to put aside the applicant's evidence. It then determined that, based on the totality of the evidence, it was satisfied that Ms. Hutcheon's evidence was sufficiently clear and convincing to prove that it was the applicant whom she saw. At page 24 of its decision the Adjudication Board states:

While these observations by themselves are not conclusive of anything, when added to our other observations, we concluded that there was nothing about Cst. Jaworski's evidence that would encourage us to accept as true his version of the facts. Instead, we find that Ms. Hutcheon's identification of Cst. Jaworski, while not procedurally perfect as we would have hesitated making an identification finding only on the photo lineup, or only at the identification at the hearing, was, based on the totality of the evidence, sufficiently clear and convincing to satisfy us on a balance of probabilities of the identity of Cst. Jaworski as the member responsible for committing the acts proven.

The Adjudication Board applied the appropriate framework and analysis in order to arrive at its conclusion.

Did the Commissioner's Decision Comply with Subsections 45.16(6) and 45.14(3) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*?

[26] The applicant says that the Commissioner was obliged to "grapple" with the findings of the of ERC and address them explaining why he disagreed. The applicant's argument is based on subsection 45.16(6) of the *Royal Canadian Mounted Police Act* which provides:

45.16 . . .

(6) The Commissioner is not bound to act on any findings or recommendations set out in a report with respect to a case referred to the Committee under section 45.15, but if the Commissioner does not so act, the Commissioner shall include in the decision on the appeal the reasons for not so acting.

Subsection 45.16(6) requires the Commissioner to give the reasons for not acting on the findings or recommendations of the ERC. This does not mean that the

Dans le cas qui nous occupe, le comité d'arbitrage n'a pas cru le requérant. Sa décision indique clairement que c'est ce qui l'a incité à rejeter la preuve qu'il a présentée. Le comité a ensuite ajouté que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le témoignage de M<sup>lle</sup> Hutcheon était suffisamment clair et convaincant pour lui permettre de conclure que c'était bien le requérant qu'elle avait vu. À la page 24 de sa décision, le comité d'arbitrage s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Même si ces observations ne permettent pas en soi de tirer une conclusion, lorsque nous les ajoutons à nos autres observations, nous en arrivons à la conclusion que le témoignage du constable Jaworski ne comporte aucun élément qui nous incite à croire sa version des faits. Nous sommes plutôt d'avis que, même si elle n'était pas parfaite sur le plan de la procédure, dans la mesure où nous aurions hésité à tirer une conclusion fondée uniquement sur l'étalement de photographies ou sur l'identification à l'audience, l'identification du constable Jaworski par M<sup>lle</sup> Hutcheon était, compte tenu de l'ensemble de la preuve, suffisamment claire et convaincante pour nous persuader, selon une prépondérance des probabilités, que le constable Jaworski était bien la personne qui avait commis les actes prouvés.

Le comité d'arbitrage a appliqué les principes et fait l'analyse qui convenaient pour en arriver à cette conclusion.

La décision du commissaire respectait-elle les paragraphes 45.16(6) et 45.14(3) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*?

[26] Le requérant soutient que le commissaire était tenu d'examiner à fond les conclusions du CEE et de les commenter en expliquant pourquoi il s'en était écarté. Le requérant invoque à ce sujet le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, dont voici le libellé:

45.16 . . .

(6) Le commissaire n'est pas lié par les conclusions ou les recommandations contenues dans un rapport portant sur une affaire qui a été renvoyée devant le Comité conformément à l'article 45.15; s'il choisit de s'en écarter, il doit toutefois motiver son choix dans sa décision.

Le paragraphe 45.16(6) oblige le commissaire à expliquer les raisons pour lesquelles il choisit de s'écarter des conclusions ou des recommandations du

Commissioner must address individually every finding or conclusion made by the ERC. It simply means that he must, in a reasonable manner, explain why he prefers the decision of the Adjudication Board over that of the ERC.

[27] Detailed reasons by an appeal tribunal are to be preferred because they engender greater confidence that the tribunal carefully analysed each of the issues before it. However, the Commissioner's reasons do not fall short of the standard required by subsection 45.16(6). In his decision the Commissioner did review the evidence before the Adjudication Board and, in greater detail, both the findings of the Adjudication Board and the ERC. Although the Commissioner's conclusions are brief, they do explain why he chose to act on the Adjudication Board's decision as opposed to the ERC's recommendation:

The committee rightfully challenged each part of the evidence, which if taken alone would not meet the standard of clear and convincing proof set out by the Board. In my view, however, the Board assessed the totality of the evidence including its shortcomings, and was convinced that in its totality, no other reasonable conclusion could be reached other than Cst. Jaworski was the individual responsible for the act in question.

It is important to remember that the standard of proof is on a balance of probability and not beyond a reasonable doubt. Accordingly, the Board carefully weighed all the evidence, both eyewitness and circumstantial, and concluded that no other reasonable conclusion could be reached but that the Appellant was responsible. As to the Board's conclusion that the Appellant lacked credibility, that conclusion was based on the observed behaviour of the Appellant and the reasonableness of his story as well as his behaviour with the investigating police officers. Taken together, the Board, in my view, reasonably concluded that the Appellant lacked credibility.

[28] While the Commissioner might have provided greater detail in arriving at his conclusion, it is not at all clear that doing so would have served any useful purpose. The sole issue was whether the applicant was the person whom Ms. Hutcheon saw. That determination involved a weighing of the eye witness identification evidence and circumstantial evidence. The Com-

CEE. Cela ne signifie pas que le commissaire doit commenter chacune des conclusions du CEE. Cela signifie simplement qu'il doit, d'une façon raisonnable, expliquer pourquoi il préfère la décision du comité d'arbitrage à celle du CEE.

[27] Il convient de privilégier les motifs détaillés invoqués par un tribunal d'appel, parce qu'ils donnent davantage à penser que le tribunal a analysé avec soin chacune des questions dont il était saisi. Toutefois, les motifs du commissaire ne sont pas en-deça de la norme exigée par le paragraphe 45.16(6). Dans sa décision, le commissaire a examiné les éléments de preuve dont le comité d'arbitrage était saisi et, d'une façon plus approfondie encore, les conclusions que celui-ci et le CEE ont tirées. Même si ses conclusions sont brèves, le commissaire explique pourquoi il choisit de se fonder sur la décision du comité plutôt que sur la recommandation du CEE:

[TRADUCTION] Le CEE a mis en doute à bon droit chacun des éléments de la preuve qui, examinés séparément, ne respecteraient pas la norme d'une preuve claire et convaincante énoncée par le comité. Toutefois, à mon avis, le comité a évalué l'ensemble de la preuve, y compris les failles de celle-ci, et était convaincu que, dans l'ensemble, aucune autre conclusion raisonnable ne pouvait être tirée, si ce n'est que le constable Jaworski était la personne responsable des actes en question.

Il importe de rappeler que le fardeau de la preuve est la preuve selon la prépondérance des probabilités et non la preuve hors de tout doute raisonnable. En conséquence, le comité a soupesé avec soin tous les éléments de la preuve, tant les éléments de preuve présentés par le témoin oculaire que les éléments de preuve circonstancielle, et conclu qu'il n'était pas raisonnable de statuer que l'appelant était responsable. En ce qui a trait à la conclusion du comité quant à l'absence de crédibilité de l'appelant, cette conclusion était fondée sur le comportement que celui-ci a affiché et sur le caractère vraisemblable de sa version ainsi que sur la façon dont il s'est comporté avec les policiers qui ont mené l'enquête. Dans l'ensemble, le comité a eu raison de conclure que l'appelant était peu crédible.

[28] Il est vrai que le commissaire aurait pu fournir plus de précisions au sujet de sa conclusion, mais il est loin d'être certain que ces précisions auraient été utiles. La seule question qui se posait était celle de savoir si le requérant était bel et bien la personne que M<sup>lle</sup> Hutcheon avait vue. Cette décision nécessitait une évaluation de la preuve d'identification présentée par

missioner acknowledged that, if taken alone, the parts of the evidence challenged by ERC would not meet the relevant standard—i.e. that of clear and convincing proof on a balance of probabilities. The Commissioner concluded that the Adjudication Board's assessment of the totality of the evidence, even taking account of its shortcomings, led the Board to the correct conclusion. It is clear he had in mind the correct standard of proof, the frailty of the eye witness identification evidence, the totality of the evidence that the applicant was the person involved in the incident and the lack of credibility of the applicant's story. Clearly, these are the reasons for the Commissioner's decision not to act upon the recommendations of the ERC.

[29] One might expect that when the Commissioner receives a strongly worded detailed recommendation from the ERC it should carry significant weight. However, the Commissioner is entitled to decide not to act on the findings or recommendations of the ERC and his decision is not reviewable unless an error of the type referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], is disclosed. I cannot see any such error here.

[30] The applicant also says that the Commissioner did not properly assess the law and the facts himself as he was required to do. The applicant relies on subsection 45.14(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16]:

**45.14 . . .**

(3) An appeal lies to the Commissioner on any ground of appeal, except that an appeal lies to the Commissioner by an appropriate officer in respect of a sanction or an action referred to in paragraph (1)(b) only on the ground of appeal that the sanction or action is not one provided for by this Act.

However, subsection 45.16(1) [as enacted *idem*] provides:

**45.16 (1)** The Commissioner shall consider an appeal under section 45.14 on the basis of

le témoin oculaire ainsi que de la preuve circonstancielle. Le commissaire a reconnu que, examinées séparément, les parties de la preuve mises en doute par le CEE ne respecteraient pas la norme applicable, soit celle d'une preuve claire et convaincante selon la prépondérance des probabilités. Le commissaire a conclu que l'évaluation de l'ensemble de la preuve par le comité, malgré les failles de celle-ci, a incité ledit comité à en arriver à la bonne conclusion. Il est évident qu'il avait à l'esprit la norme de preuve applicable, la fragilité de la preuve d'identification présentée par le témoin oculaire, l'ensemble de la preuve indiquant que le requérant était la personne impliquée dans l'incident et le manque de crédibilité de la version du requérant. De toute évidence, ce sont là les raisons pour lesquelles le commissaire a décidé de ne pas se fonder sur les recommandations du CEE.

[29] Lorsque le commissaire reçoit du CEE une recommandation ferme et détaillée, cette recommandation devrait normalement avoir du poids. Toutefois, le commissaire a le droit de ne pas se fonder sur les conclusions ou les recommandations du CEE et sa décision n'est pas susceptible de révision, sauf si une erreur de la nature de celles qui sont mentionnées au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], a été commise. Je ne puis voir aucune erreur semblable en l'espèce.

[30] Le requérant soutient également que le commissaire n'a pas évalué les faits et les règles de droit comme il devait le faire. À ce sujet, il invoque le paragraphe 45.14(3) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16]:

**45.14 . . .**

(3) Le commissaire entend tout appel, quel qu'en soit le motif; toutefois, l'officier compétent ne peut en appeler devant le commissaire de la peine ou de la mesure visée à l'alinéa (1)b) qu'au motif que la présente loi ne les prévoit pas.

Toutefois, le paragraphe 45.16(1) [édicte, *idem*] prévoit ce qui suit:

**45.16 (1)** Le commissaire étudie l'affaire portée en appel devant lui en vertu de l'article 45.14 en se fondant sur les documents suivants:

(a) the record of the hearing before the adjudication board whose decision is being appealed,

(b) the statement of appeal, and

(c) any written submissions made to the Commissioner,

and the Commissioner shall also take into consideration the findings or recommendations set out in the report, if any, of the Committee or the Committee Chairman in respect of the case.

[31] Clearly, the appeal before the Commissioner is not a trial *de novo*. He does not hear witnesses or receive new evidence. It is an appeal on the record before the Adjudication Board. He is to determine whether he is satisfied with the findings of the Adjudication Board. In doing so he is to consider the record before the Board, the findings of the Board and the recommendations of the ERC as well as the submissions made to him. On the basis of the material before him, which his decision discloses he considered, the Commissioner was satisfied with the decision of the Adjudication Board and confirmed it. That process is in compliance with the legislative scheme.

### The Viewing

[32] The applicant also challenges the Commissioner's decision on the ground that the Adjudication Board improperly treated as evidence information it gathered from a viewing of the area where the incident took place. At the request of the applicant, the Board conducted a viewing of the site and surroundings and as a result of the viewing, found it was doubtful that from his porch, the applicant could, as he told the police, have seen the clothing or estimated the weight of the person he alleged was looking at his car. This raises the question of whether the Board took into account information which is not properly admissible in the proceedings before it, or at least, whether the Board was obliged to provide the applicant with the opportunity to respond to what it found from the viewing.

[33] The applicant told the police that the individual looking at his car was about 6 feet tall, wore dark

a) le dossier de l'audience tenue devant le comité d'arbitrage dont la décision est portée en appel;

b) le mémoire d'appel;

c) les argumentations écrites qui lui ont été soumises.

Il tient également compte, s'il y a lieu, des conclusions ou des recommandations exposées dans le rapport du Comité ou de son président.

[31] Il est bien certain que l'appel interjeté devant le commissaire n'est pas une instruction *de novo*. Le commissaire n'entend aucun témoin et ne reçoit aucun nouvel élément de preuve. Il s'agit d'un appel portant sur le dossier dont le comité d'arbitrage était saisi. Le commissaire doit décider s'il est satisfait ou non des conclusions du comité d'arbitrage. À cette fin, il doit examiner le dossier dont le comité était saisi, les conclusions du comité et les recommandations du CEE ainsi que les observations qui ont été formulées devant lui. En se fondant sur les éléments portés à son attention, le commissaire a jugé satisfaisante la conclusion du comité d'arbitrage et l'a confirmée. Cette façon de procéder est conforme aux dispositions législatives applicables.

### La visite des lieux

[32] Le requérant conteste également la décision du commissaire au motif que le comité d'arbitrage a mal interprété les éléments de preuve qu'il a recueillis par suite d'une visite des lieux où l'incident s'est produit. À la demande du requérant, le comité s'est rendu à l'emplacement et, après avoir examiné les lieux et les environs, il a conclu que, contrairement à ce que le requérant a dit à la police, il était douteux que celui-ci ait pu, depuis le porche de sa demeure, voir les vêtements ou évaluer le poids de la personne qui, selon lui, examinait son véhicule. Cette conclusion soulève la question de savoir si le comité a tenu compte de renseignements qui n'étaient pas admissibles à l'audience tenue devant lui ou, du moins, s'il était tenu d'offrir au requérant la possibilité de répondre aux conclusions qu'il avait tirées de la visite des lieux de l'incident.

[33] Le requérant a dit à la police que la personne qui examinait son véhicule mesurait environ six pieds,

clothing and weighed about 180 pounds. On this point the applicant testified before the Adjudication Board:

Q. And you could see him through your fence, or over your fence, or your fence blocks your view?

A. Yes, you could see. Yes. If my vehicle is sitting there, you'll be able to—sit where I'm sitting and you'll be able to see somebody standing at the car, yes.

After the viewing, the Chairman of the Board read into the record the following:

There was a view taken, and the participants included Cst. Jaworski and his representative S/Sgt. Goodman, and Sgt. Raid and S/Sgt. Dickson, and the three Board Officers. And we attended at the front of 405 Palmerston Street, and walked south on Palmerston to the corner Palmerston and Ulster, and then north up the alley between Palmerston and Markham into the back entrance way of 405 Palmerston. Then back out the same alley south and east along Ulster, stopping at the corner of the southwest corner of Ulster and Markham, and also the southeast corner of Markham and Ulster. Then we continued east along Ulster to the corner of Bathurst, and then back from Bathurst westward along Ulster to Palmerston, or almost Palmerston, halfway between Palmerston and Markham. And the total duration of time spent was approximately 15 minutes.

He then asked the parties:

Anything any of the parties want to add to the record with respect to the view.

S/Sgt. A. J. Goodman: That is fine, sir.

The Chairman: Thank you.

S/Sgt. Goodman: Now, it is your . . .

S/Sgt. A. J. Goodman: That is the case for the defence, sir.

[34] At the hearing, the Board did not elaborate further on its impression from the viewing. In its decision, however, the Board did rely on its viewing with respect to its credibility assessment of the applicant. The Board stated, at page 22:

qu'elle portait des vêtements sombres et qu'elle pesait environ 180 livres. Voici comment le requérant s'est exprimé à ce sujet devant le comité d'arbitrage:

[TRADUCTION]

Q. Et vous pouviez le voir à travers votre clôture, par-dessus votre clôture; votre clôture ne vous obstruait pas la vue?

R. Oui, on pouvait voir. Oui. Si mon véhicule se trouve là, vous pourrez—depuis l'endroit où je suis assis, vous pourrez voir si une autre personne se trouve près du véhicule, oui.

Après la visite des lieux, le président du comité a versé au dossier le compte rendu suivant:

[TRADUCTION] Une visite des lieux a été faite en présence du constable Jaworski et de son représentant, le sous-sergent Goodman, ainsi que du sergent Raid et du sous-sergent Dickson et des trois membres du comité. Nous nous sommes rendus devant l'immeuble situé au 405, rue Palmerston, et nous avons marché en direction sud sur la rue Palmerston jusqu'à l'angle des rues Palmerston et Ulster; nous avons ensuite marché vers le nord le long de la ruelle entre les rues Palmerston et Markham pour nous rendre à l'entrée arrière de l'immeuble situé au 405 Palmerston. Nous avons ensuite repris la même ruelle en sens inverse vers le sud-est, le long de la rue Ulster. Nous nous sommes arrêtés à l'angle sud-ouest des rues Ulster et Markham ainsi qu'à l'angle sud-est de ces mêmes rues. Nous avons poursuivi en direction est le long de la rue Ulster jusqu'à la rue Bathurst et nous sommes revenus depuis Bathurst en direction ouest le long de la rue Ulster, vers la rue Palmerston ou près de la rue Palmerston, à mi-chemin entre les rues Palmerston et Markham. Notre parcours a duré environ 15 minutes au total.

Le président a ensuite posé les questions suivantes aux parties:

[TRADUCTION] Les parties désirent-elles ajouter quoi que ce soit au dossier au sujet de la visite des lieux?

Le sous-sergent A.J. Goodman: C'est bien, Monsieur.

Le président: Merci.

Le sous-sergent Goodman: Maintenant, c'est votre. . .

Le sous-sergent Goodman: La défense a terminé la présentation de sa cause, Monsieur.

[34] À l'audience, le comité n'a pas précisé davantage l'impression qu'il avait eue lors de la visite des lieux. Toutefois, dans sa décision, il s'est fondé sur sa visite des lieux pour évaluer la crédibilité du requérant. Voici comment il s'est exprimé à la page 22:

Cst. Jaworski testified that the person who was apparently looking into his car was approximately six feet tall and had dark clothing. During the Board's view we observed a high, solid wooden fence at the back of the Jaworski property, behind which were the parking spaces in the alleyway. We observed while standing on Jaworski's raised back porch, that if it was possible to see anyone at all in the alleyway, particularly where the cars would have been parked, it would have been possible to see only the head of a relatively tall person. It would have therefore been possible to estimate the height of someone six feet tall, but we would have been surprised to learn it was possible to observe the colour of anyone's clothing or to estimate their build or approximate weight. Cst. Jaworski testified that he did not later see this person in the alleyway, and from which this clothing and other description could have been based. Cst. Jaworski was not cross-examined on these issues, consequently the Board was not able to clarify what "clothing" he was referring to, nor as to how he was able to estimate the persons weight. We noted that Cst. Diaz had recorded, a slightly more detailed description of the suspect, including the suspect's approximate weight at 180 lbs., but also "clothing unknown". These differences raised some doubt in the Board as to Cst. Jaworski's recollection of the suspects sighting, or in fact whether this suspect even existed at the relevant time.

[35] There is divided jurisprudence as to use of viewing evidence. On this point the ERC elaborated, at page 45 of its recommendation:

Of more immediate concern is the Board's willingness to find evidence during the view which is directly in contradiction to evidence at the hearing. There are legal precedents which throw into doubt a tribunal's power to accept evidence of any kind during a view. On this interpretation, a view by a tribunal is for the purpose of understanding the questions at issue and to follow and apply the evidence, not to gather evidence or to reject courtroom evidence based on contradictory knowledge gained by the view. The New Brunswick Supreme Court (Appeal Division) has held that it is improper for an arbitrator who took a view to "should not descend into the arena as a participant . . . acquiring extrinsic evidence not introduced by the parties". In Ontario it has been categorically stated in an arbitration that the purpose of a view is not to gather or obtain evidence. As recently as August 1995, the Federal Court (Trial Division) has cited with approval the English case law which is the principal origin of restrictive interpretations applied to views.

[TRADUCTION] Le constable Jaworski a dit au cours de son témoignage que la personne qui regardait apparemment son véhicule mesurait environ six pieds et portait des vêtements sombres. Au cours de la visite des lieux, nous avons remarqué une clôture de bois haute et solide à l'arrière de la propriété de M. Jaworski, derrière laquelle se trouvaient les espaces de stationnement de la ruelle. Lorsque nous nous trouvons sur le porche arrière surélevé de cette propriété, nous avons constaté que, s'il avait été possible de voir qui que ce soit dans la ruelle, notamment à l'endroit où les véhicules auraient été garés, nous aurions pu voir seulement la tête d'une personne relativement grande. Par conséquent, il aurait été possible d'évaluer la taille d'une personne mesurant environ six pieds, mais nous aurions été surpris de pouvoir observer la couleur des vêtements d'une personne ou d'évaluer sa corpulence ou son poids approximatif. Le constable Jaworski a dit qu'il n'a pas vu plus tard dans la ruelle cette personne dont il aurait pu observer les vêtements et d'autres caractéristiques. Le constable Jaworski n'a pas été contre-interrogé sur ces points; par conséquent, le comité n'a pu dire avec certitude à quels «vêtements» il faisait allusion ni comprendre comment il a pu évaluer le poids de cette personne. Nous avons constaté que le constable Diaz avait consigné une description légèrement plus détaillée du suspect, notamment le poids approximatif de celui-ci, soit 180 livres, mais que la description comporte également les mots «vêtements inconnus». Ces différences permettent au comité d'entretenir des doutes quant au souvenir que le constable Jaworski avait du suspect ou même quant à l'existence de ce suspect au moment pertinent.

[35] L'utilisation des données d'une visite des lieux a fait l'objet de décisions partagées dans le passé. Sur ce point, le CEE a formulé les commentaires suivants, à la page 45 de sa recommandation:

[TRADUCTION] Ce qui nous préoccupe davantage, c'est que le comité est disposé à trouver, au cours de la visite des lieux, des éléments de preuve qui contredisent directement la preuve présentée à l'audience. Il existe en droit des précédents qui jettent un doute sur le pouvoir du tribunal d'accepter des éléments de preuve de quelque nature que ce soit au cours de la visite des lieux de l'incident. Selon cette interprétation, la visite en question vise à comprendre les questions en litige et à interpréter les éléments de preuve et non à recueillir des données ou à rejeter la preuve présentée à l'audience sur la foi de renseignements contradictoires obtenus au cours de l'observation. La Cour suprême du Nouveau-Brunswick (Division d'appel) a statué qu'il ne convient pas pour un arbitre qui a visité les lieux de l'incident de «jouer le rôle de participant. . . et d'obtenir des éléments de preuve extrinsèques non présentés par les parties». En Ontario, il a été dit en toutes lettres dans une affaire d'arbitrage que l'objet d'une visite des lieux n'est pas d'obtenir des éléments de preuve. Plus récemment, en août 1995, la Cour fédérale (Section de première instance) a cité

I acknowledge, however, that the foregoing position has been vigorously attacked as unjustifiable by at least one commentator. Further, in Alberta, it has been held by an arbitrator that a view is evidence in every sense of the word and that a trier of fact is free to making findings of fact based on his or her observations during the view. This opinion mirrors the general position of the courts of certain western provinces on the issue. [Footnotes omitted.]

The ERC concluded:

Considerations of fairness at the hearing cannot be ignored. Without pronouncing entirely on this difficult subject, I have strong reservations about at least one aspect of the procedure before the Board. In my opinion, where evidence gathered at a view is used by the Board for the specific purpose of contradicting evidence given under oath, the Board's contrary observations ought at least to have been divulged as part of its account of the view. The Board's failure to do so caused an unfairness to the appellant.

[36] The English case law referred to by the ERC is *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.) where Lord Alverstone states, at pages 138-139:

It is quite true that by rule 4 of Order L. it is provided that the judge may "inspect any property or thing concerning which any question may arise" in the action; but I have never heard it said, and, speaking for myself, I should be very sorry to endorse the idea, that the judge is entitled to put a view in the place of evidence. A view, as I have always understood, is for the purpose of enabling the tribunal to understand the questions that are being raised, to follow the evidence, and to apply the evidence.

This statement of the law has been accepted by the Ontario courts (see, for example, *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (Ont. C.A.)) and was held by this Court to articulate the proper purpose of a view in *C & B Vacation Properties Inc. v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1145 (T.D.) (QL).

[37] In *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski* (1960), 26 D.L.R. (2d) 550, a majority of the Manitoba Court of Appeal took a different

avec approbation la jurisprudence anglaise qui constitue la principale source des interprétations restrictives appliquées à ce type d'examen.

Cependant, je reconnais qu'au moins un commentateur a vivement contesté cette position. De plus, en Alberta, un arbitre a statué qu'une visite des lieux constitue une preuve dans tous les sens du mot et que le juge des faits peut formuler des conclusions de fait en se fondant sur ses observations découlant de la visite en question. Cette opinion traduit la position générale des tribunaux de certaines provinces de l'ouest sur la question. [Notes en bas de page omises.]

Le CEE conclut en ces termes:

[TRADUCTION] Il est impossible d'ignorer les facteurs liés à l'équité au cours de l'audience. Sans me prononcer tout à fait sur cette question épineuse, j'ai de sérieuses réserves sur au moins un aspect de la procédure suivie devant le comité. À mon avis, lorsque le comité utilise les éléments de preuve obtenus au cours de la visite des lieux d'un incident pour mettre en doute les témoignages présentés sous serment, il doit, à tout le moins, divulguer ses observations contraires dans son compte rendu de la visite. En omettant de le faire, le comité a agi de façon inéquitable à l'endroit de l'appelant.

[36] Le jugement anglais auquel le CEE fait allusion est l'arrêt *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.), où lord Alverstone s'exprime comme suit aux pages 138 et 139:

[TRADUCTION] Il est bien vrai que, selon la règle 4 de l'ordonnance L, le juge peut «examiner tout bien ou objet au sujet duquel une question pourrait se poser» dans l'action; cependant, je n'ai jamais entendu dire et, quant à moi, je suis peu disposé à admettre que le juge a le droit de substituer à la preuve les données découlant d'un examen de ce genre. À mon sens, cet examen vise à permettre au tribunal de comprendre les questions soulevées, de faire le suivi de la preuve et de l'interpréter.

Les tribunaux de l'Ontario ont accepté cet énoncé de l'état du droit (voir, par exemple, l'arrêt *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (C.A. Ont.)) et la Cour fédérale a statué qu'il représentait un bon résumé de l'objet de la visite des lieux dans l'arrêt *C & B Vacation Properties Inc. c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1145 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[37] Toutefois, dans l'arrêt *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski* (1960), 26 D.L.R. (2d) 550, une majorité des membres de la Cour d'appel du

approach. Schultz J.A., also relying on English Court of Appeal jurisprudence (*Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904), stated, at pages 558-559, that a view taken by a tribunal is similar to an exhibit tendered as evidence:

I think it is a matter of everyday practice in our Courts that scale models, or similar objects, are tendered and accepted as real evidence. Such evidence may offer stronger and more convincing proof of the fact claimed than the oral evidence of witnesses. The Judge who views them in the court room is in no different position there than when, with all the necessary safeguards and conditions met, he views them outside the court room. When, as in the case of a road, it is impossible to bring the object into the court room and the trial Judge takes a proper view outside the court room, he is entitled to consider such a view as evidence. To hold otherwise seems to me unrealistic, for what better evidence could be offered to Judges than what they can see with their own eyes? This is so whether the evidence is produced in Court or at the scene of an accident.

As well, the Supreme Court of Canada in *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 S.C.R. 379, upheld a decision of arbitrators in an expropriation proceeding who, after viewing the property in question, rejected the evidence of several expert witnesses and came to a conclusion respecting the value of the property in question "from their own judgment and a few actual facts submitted in evidence". Anglin J. stated, at pages 384-385:

But while the award of the majority may not be happily worded and might, on cursory perusal, give the impression that, in reaching their conclusion, they had wholly disregarded the evidence, a careful consideration of the award makes it reasonably clear that what they intended to state was that the inspection of the property had satisfied them that certain parts of the evidence adduced could not be relied upon while other parts might safely be made the basis of their adjudication. A proper appreciation of the value of the evidence is always a legitimate object of a view and, if it leads to the discrediting and the consequent rejection of certain portions of the testimony, I am not prepared to say that undue weight or effect has therefore been given to the result of the view.

[38] The Manitoba Court of Appeal in *Meyers*, per Schultz J.A. at page 555, points out that a judge in

Manitoba a adopté un raisonnement différent. Le juge Schultz, qui se fondait également sur une décision de la Cour d'appel de l'Angleterre (*Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904), a dit, aux pages 558 et 559 qu'une visite des lieux faite par un tribunal s'apparente à une pièce présentée en preuve:

[TRADUCTION] À mon avis, il arrive fréquemment que des modèles réduits ou des objets similaires soient présentés et considérés comme des éléments de preuve réels. Ces éléments peuvent souvent constituer une preuve plus forte et plus convaincante du fait allégué que les témoignages. Le juge qui les examine en salle d'audience est dans la même situation que celui qui les observe en dehors de la salle d'audience, si toutes les mesures de protection nécessaires sont prises et que les conditions pertinentes sont respectées. Lorsque, comme c'est le cas pour une route, il est impossible de présenter l'objet en salle d'audience et que le juge de première instance examine en bonne et due forme l'endroit en dehors de la salle d'audience, il a le droit de considérer cet examen comme un élément de preuve. Une décision différente ne m'apparaîtrait pas réaliste: en effet, quelle est la meilleure preuve pour un juge sinon celle qu'il peut voir de ses propres yeux? Ce principe vaut, que l'élément de preuve soit présenté en salle d'audience ou qu'il se trouve sur les lieux d'un accident.

De plus, dans l'arrêt *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 R.C.S. 379, la Cour suprême du Canada a confirmé une décision des arbitres qui, après avoir examiné la propriété dans une affaire d'expropriation, ont rejeté le témoignage de plusieurs experts et ont tiré une conclusion au sujet de la valeur de la propriété [TRADUCTION] «à partir de leur propre jugement et de quelques faits réels présentés en preuve». Le juge Anglin s'est exprimé comme suit, aux pages 384 et 385:

[TRADUCTION] Toutefois, même si la décision de la majorité n'est peut-être pas bien formulée et pourrait, à première vue, donner l'impression que, pour en arriver à leur conclusion, les membres ont rejeté la preuve en entier, un examen attentif de la décision indique assez bien que, ce qu'ils voulaient dire, c'est que l'examen de la propriété les a convaincus que certaines parties de la preuve présentée ne pouvaient être invoquées, tandis que d'autres pouvaient être retenues. Une bonne appréciation de la valeur des éléments de preuve constitue dans tous les cas un objectif légitime d'une visite des lieux et, même si celle-ci mène au rejet de certaines parties du témoignage, je ne suis pas disposé à dire qu'une importance trop grande a été accordée de ce fait au résultat de la visite.

[38] Dans l'arrêt *Meyers*, le juge Schultz, de la Cour d'appel du Manitoba, souligne à la page 555 qu'un



taking a view must be satisfied that the view and the conditions in which it is taken will be fair to all the parties concerned, including particularly the opportunity to present further evidence. Certainly, if a tribunal, through its own means, obtains relevant information without the knowledge of the parties and relies on that information in making its decision, it will have breached principles of natural justice and procedural fairness (see, for example, *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at pages 1115-1116; *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.)). A party is entitled to be made aware and to make representations and, indeed, give evidence with respect to extrinsic evidence that is obtained by a tribunal.

[39] However, in my view, it would be going too far to state that where a tribunal conducts a view, not for the purpose of gathering its own evidence but to better understand the evidence being submitted, that the tribunal can never rely upon its own observations made at that viewing. Where a tribunal sees something inconsistent with the evidence adduced by the parties, it would be highly artificial to require that the tribunal ignore its observations and decide the issue based on evidence that it considers to be untrue. If a picture of the applicant's porch and fence had been placed in evidence it would have been open to the Adjudication Board to draw its own conclusion from the picture that the applicant could not have seen the clothing or the body build of the person alleged to have been looking at his car. Having regard to the *dicta* of Anglin J. in *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* and Shultz J.A. in *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski*, I am satisfied that the Board was entitled to make the observations it made during the viewing, and to rely on those observations, in rejecting the credibility of the applicant's evidence.

[40] The second question arising in respect of the viewing is whether procedural fairness required the

juge qui procède à une visite des lieux doit être convaincu que celle-ci et les conditions dans lesquelles elle se fait seront équitables pour toutes les parties concernées, notamment quant à la possibilité de présenter des éléments de preuve supplémentaires. Si un tribunal obtient par ses propres moyens des renseignements pertinents à l'insu des parties et qu'il se fonde sur ces renseignements pour en arriver à sa décision, il aura certainement commis un manquement aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale (voir, par exemple, les arrêts *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, aux pages 1115 et 1116; *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.)). Une partie a le droit d'être informée des éléments de preuve extrinsèques qu'un tribunal obtient et de formuler des observations ainsi que de présenter d'autres éléments de preuve à ce sujet.

[39] Toutefois, à mon avis, cela ne signifie pas nécessairement que, lorsqu'un tribunal procède à une visite des lieux non pas dans le but de recueillir ses propres éléments de preuve, mais afin de mieux comprendre la preuve présentée, il ne peut en aucun cas se fonder sur ses propres observations faites au cours de la visite. Lorsqu'un tribunal observe un élément incompatible avec la preuve présentée par les parties, il serait irréaliste d'exiger qu'il ignore ses observations et tranche la question sur la foi d'une preuve qu'il juge fautive. Si une photographie du porche et de la clôture de la propriété du requérant avait été présentée en preuve, le comité d'arbitrage aurait pu conclure lui-même, en se fondant sur la photographie, que le requérant ne pouvait voir les vêtements ou la corpulence de la personne qui regardait apparemment son véhicule. Compte tenu des remarques que les juges Anglin et Schultz ont respectivement formulées dans les arrêts *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* et *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski*, je suis convaincu que le comité avait le droit de faire les observations qu'il a faites au cours de la visite et de se fonder sur ces observations pour nier la crédibilité de la preuve du requérant.

[40] La deuxième question qui se pose au sujet de la visite est celle de savoir si le comité devait, au nom

Board, once it made observations during the viewing, to disclose those observations to the applicant in order to give him an opportunity to respond.

[41] In this case it was the applicant who requested that the viewing take place. He and his counsel attended the viewing. They saw or had the opportunity to see exactly what the Adjudication Board saw. Nothing was done behind the applicant's back. When the hearing resumed he was given an opportunity to "add to the record with respect to the view". Procedural fairness does not require a tribunal to disclose its ongoing observations with respect to the evidence as it is tendered. If the Board had formed its opinion based on its consideration of a picture of the applicant's porch and fence that had been placed in evidence, it would not have been incumbent on the Board to disclose its observations to the applicant at the hearing in order that he might make further submissions on the point. Whether the Board's observations are the result of a view or a photograph introduced as evidence, the applicant would have been aware of what was before the Board and had the opportunity to make relevant representations. The Board was not obliged to disclose its preliminary observations to the applicant to enable him to attempt to dispel them any more than any other consideration or impression it gathered from any other evidence it heard or saw.

[42] There was no error with respect to the viewing.

#### Conclusion

[43] The judicial review is dismissed.

de l'équité procédurale, communiquer au requérant les observations qu'il a faites au cours de la visite afin de lui permettre d'y répondre.

[41] Dans l'affaire qui nous occupe, c'est le requérant qui a demandé la visite des lieux. Lui-même et son avocat étaient présents à cette visite. Tous deux ont vu ou ont eu la possibilité de voir exactement ce que le comité a vu et aucune mesure n'a été prise à leur insu. À la reprise de l'audience, le requérant a eu la possibilité [TRADUCTION] «d'ajouter des éléments au dossier au sujet de la visite des lieux». Les principes d'équité procédurale n'obligent pas un tribunal à communiquer ses observations constantes au sujet de la preuve présentée. Si le comité s'était formé une opinion à la lumière de l'examen d'une photographie du porche et de la clôture de la propriété du requérant, il n'aurait pas été tenu de communiquer ses observations au requérant à l'audience pour lui permettre de formuler d'autres arguments sur la question. Que les observations du comité découlent d'une visite ou d'une photographie présentée en preuve, le requérant savait sans doute ce que le comité avait vu et a eu la possibilité de formuler des arguments pertinents. Le comité n'était pas tenu de divulguer ses observations préliminaires au requérant pour lui permettre de les réfuter, pas plus qu'il ne devait divulguer les autres impressions qu'il a pu avoir à partir des autres éléments de preuve qu'il a entendus ou vus.

[42] Aucune erreur n'a été commise dans le cadre de la visite des lieux.

#### Conclusion

[43] La demande de contrôle judiciaire est rejetée.