

A-832-90

A-832-90

Canadian Cable Television Association — Association canadienne de télévision par câble (Applicant)

v.

American College Sports Collective of Canada, Inc., Border Broadcasters' Collective, Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc., Canadian Retransmission Collective, Canadian Retransmission Right Association, Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited, Copyright Collective of Canada, FWS Joint Sports Claimants, Major League Baseball Collective of Canada, Inc., and Performing Rights Organization of Canada Limited (Respondents)

INDEXED AS: CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN v. AMERICAN COLLEGE SPORTS COLLECTIVE OF CANADA, INC. (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Linden J.J.A.—Montréal, May 13, 14, 15, 16 and 17; Ottawa, June 3, 1991.

Judicial review — Applications to review — Application to set aside Copyright Board's decision imposing royalties for retransmission of distant television signals in Canada for breach of principles of natural justice — Dissenting member receiving information outside hearing process — Audi alteram partem principle not violated — Possibility of prejudice essential issue — Information received not adverse to applicant's position — Information not influencing majority — No "reliance" on information — Inconsequential error of law not ground for judicial reversal — No reasonable apprehension of bias — Dissenting member had no stake in outcome.

Copyright — Copyright Board imposing royalties for retransmission of distant television signals and adding interest factor to royalties payable under power to establish terms and conditions related to royalties under Copyright Act, s. 70.63(1)(a)(ii) — Board implicitly empowered to include interest factor to compensate for late payment of royalties — Ss. 70.62 to 70.67 remedial, objects of which to establish regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990 — Interest necessary to compensate for late payment of royalties caused by delays in approval process — Explicit provision of right to interest not required.

Canadian Cable Television Association — Association canadienne de télévision par câble (requérante)

a.

American College Sports Collective of Canada, Inc., Border Broadcasters' Collective, Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc., Société collective de retransmission du Canada, Association du droit de retransmission canadien, Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, Société de perception de droit d'auteur du Canada, FWS Joint Sports Claimants, Major League Baseball Collective of Canada, Inc., et Société de droits d'exécution du Canada Limitée (intimés)

RÉPERTORIÉ: ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE c. AMERICAN COLLEGE SPORTS COLLECTIVE OF CANADA, INC. (C.A.)

Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Montréal, 13, 14, 15, 16 et 17 mai; Ottawa, 3 juin 1991.

Contrôle judiciaire — Demandes de révision — Demande en vue de faire annuler la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision au Canada en raison de l'inobservation des règles de justice naturelle — Obtention de renseignements en dehors du cadre des audiences par le commissaire dissident — La règle audi alteram partem n'a pas été violée — La possibilité qu'il existe un préjudice est déterminante — Les renseignements obtenus n'étaient pas défavorables à la requérante — Les renseignements n'ont pas influencé les commissaires majoritaires — Ils ne se sont pas «fiés» aux renseignements — Une erreur de droit sans conséquence ne justifie pas l'annulation d'une décision — Aucune crainte raisonnable de partialité — Le commissaire dissident n'avait aucun intérêt dans l'issue de la cause.

Droit d'auteur — La Commission du droit d'auteur a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et a ajouté un montant représentant de l'intérêt aux droits exigibles conformément au pouvoir qui lui est accordé par l'art. 70.63(1)a)(ii) de la Loi sur le droit d'auteur de fixer les modalités afférentes aux droits — La Commission avait implicitement le pouvoir d'inclure un montant représentant de l'intérêt pour compenser le paiement tardif des droits — Les art. 70.62 à 70.67 sont des dispositions réparatrices dont les objets comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1^{er} janvier 1990 — L'intérêt était nécessaire pour compenser le paiement tardif des droits résultant du retard dans le processus d'homologation — Il n'était pas obligatoire que le droit d'exiger le versement d'intérêts soit prévu expressément dans la loi.

Construction of statutes — Copyright Act, s. 70.63(1)(a)(ii) giving Copyright Board power to impose terms and conditions related to royalties — Board adding interest factor to royalties payable — Objects of ss. 70.62 to 70.67 to establish regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990 — Interpretation Act, s. 12 requiring fair, large and liberal construction as best ensures attainment of objective — Powers of administrative tribunal may exist by necessary implication from wording of Act, structure and purpose — Parliament intending royalty regime to take effect January 1, 1990 regardless of when scheme established — Board discharging statutory mandate by including interest to compensate for late approval of tariffs.

This was an application to set aside, for failure to observe principles of natural justice, a decision of the Copyright Board imposing annual royalties for the retransmission of distant television signals in Canada. Alternatively, the applicant sought an order varying the statement of royalties to be paid by deleting the royalties referable to interest. The *Copyright Act* was amended in 1988 to provide for the payment of copyright royalties for the retransmission of distant radio and television broadcast signals. In 1989 statements of proposed royalties were filed with the Board. The applicant objected to those statements. After the close of the hearing, the dissenting Board member obtained certain public information as well as the opinions of CRTC staffers. None of this information was adverse to the applicant's position. Two Board members, but not the Chairman, were aware that he had obtained additional information, but were unaware of its content.

The applicant argued that the principle of *audi alteram partem* had been violated by the receipt of evidence outside the hearing process, evidence of which it had learned only accidentally after the Board's decision and to which it had had no opportunity to respond. It submitted that the existence of actual prejudice was not essential to establish breach of the principle, and that a possibility of prejudice was sufficient. The applicant argued that it had, in any event, suffered actual prejudice, not by any adverse effect, but by being denied the opportunity to exploit in its favour the evidence received. The respondents' submission was that the information obtained was either already in the record, known to the parties or in the public domain; that it was in the applicant's favour; that the dissenting member's efforts did not influence and were not known to the majority; and that the principle did not apply to information which affects only a dissenting member of a tribunal.

Applicant's further submission was that the Board had violated the principle *nemo judex in sua causa debet esse* (no one may be a judge in his own cause), a rule as to the impartiality required of deciders of issues which forbids both actual bias and a reasonable apprehension of bias.

Interprétation des lois — L'art. 70.63(1)(a)(ii) de la Loi sur le droit d'auteur accorde à la Commission du droit d'auteur le pouvoir de fixer les modalités afférentes aux droits — La Commission a ajouté un montant représentant de l'intérêt aux droits exigibles — Les objets des art. 70.62 à 70.67 comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1^{er} janvier 1990 — Aux termes de l'art. 12 de la Loi d'interprétation, un texte de loi s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet — Les pouvoirs d'un tribunal administratif peuvent découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet — Le Parlement avait l'intention de faire en sorte que le régime pour les droits de retransmission prenne effet le 1^{er} janvier 1990, indépendamment de la date à laquelle il serait établi — La Commission a respecté le mandat qui lui est conféré par la loi en incluant un montant représentant de l'intérêt pour compenser l'homologation tardive des droits.

La Cour a été saisie d'une demande en vue de faire annuler la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision au Canada en raison de l'inobservation des règles de justice naturelle. Subsidiairement, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance modifiant le tarif des droits à payer en supprimant le paiement des droits correspondant à l'intérêt. La *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée en 1988 pour prévoir le paiement de droits d'auteur pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision. En 1989, des projets de tarif ont été déposés auprès de la Commission. La requérante s'est opposée à ces projets. À l'issue des audiences, le commissaire dissident a obtenu certains renseignements à caractère public ainsi que les opinions de fonctionnaires du CRTC. Aucun de ces renseignements n'était défavorable à la requérante. Deux commissaires, mais pas le président, savaient que le commissaire dissident avait obtenu des renseignements complémentaires, mais ils n'en connaissaient pas la teneur.

La requérante a soutenu que la règle *audi alteram partem* avait été violée du fait de l'obtention, en dehors du cadre des audiences, d'éléments de preuve dont elle n'a pris connaissance que fortuitement, après que la Commission eut rendu sa décision, et auxquels elle n'a pas eu l'occasion de répliquer. Elle a prétendu que l'existence d'un préjudice réel n'était pas essentielle pour prouver l'inobservation de cette règle, et que la possibilité qu'il existe un préjudice était suffisante. La requérante a soutenu qu'elle avait de toute façon subi un préjudice réel attribuable non pas à un effet défavorable, mais plutôt au fait qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de faire jouer en sa faveur la preuve reçue. Pour leur part, les intimés ont soutenu que les renseignements obtenus étaient déjà au dossier, connus des parties ou dans le domaine public; qu'ils jouaient à l'avantage de la requérante; que les commissaires majoritaires n'étaient pas au courant des démarches du commissaire dissident et n'ont pas été influencés par celles-ci; et que cette règle ne s'appliquait pas à des renseignements qui ne concernaient qu'un membre dissident d'un tribunal.

La requérante a par ailleurs prétendu que la Commission avait violé la règle *nemo judex in sua causa debet esse* (nul ne peut être juge dans sa propre cause), qui concerne l'impartialité exigée des personnes appelées à rendre des décisions et qui interdit non seulement la partialité réelle, mais aussi la crainte raisonnable de partialité.

Acting under its power to establish terms and conditions related to the royalties it had set under *Copyright Act*, subparagraph 70.63(1)(a)(ii), the Board added an interest factor to the royalties payable because the Act provided that the tariffs would take effect on January 1, 1990, but they were not approved until much later. The interest factor was not established separately by the tariffs as interest payments, but was merged into the royalties paid. The Board applied the Bank of Canada rate so as not to penalize retransmitters, who were not responsible for the delay in certifying tariffs. The applicant argued that to award interest on royalties accrued prior to publication of any tariff exceeded the Board's powers, as the Act did not specifically empower it to compel the payment of interest by retransmitters. Since a requirement respecting interest is a substantive right, it should be expressly provided for in the governing legislation.

Held, the application should be dismissed.

The principle of *audi alteram partem* had not been violated. Even if the dissenting member's actions could be attached to the entire Board, any error attributable to the Board would be inconsequential, and should not be a basis for judicial reversal. The Board acted fairly towards the applicant.

The question of the possibility of prejudice was the fundamental issue. There had to be a real possibility that the result was affected. As to the possibility of prejudice herein, much of the information received by the dissenting member was repetitive of, or supplementary to, the hearings, and not a matter of denial of natural justice. The notion of adverse effect is central to *audi alteram partem*. Even the applicant alleged only the lack of a positive opportunity to exploit favourable information, not the absence of an occasion to respond to unfavourable information. None of the information received by the dissenting member had any influence on the decision of the majority. He was off on a frolic of his own. It must be shown that the Board "placed at least some reliance on the information". There was no such reliance herein. An inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision under *Federal Court Act*, paragraph 28(1)(b).

There was no reasonable apprehension of bias. A reasonable apprehension of non-pecuniary bias must arise from "a connection with the case or with the parties". It must amount to an "interest in the subject-matter of the proceedings." It comes into play only when the tribunal member appears to have some stake in, or predisposition toward, a particular outcome of the adjudication. However unfortunate his mistake in seeking extra-hearing information, the dissenting member's motivation was pure and he had no stake in the outcome beyond the best possible decision.

The issue as to the award of interest on royalty payments relating to the transitional period is one of statutory interpretation of subparagraph 70.63(1)(a)(ii). The case law does not go

Exerçant le pouvoir qui lui est accordé par le sous-alinéa 70.63(1)a(ii) de la *Loi sur le droit d'auteur* de fixer les modalités afférentes aux droits, la Commission a ajouté un montant représentant de l'intérêt aux droits exigibles parce que la Loi prévoyait que les tarifs prendraient effet le 1^{er} janvier 1990 et que ceux-ci n'ont été homologués que beaucoup plus tard. Ce montant n'a pas été fixé séparément par les tarifs à titre de paiement d'intérêts, mais a plutôt été incorporé dans les droits exigibles. La Commission a appliqué le taux d'escompte de la Banque du Canada pour ne pas pénaliser les retransmetteurs, qui n'étaient pas responsables de l'homologation tardive des tarifs. La requérante a soutenu qu'en exigeant le versement d'intérêts sur les droits de retransmission accumulés avant la publication des tarifs, la Commission outrepassait ses pouvoirs parce que la Loi ne l'habilitait pas expressément à obliger les retransmetteurs à verser des intérêts. Comme le droit d'exiger le versement d'intérêts concerne le fond, il devrait être expressément prévu dans la loi habilitante.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

La règle *audi alteram partem* n'a pas été violée. Même si les actes du commissaire dissident pouvaient être imputés à la Commission dans son ensemble, une erreur attribuable à la Commission serait sans conséquence et ne devrait pas justifier l'annulation de la décision. La Commission a agi équitablement envers la requérante.

La question de la possibilité qu'il existe un préjudice était déterminante. Il devait y avoir une possibilité réelle que le résultat soit différent. Quant à la possibilité qu'il existe un préjudice en l'espèce, la plupart des renseignements obtenus par le commissaire dissident ne faisaient que répéter ou compléter ce qui s'était dit aux audiences et ils n'ont entraîné aucun déni de justice naturelle. La notion d'effet défavorable constitue le pivot de la règle *audi alteram partem*. Même la requérante s'est bornée à prétendre qu'on avait omis de lui donner l'occasion, non pas de réfuter des renseignements défavorables, mais d'exploiter des renseignements favorables. Aucun des renseignements obtenus par le commissaire dissident n'a eu une influence quelconque sur la décision des commissaires majoritaires. Celui-ci a pris l'initiative d'une démarche. Il doit être établi que la Commission «s'est fiée au moins dans une certaine mesure à l'information». Elle ne s'y est pas fiée en l'espèce. L'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il n'y avait aucune crainte raisonnable de partialité. La crainte raisonnable de partialité due à un intérêt non pécuniaire doit découler d'un «lien avec la cause ou les parties». Elle doit correspondre à un «intérêt dans l'objet de la poursuite». Elle intervient uniquement lorsqu'un membre du tribunal semble avoir un intérêt ou une prédisposition quelconque pour une issue particulière de la cause. Bien que le commissaire dissident ait commis une erreur déplorable en cherchant à obtenir des renseignements en dehors du cadre des audiences, il l'a fait avec les meilleures intentions et il n'avait aucun intérêt dans l'issue de la cause, si ce n'est le désir de rendre la meilleure décision possible.

Le paiement d'intérêts sur les droits exigibles durant la période transitoire est une question qui ressortit à l'interprétation du sous-alinéa 70.63(1)a(ii). La jurisprudence ne va pas

so far as to say that a right to interest must be provided for explicitly. Sections 70.62 through 70.67 are remedial legislation, the objects of which include the establishment of a regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990. The *Interpretation Act*, section 12 requires that legislation be given such fair, large and liberal construction as best ensures the attainment of its objects. The powers of an administrative tribunal may exist by necessary implication from the wording of the Act, its structure and its purpose. Whatever is reasonably necessary for the proper discharge of a duty is impliedly authorized by it. Section 149 of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act* indicates Parliament's manifest intention that the royalty scheme should take effect January 1, 1990, regardless of how much later the scheme might be established. It can only be supposed that it wanted to give the Board the right to make royalty recipients whole as of that day if it considered it appropriate. The Board deemed an interest factor necessary because the length of the hearings had prevented it from approving the tariffs until much later. It had included an interest factor to discharge its statutory mandate.

jusqu'à affirmer qu'un droit semblable doit être prévu expressément dans la loi. Les articles 70.62 à 70.67 sont des dispositions réparatrices dont les objets comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1^{er} janvier 1990. Aux termes de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, un texte de loi s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Les pouvoirs d'un tribunal administratif peuvent découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Tout ce qui est raisonnablement nécessaire pour garantir l'accomplissement d'un devoir est implicitement autorisé. L'article 149 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis* indique que le Parlement avait clairement l'intention de faire en sorte que le régime pour les droits de retransmission prenne effet le 1^{er} janvier 1990, indépendamment de la date à laquelle il serait établi. On peut seulement supposer que celui-ci a voulu donner à la Commission le droit d'ordonner que les droits soient versés intégralement à partir de ce jour si elle le jugeait opportun. La Commission a estimé nécessaire de prévoir le versement d'intérêts parce que la durée des audiences l'a empêchée d'homologuer les tarifs en temps voulu. Elle a inclus un montant représentant de l'intérêt pour respecter le mandat qui d lui est conféré par la loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 65, 149.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 66 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 70.61 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65), 70.63 (as enacted *idem*).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Radio Retransmission Tariff, Can. Gaz. Part I, Supp., Oct. 6, 1990, s. 14.
Television Retransmission Tariff, Can. Gaz. Part I, Supp., Oct. 6, 1990, s. 19.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476; (1970), 13 D.L.R. (3d) 304 (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; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676 (note); 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Re Cardinal Insurance Co. and Minister of State (Finance)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693; [1982] I.L.R. 1-1541; 44 N.R. 428 (F.C.A.); *Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (Q.B.); *Hecla Mining Company of Canada v. Cominco Ltd. and Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1988), 116 N.R. 44

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 12.
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis, S.C. 1988, chap. 65, art. 65, 149.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 66 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 10, art. 12), 70.61 (édicte par S.C. 1988, chap. 65, art. 65), 70.63 (édicte *idem*).
Tarif sur la retransmission de signaux de radio, Gaz. du Can. partie I, suppl., 6 oct. 1990, art. 14.
Tarif sur la retransmission de signaux de télévision, Gaz. du Can. partie I, suppl., 6 oct. 1990, art. 19.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476; (1970), 13 D.L.R. (3d) 304 (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; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676 (note); 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Re la Compagnie d'assurance Cardinal et le Ministre d'État (Finances)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693; [1982] I.L.R. 1-1541; 44 N.R. 428 (C.A.F.); *Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (B.R.); *Hecla Mining Company of Canada c. Cominco Ltd. et Canada (Ministre des Affaires indiennes et du*

(F.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 F.C. 745; (1980), 34 N.R. 209 (C.A.); *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; [1984] 3 W.W.R. 1; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.); *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (Sask. Q.B.); *Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224; (1967), 59 W.W.R. 705 (Man. C.A.); *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (F.C.A.); *Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd. v. Lee-Shanok* (1988), 88 CLLC 14,033; 87 N.R. 178 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners (1987), 53 Sask. R. 35; 25 Admin. L.R. 90 (C.A.); *Yukon Conservation Society v. Yukon Territory Water Board and Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (F.C.T.D.); *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

CONSIDERED:

Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1985] 1 F.C. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.); *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708; 24 L.C.R. 204; 23 R.P.R. 257 (H.C.); *Northern & Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 11; 53 D.L.R. (4th) 123; 29 C.P.C. (2d) 257; 30 O.A.C. 146 (C.A.).

REFERRED TO:

Frome United Breweries Co. v. Bath Justices, [1926] A.C. 586 (H.L.); *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.); *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078; (1972), 30 D.L.R. (3d) 678 (T.D.); *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.).

Nord canadien (1988), 116 N.R. 44 (C.A.F.); *Canadien Pacifique Ltée c. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 C.F. 745; (1980), 34 N.R. 209 (C.A.); *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334; [1984] 3 W.W.R. 1; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.); *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (B.R. Sask.); *Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224; (1967), 59 W.W.R. 705 (C.A. Man.); *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (C.A.F.); *Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd. c. Lee-Shanok* (1988), 88 CLLC 14,033; 87 N.R. 178 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners (1987), 53 Sask. R. 35; 25 Admin. L.R. 90 (C.A.); *Yukon Conservation Society c. L'Office des eaux du territoire du Yukon et Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (C.F. 1^{re} inst.); *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Enquête Énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1985] 1 C.F. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.); *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708; 24 L.C.R. 204; 23 R.P.R. 257 (H.C.); *Northern & Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 11; 53 D.L.R. (4th) 123; 29 C.P.C. (2d) 257; 30 O.A.C. 146 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Frome United Breweries Co. v. Bath Justices, [1926] A.C. 586 (H.L.); *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (C.A. C.-B.); *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078; (1972), 30 D.L.R. (3d) 678 (1^{re} inst.); *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.).

AUTHORS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *More Canadian Programming Choices*, Ottawa, November 30, 1987.

COUNSEL:

Michael K. Eisen and Stephen G. Rawson for applicant Canadian Cable Television Association.

Gilles M. Daigle for respondent Border Broadcasters' Collective.

David W. Kent for respondent Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc.

Hank G. Intven for respondent Canadian Retransmission Collective.

Jacques R. Alleyn, Q.C. and Peter E. Robinson for respondent Canadian Retransmission Right Association.

Y. A. George Hynna for respondents Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited and Performing Rights Organization of Canada Limited.

Glenn A. Hainey and Michael S. Koch for respondent Copyright Collective of Canada.

Daniel R. Bereskin, Q.C. and Greg A. Piasetzki for respondent FWS Joint Sports Claimants.

Richard Storrey for respondent Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

J. Aidan O'Neill for Canadian Satellite Communications Inc. and C1 Cablesystems.

Mario Bouchard for Copyright Board.

SOLICITORS:

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, for applicant Canadian Cable Television Association.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondent Border Broadcasters' Collective.

McMillan Binch, Toronto, for respondent Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc.

McCarthy, Tétrault, Toronto, for respondent Canadian Retransmission Collective.

DOCTRINE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Un plus grand choix d'émissions canadiennes*, Ottawa, le 30 novembre 1987.

AVOCATS:

Michael K. Eisen et Stephen G. Rawson pour la requérante Association canadienne de télévision par câble.

Gilles M. Daigle pour l'intimée Border Broadcasters' Collective.

David W. Kent pour l'intimée Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc.

Hank G. Intven pour l'intimée Société collective de retransmission du Canada.

Jacques R. Alleyn, c.r. et Peter E. Robinson pour l'intimée Association du droit de retransmission canadien.

Y.A. George Hynna pour les intimées Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée et Société de droits d'exécution du Canada Limitée.

Glenn A. Hainey et Michael S. Koch pour l'intimée Société de perception de droit d'auteur du Canada.

Daniel R. Bereskin, c.r. et Greg A. Piasetzki pour l'intimé FWS Joint Sports Claimants.

Richard Storrey pour l'intimée Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

J. Aidan O'Neill pour Communications par satellite canadien Inc. et C1 Cablesystems.

Mario Bouchard pour la Commission du droit d'auteur.

PROCUREURS:

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, pour la requérante Association canadienne de télévision par câble.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimée Border Broadcasters' Collective.

McMillan Binch, Toronto, pour l'intimée Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc.

McCarthy, Tétrault, Toronto, pour l'intimée Société collective de retransmission du Canada.

Canadian Broadcasting Corporation, Ottawa, for respondent Canadian Retransmission Right Association.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited and Performing Rights Organization of Canada Limited.

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, for respondent Copyright Collective of Canada.

Rogers, Bereskin & Parr, Toronto, for respondent FWS Joint Sports Claimants.

Goodman & Goodman, Toronto, for respondent Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

Johnston & Buchan, Ottawa, for Canadian Satellite Communications Inc. and C1 Cablesystems.

Legal Services, Copyright Board, Ottawa, for Copyright Board.

Société Radio-Canada, Ottawa, pour l'intimée Association du droit de retransmission canadien.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les intimées Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée et Société de droits d'exécution du Canada Limitée.

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, pour l'intimée Société de perception de droit d'auteur du Canada.

Rogers, Bereskin & Parr, Toronto, pour l'intimé FWS Joint Sports Claimants.

Goodman & Goodman, Toronto, pour l'intimée Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

Johnston & Buchan, Ottawa, pour Communications par satellite canadien inc. et C1 Cablesystems.

Contentieux, Commission du droit d'auteur, Ottawa, pour la Commission du droit d'auteur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application is brought by the applicant, a non-profit organization whose members include over 545 licensed operators of cable television systems across Canada, against a decision of October 2, 1990, by the Copyright Board ("the Board"). The tariffs implementing the Board's decision were published in the Supplement to the *Canada Gazette*, Part I, October 6, 1990, as the *Television Retransmission Tariff* and the *Radio Retransmission Tariff*.

The Board was established pursuant to section 66 of the *Copyright Act* ("the Act"), R.S.C., 1985, c. C-42 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12], a section which was proclaimed in force as of February 1, 1989. By subsection 66(3) the chairman of the Board is required to be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman, Justice Donald Medhurst of the Alberta Court of Queen's

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La Cour est saisie d'une demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] présentée par la requérante, qui est un organisme à but non lucratif qui représente plus de 545 exploitants de systèmes de télédistribution titulaires d'une licence au Canada, contre une décision rendue le 2 octobre 1990 par la Commission du droit d'auteur («la Commission»). Les tarifs qui mettent en œuvre la décision de la Commission ont été publiés dans le Supplément à la *Gazette du Canada*, Partie I, 6 octobre 1990, sous les titres *Tarif sur la retransmission de signaux de télévision* et *Tarif sur la retransmission de signaux de radio*.

La Commission a été mise sur pied sous le régime de l'article 66 de la *Loi sur le droit d'auteur* («la Loi»), L.R.C. (1985), chap. C-42 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 10, art. 12], disposition qui est entrée en vigueur par proclamation le 1^{er} février 1989. Aux termes du paragraphe 66(3), le président de la Commission doit être un juge en fonction ou à la retraite d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de

Bench, was a member of the Board panel in this case, as were Vice-Chairman Michel Héту (“Héту”), Dr. Judith Alexander (“Alexander”), and Michel Latraverse (“Latraverse”). Board Member Latraverse was the only dissenting member of the panel.

Following the Canada-United States Free Trade Agreement, the Act was amended by the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, section 65 to provide for the payment of copyright royalties for the retransmission of distant radio and television broadcast signals. In June of 1989, pursuant to section 70.61 [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65] of the Act, eleven copyright collectives, acting as collecting bodies, filed with the Board statements of proposed royalties for the retransmission of such signals. The applicant was one of the three parties to file objections to those statements with the Board. The Board hearing, which began on November 27, 1989, occupied 57 days. In its decision of October 2, 1990, the Board imposed annual royalties for the retransmission of distant television signals in Canada of approximately \$51 million in each of 1990 and 1991. The “proxy” (prototype or analogue) which the Board adopted as a useful starting point for its computation of royalties was the wholesale price charged by the American satellite specialty service Arts & Entertainment (“A & E”), with the proviso that the differences between A & E and distant broadcast signals had to be kept in mind (Decision, at pages 25-36):

B. THE LARGE SYSTEMS: 1 – THE VALUE OF DISTANT SIGNALS

Four comparisons were advanced during the hearing for valuing copyright works. Three of them are based on the economic value of services similar to those provided on distant signals or of benefits which have been lost through the use of distant signals; the last establishes a direct comparison with conditions in the United States. They are listed and reviewed as follows:

- (i) the value of comparable services
- (ii) the value of displaced programming
- (iii) the value of lost licence fees
- (iv) comparison with the U.S. regime

district. Les commissaires qui ont été saisis de l'affaire étaient le président, le juge Donald Medhurst de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, le vice-président, M. Michel Héту («M. Héту»), Mme Judith Alexander («Mme Alexander») et M. Michel Latraverse («M. Latraverse»). Ce dernier était le seul commissaire dissident.

Suite à la conclusion de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, la Loi a été modifiée par l'article 65 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, S.C. 1988, chap. 65, pour prévoir le paiement de droits d'auteur pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision. En juin 1989, onze sociétés de gestion des droits d'auteur agissant comme sociétés de perception ont déposé auprès de la Commission des projets de tarif pour la retransmission de ces signaux, conformément à l'article 70.61 [édicte par L.C. 1988, chap. 65, art. 65] de la Loi. La requérante est l'une des trois parties qui ont déposé auprès de la Commission des oppositions à ces projets. Les audiences de la Commission ont commencé le 27 novembre 1989 et se sont poursuivies pendant 57 jours. Dans sa décision du 2 octobre 1990, la Commission a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision au Canada d'environ 51 millions de dollars pour 1990 et 1991. L'élément de comparaison (représentatif ou analogue) que la Commission a jugé utile d'adopter comme point de départ pour le calcul des droits était le prix de gros demandé par le service spécialisé américain par satellite Arts & Entertainment («A & E»), à condition de tenir compte des différences qui existent entre A & E et les signaux éloignés (Décision, aux pages 25 à 36):

B. LES GRANDS SYSTÈMES: 1 – LA VALEUR DES SIGNAUX ÉLOIGNÉS

Les parties proposent quatre méthodes pour établir la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur. Trois méthodes sont fondées soit sur la valeur économique de services semblables offerts par les signaux éloignés, soit sur le manque à gagner imputable à l'utilisation des signaux éloignés; la dernière méthode établit une comparaison directe avec les conditions prévalant aux États-Unis. La présente section est consacrée à l'analyse de ces méthodes, à savoir:

- (i) la valeur des services comparables
- (ii) la valeur de la programmation potentielle écartée
- (iii) la valeur des droits de licence perdus
- (iv) la comparaison avec le régime américain

(i) The Value of Comparable Services

The Board is charged with setting a price for distant signals; the price of a similar good in another market could provide useful information. If that analogous market were a competitive market, the price could be taken as a proxy for the value of distant signals.

CCC [Copyright Collective of Canada] claimed that the rates charged by CANCOM [Canadian Satellite Communications Inc.], the resale carrier, were a measure of the benefit of distant signals to cable systems. The price for the first distant signal delivered by CANCOM is as high as \$1.70 . . .

MLB [Major League Baseball Collective of Canada, Inc.] proposed the U.S. sports service, ESPN, as a proxy for the sports programming on distant signals, and specifically, for baseball programming.

CRC [Canadian Retransmission Collective] collected data in 1989 on the monthly wholesale rates charged to Canadian cable systems for specialty services. Prices ranged from highs of \$1.05 and 88¢ for the Réseau des sports (RDS) and The Sports Network (TSN) to lows of 8¢ for MuchMusic and nothing for Vision TV. The unweighted average of these fees was 34¢. Both CCC and CRC claimed that among the services listed, YTV and Arts and Entertainment Network (A & E) are those whose content most resembles that of distant signals. It was argued that their wholesale rates of 31¢ and 25¢ respectively should be treated as a measure of the minimum value of distant signals. The rate for A & E is a market price, and that for YTV is regulated; hence, the price of A & E might be a better proxy for the value of distant signals.

A functioning market is only one requirement for a service to be a good proxy for a comparable service. A & E has a price that is determined in a functioning market, but it suffers from other deficiencies as a proxy.

(ii) The Value of Displaced Programming

CRC proposed the value of programming services displaced by programs on distant signals as a measure of the harm to the collecting bodies. CRC estimated that the presence of distant signals prevents the creation of at least one more national broadcast service.

(iii) The Value of Lost Licence Fees

CRC also suggested that the value of a program is reduced with each opportunity to watch it. As already discussed, no harm results to copyright owners where programs are simultaneously substituted, but other duplication may reduce licence fees and even prevent an additional sale. CRC used a figure of \$4,000 per broadcast hour as a conservative estimate of that harm.

(i) La valeur des services comparables

Puisque la Commission doit établir la valeur des signaux éloignés, il peut être utile de connaître le prix d'un bien comparable dans un autre marché. Si ce marché analogue est un marché concurrentiel, on peut conclure que le prix représente bien la valeur des signaux éloignés.

La SPDAC [Société de perception de droit d'auteur du Canada] a prétendu que les tarifs demandés par la CANCOM [Communications par satellite canadien Inc.] pour la revente de services de télécommunication aux systèmes de télédistribution affiliés permettent d'évaluer l'avantage que les systèmes de télédistribution tirent de l'accès aux signaux éloignés. Dans certains marchés, la CANCOM demande jusqu'à 1,70 \$ pour le premier signal . . .

Comme marché analogue pour la programmation sportive et, plus précisément, pour le baseball, la MLB [Major League Baseball Collective of Canada, Inc.] a proposé un service américain axé sur les sports, soit ESPN.

La SCR [Société collective de retransmission] a recueilli des données pour 1989 sur les tarifs mensuels de gros que doivent payer les systèmes canadiens de télédistribution pour les services spécialisés. Ces prix atteignent 1,05 \$ et 88 cents pour le Réseau des sports et The Sports Network alors qu'ils s'élèvent à peine à 8 cents pour MuchMusic; Vision TV est même offert gratuitement. La moyenne non pondérée de ces tarifs est de 34 cents. Selon la SPDAC et la SCR, de tous les services de programmation offerts, YTV et A & E sont ceux dont le contenu ressemble le plus à celui des signaux éloignés. On a prétendu que les prix de gros de 31 cents et 25 cents respectivement devraient être considérés comme représentatifs de la valeur minimale des signaux éloignés. Le tarif de A & E reflète le prix établi par le marché alors que celui de YTV est réglementé. Par conséquent, le tarif de A & E est peut-être plus représentatif de la valeur des signaux éloignés.

Le prix d'un service peut être représentatif de la valeur d'un service comparable s'il est effectivement offert dans un marché actif, mais cela ne suffit pas. Le prix de A & E est établi pour un marché actif; il présente cependant des faiblesses qui faussent la comparaison de ce service avec les signaux éloignés.

(ii) La valeur de la programmation potentielle écartée

La SCR a proposé la valeur des services de programmation possiblement écartés, comme moyen d'évaluer le préjudice subi par les sociétés de perception. La SCR conclut que l'importation des signaux éloignés empêche la création d'au moins un autre service national de télédiffusion.

(iii) La valeur des droits de licence perdus

La SCR prétend également qu'une émission se déprécie chaque fois que le public a l'occasion de la regarder à nouveau. Comme déjà dit, la diffusion simultanée ne fait subir aucun préjudice aux titulaires du droit d'auteur. Toute autre répétition d'une émission réduit les droits de licence pour sa diffusion et peut même nuire aux ventes projetées. La SCR a évalué ce préjudice à 4 000 \$ par heure de diffusion en soulignant que cette évaluation demeurerait très raisonnable.

(iv) Comparison with the U.S. Regime

The projected retransmission royalties in the United States for 1990 are in the order of U.S. \$200 million. CCTA [Canadian Cable Television Association, the applicant herein] proposed the "rule of ten": given that the U.S. population is approximately ten times that of Canada, the royalties in Canada should be ten per cent of those generated in the United States. This is about Can. \$24 million.

The royalties set by the Board apply only to retransmitters in Canada, although they are paid to copyright owners in other countries. Inter-country comparisons of any kind are fraught with difficulties: industry structure, relative prices, income levels and cultures are different. At least four quantifiable differences exist between the markets in the two countries.

(v) The Board's Conclusions

The Board concludes that the comparable services approach is sound and that the wholesale price charged for A & E is a useful starting point, so long as the differences between A & E and distant signals are recognized.

Programs on distant signals are simultaneously substituted while those on A & E are not; accordingly, the Board considers that the value of a distant signal should be discounted by 20 per cent.

The market in which a signal is distant calls for different cost recovery considerations than the subscription market of specialty services. It follows that the distant signal seller would be prepared to accept a lower price for the product in that market.

The level of penetration of distant signals is higher than that of A & E. To achieve the same level of penetration, A & E's price would have to be lower.

Distant signals are packaged in many combinations and this may have an impact on their value. Even if the price of A & E is an appropriate proxy for the price of a first distant signal, it may be too high for one of many signals in the same package.

Considering all the differences, the Board finds that an average price of 15¢ per distant signal is reasonable.

The statutory authority on which the Board proceeded in making its decisions is contained in section 70.63 [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65] of the Act, which reads as follows:

70.63 (1) On the conclusion of its consideration of the statements of royalties, the Board shall

(a) establish, having regard amongst others to the criteria established under subsection (4),

(iv) La comparaison avec le régime américain

Aux États-Unis, les droits d'auteur pour la retransmission projetés pour 1990 sont d'environ 200 millions de dollars américains. L'ACTC [Association canadienne de télévision par câble, soit la partie requérante en l'espèce] a proposé la règle de la «division par dix»; puisque la population des États-Unis est approximativement dix fois celle du Canada, les droits d'auteur au Canada devraient se chiffrer à 10 pour cent de ce qu'ils sont aux États-Unis, soit à environ 24 millions de dollars canadiens.

Les droits fixés par la Commission ne s'appliquent qu'aux retransmetteurs situés au Canada, bien qu'ils soient versés aux titulaires du droit d'auteur où qu'ils se trouvent. En essayant de faire des comparaisons entre différents pays, on se bute à d'innombrables obstacles. Il existe des différences sur le plan de la structure de l'industrie, des prix relatifs, des échelles de revenus et de la culture. Voici quatre différences entre les marchés des deux pays qu'il est possible de quantifier.

(v) Les conclusions de la Commission

La Commission conclut que l'utilisation des services comparables est une méthode fiable pour établir la valeur des signaux éloignés. De plus, la Commission considère que le prix de gros demandé par A & E est utile comme point de départ, à condition de tenir compte des différences qui existent entre ce service et les signaux éloignés.

Il y a substitution simultanée des émissions transmises par les signaux éloignés alors que ce n'est pas le cas de celles que diffuse A & E. Par conséquent, la Commission détermine qu'il y a lieu de réduire de 20 pour cent la valeur des signaux éloignés.

Vu sous l'angle du recouvrement des coûts, le marché des signaux éloignés fait appel à d'autres considérations que le marché des abonnements aux services spécialisés. Il s'ensuit que le vendeur d'un signal éloigné accepterait un prix moindre pour son produit dans ce marché.

Le niveau de pénétration du marché par les signaux éloignés est plus élevé que celui de A & E. Pour que ce service atteigne le même niveau, il faudrait en baisser le prix.

La variété de combinaisons des signaux éloignés en vue de leur mise en marché a peut-être un impact sur leur valeur. Même si on arrivait à la conclusion que le prix de A & E correspond à la valeur du premier signal éloigné, il est possible que ce prix excède la valeur des autres signaux qui font partie du même groupe de signaux fournis en bloc aux abonnés.

Compte tenu de toutes ces différences, la Commission conclut qu'il est raisonnable de fixer le prix moyen d'un signal éloigné à 15 cents.

La disposition législative qui habilitait la Commission à rendre sa décision est l'article 70.63 [édicte par L.C. 1988, chap. 65, art. 65] de la Loi, qui est ainsi libellé:

70.63 (1) Lorsqu'elle a terminé l'examen de tous les projets de tarif, la Commission:

a) établit, compte tenu notamment des critères réglementaires, la formule tarifaire qui permet de déterminer les droits à payer par chaque catégorie de retransmetteurs et fixe, à son appréciation, les modalités afférentes aux droits;

- (i) a manner of determining the amount of the royalties to be paid by each class of retransmitter, and
- (ii) such terms and conditions related to those royalties as the Board considers appropriate;
- (b) determine what portion of the royalties referred to in paragraph (a) is to be paid to each collecting body;
- (c) vary the statements accordingly; and
- (d) certify the statements as the approved statements, whereupon those statements become for the purposes of this Act the approved statements.
- (2) For greater certainty, neither the Board, in establishing a manner of determining royalties under paragraph (1)(a) or in apportioning them under paragraph (1)(b), nor the Governor in Council, in varying any such manner under section 70.67, may discriminate between copyright owners on the ground of their nationality or residence.
- (3) The Board shall cause the approved statements to be published in the *Canada Gazette* as soon as practicable and send a copy of each approved statement, together with reasons for the Board's decision, to each collecting body and to any person who filed an objection under section 70.62.
- (4) The Governor in Council may make regulations establishing criteria to which the Board must have regard in establishing under paragraph (1)(a) a manner of determining royalties that are fair and equitable.¹

The applicant, which, as the Board's reasons for decision indicate, had proposed the fourth comparison for valuing copyright works, viz., comparison with the U.S. regime, sought to set aside the Board's decision for failure to observe principles of natural justice. In the alternative, the applicant sought an order varying the statement of royalties to be paid for the retransmission of distant television and radio signals in Canada during 1990 and 1991 by eliminating section 19 of the *Television Retransmission Tariff*, section 14 of the *Radio Retransmission Tariff*, and any related liability, thereby deleting the royalties referable to interest accrued prior to publication of the tariff.

It was common ground that the Board is required to act in a quasi-judicial manner and is therefore subject to the full requirements of natural justice.

¹ No such regulations have been made by the Governor in Council.

- b) détermine la quote-part de chaque société de perception dans ces droits;
- c) modifie en conséquence chacun des projets de tarif;
- d) certifie ceux-ci qui sont dès lors les tarifs homologués applicables à chaque société en cause.
- (2) Il demeure entendu que ni la formule tarifaire, même modifiée au titre du paragraphe 70.67(1), ni la quote-part ne peuvent établir une discrimination entre les titulaires de droit d'auteur fondée sur leur nationalité ou leur résidence.
- (3) La Commission fait publier dès que possible les tarifs homologués dans la *Gazette du Canada* et en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de perception en cause ainsi qu'aux opposants.
- (4) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, fixer des critères, dont la Commission doit tenir compte, pour l'application de l'alinéa (1)a) en vue de la fixation de droits justes et équitables¹.

La requérante, qui, comme les motifs de la décision de la Commission l'indiquent, avait proposé la quatrième méthode pour établir la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur, c'est-à-dire la comparaison avec le régime américain, a demandé que la décision de la Commission soit annulée en raison de l'inobservation des règles de justice naturelle. Subsidiairement, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance modifiant le tarif des droits à payer pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision au Canada en 1990 et 1991 en supprimant l'article 19 du *Tarif sur la retransmission de signaux de télévision*, l'article 14 du *Tarif sur la retransmission de signaux de radio*, et toute obligation connexe, annulant de ce fait le paiement des droits correspondant à l'intérêt couru avant la publication du tarif.

Il est reconnu que la Commission doit agir de manière quasi judiciaire et est donc tenue de respecter toutes les exigences de la justice naturelle.

¹ Le gouverneur en conseil n'a pris aucun règlement de cet ordre.

It was also common ground that, subsequent to the close of the Board hearings, Board member Latraverse had attempted to obtain information concerning Canadian and U.S. specialty services from staff members of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"), and had made use of some of the material so obtained. On August 15, 1990, Latraverse met, at his request, with CRTC staff members Wayne Charman ("Charman"), Janet Yale ("Yale"), and Randolph Hutson ("Hutson") to obtain information and documents about specialty services. Each of the four parties to that meeting swore an affidavit, those by the three CRTC staff members being submitted by the applicant; all of the affidavits were in agreement on all essential points. In addition, Ms. Yale was cross-examined on her affidavit.

At the meeting of August 15, 1990, Charman handed Latraverse a copy of the CRTC publication of November 30, 1987, *More Canadian Programming Choices* ("*Programming Choices*"). There were also three telephone conversations after the meeting between Charman and Latraverse by way of follow-up to matters raised at the meeting, and Latraverse subsequently received a chart indicating the rates paid in the United States for specialty services.

All of the evidence was to the effect that only three issues were canvassed in these CRTC conversations: (1) specialty services in Canada; (2) specialty services in the United States; and (3) the use of specialty services as a proxy. Latraverse advised Board members Héту and Alexander of the fact that he had obtained these documents. He did not so advise Chairman Medhurst, who might have been expected to take a dim view of this way of proceeding.

In addition to these conversations and documents, Latraverse also independently gathered more complete statistics on the cable industry than were available from the exhibits. He also referred in his dissenting reasons to the fact that he had "been able to determine that a very substantial percentage of [A & E's] programming is repeated several times during the same month" and that

Il est également reconnu que postérieurement à la clôture des audiences de la Commission, le commissaire Latraverse a cherché à se renseigner sur les services spécialisés canadiens et américains auprès d'employés du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC»), et a utilisé une partie des renseignements qu'il a obtenus. Le 15 août 1990, M. Latraverse a rencontré, à sa demande, des employés du CRTC, à savoir Wayne Charman («M. Charman»), Janet Yale («Mme Yale») et Randolph Hutson («M. Hutson»), afin d'obtenir des renseignements et des documents sur les services spécialisés. Les quatre personnes qui ont assisté à cette réunion ont toutes fait une déclaration sous serment; celles des trois employés du CRTC ont été présentées par la requérante. Tous les affidavits concordaient sur tous les points importants. Par ailleurs, Mme Yale a fait l'objet d'un contre-interrogatoire au sujet du contenu de son affidavit.

Lors de la réunion du 15 août 1990, M. Charman a remis à M. Latraverse un exemplaire d'une publication du CRTC en date du 30 novembre 1987 intitulée *Un plus grand choix d'émissions canadiennes* («Choix d'émissions»). Postérieurement à cette réunion, MM. Charman et Latraverse se sont téléphonés à trois reprises pour clarifier des questions soulevées au cours de la réunion, et M. Latraverse a par la suite reçu un tableau indiquant les tarifs payés aux États-Unis pour les services spécialisés.

Il ressort de toute cette preuve que ces conversations avec le CRTC ont porté sur trois questions seulement, à savoir (1) les services spécialisés au Canada, (2) les services spécialisés aux États-Unis, et (3) l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison. M. Latraverse a averti les commissaires Héту et Alexander qu'il avait obtenu ces documents. Il n'a cependant pas prévenu le président Medhurst, qui aurait pu voir d'un mauvais œil cette façon de procéder.

En plus d'avoir eu ces conversations et d'avoir obtenu ces documents, M. Latraverse a recueilli de son côté des statistiques sur l'industrie de la télé-distribution plus complètes que celles qui figuraient dans les pièces. Dans ses motifs dissidents, il a mentionné qu'il avait «pu constater qu'un pourcentage très substantiel, mais non établi par la preuve, de la programmation de A & E [faisait]

“this information was not established in evidence” (Decision, at page 112). Since this is a fact obvious to any casual reader of the A & E monthly programming guide, and certainly to every subscriber to the service, I cannot attach any legal significance to Latraverse’s use of it. Latraverse also stated that “Another percentage of its programming, also not established in evidence, is ‘blacked-out’ because the Canadian broadcast rights could not be cleared by A & E” (*ibid*). I also cannot attach legal significance to the fact it was not established in evidence how much of its programming was blacked-out, since the absence of evidence establishes no more one way than the other.

Finally, while CCTA’s [Canadian Cable Television Association’s] panel of cable television operators was testifying, Mr. Latraverse placed a telephone call to his broker to ask the broker about certain evidence that had been given by panel members. He then used the financial information that he apparently obtained from his broker to question two of the panelists. During the questioning, Mr. Latraverse directed the following comments to Mr. Linton of Rogers Cable TV:

a) “You kept mentioning that bank loans total \$37 million on the Consolidated Balance Sheet which is peanuts [for Rogers Communications]”.

b) “What I want to emphasize is: Looking at your numbers and at how sharp and remarkable an operator and how well you take care of your own affairs, it is very difficult for me to start crying for Rogers Communications because of its bank debt load”.

c) “You just mentioned that you lost \$25 million on the Home Shopping Channel. This is no big deal to [Rogers Communications]”.

d) “Maybe you [either Rogers Communications or Mr. Linton] are a super businessman, but there is something mysterious in your approach”. [Transcript, v. 45, February 22, 1990, at pages 7815-7838.]

In my view, the use of privately obtained information to make such obvious comments is too

l’objet de plusieurs passages à l’intérieur d’un même mois» (Décision, à la page 112). Comme c’est une constatation à la portée de quiconque feuillette le guide de programmation mensuel de A & E et, assurément, de tout abonné de ce service, je ne puis accorder aucune importance, sur le plan juridique, à son utilisation par M. Latraverse. Ce dernier a par ailleurs mentionné «qu’un autre pourcentage de sa programmation, également non établi par la preuve, ne passe pas au Canada parce que les droits canadiens de diffusion n’auraient pu être obtenus par A & E» (*ibid.*). Là encore, je ne puis accorder aucune importance, sur le plan juridique, au fait que la preuve ne révélait pas quel pourcentage de la programmation ne passait pas au Canada, étant donné qu’une preuve inexistante n’ajoute rien d’un côté comme de l’autre.

d) Enfin, pendant que le groupe d’exploitants de systèmes de télédistribution représentés par l’ACTC [Association canadienne de télévision par câble] témoignait, M. Latraverse a téléphoné à son courtier afin de l’interroger sur certains éléments de preuve fournis par des membres du groupe. Il s’est ensuite servi des renseignements financiers qu’il avait, semble-t-il, obtenus de son courtier pour interroger deux membres du groupe. Durant l’interrogatoire, M. Latraverse a adressé les commentaires suivants à M. Linton de Rogers Cable TV:

[TRADUCTION] a) «Vous n’avez pas cessé de dire que les emprunts bancaires totalisaient 37 millions de dollars dans le bilan consolidé, ce qui est trois fois rien [pour Rogers Communications]».

b) «Voici ce que je tiens à souligner: étant donné vos chiffres, et comme vous êtes un exploitant exceptionnel et avisé et que vous gérez fort bien vos affaires, il m’est très difficile de prendre en pitié Rogers Communications à cause de l’importance de sa dette bancaire».

c) «Vous venez tout juste de mentionner que vous avez perdu 25 millions de dollars dans la chaîne de télé-achat. C’est peu d’argent pour [Rogers Communications]».

d) «Vous [Rogers Communications ou M. Linton] êtes peut-être un homme d’affaires exceptionnel, mais il y a quelque chose de mystérieux dans votre approche». [Transcription, v. 45, 22 février 1990, aux p. 7815 à 7838.]

À mon sens, le fait que des renseignements obtenus à titre privé aient servi à formuler des remarques aussi évidentes est trop insignifiant

trivial for serious consideration,² and I do not propose to deal with it further. However, the natural justice issues must be faced with respect to the other incidents.

The common law embraces two principles in its concept of natural justice, both usually expressed in Latin phraseology: *audi alteram partem* (hear the other side), which means that parties must be made aware of the case being made against them and given an opportunity to answer it; and *nemo iudex in sua causa debet esse* (no one may be a judge in his/her own cause), a rule as to the impartiality required of deciders of issues which forbids both actual bias and a reasonable apprehension of bias. The applicant in this case invoked both principles, which I shall accordingly consider in turn.

II

It was alleged by the applicant that Latraverse and the Board violated the principle of *audi alteram partem* by receiving evidence outside the hearing process, evidence of which it learned only accidentally after the Board's decision through a conversation between one of its officers and Charman, and to which it had therefore no opportunity to respond. In my opinion, despite his excellent motive of attempting better to equip himself to decide the case, Latraverse's seeking information outside the hearing process was a serious mistake of judgment which could certainly have had the effect of invalidating the Board's decision for lack of fairness. If it did not in this instance entail that consequence, it could only be as a result of adventitious circumstances, as urged by the respondents.

The respondents argued: (1) that the information Latraverse obtained was either already in the record, known to the parties or in the public domain; (2) that it was in fact in the applicant's favour, not to its detriment; (3) that Latraverse's

² It was also apparently disclosed at the hearing and no objection was taken at the time.

pour mériter un examen attentif², et je n'ai pas l'intention de m'y attarder plus longuement. En revanche, il convient d'examiner les questions relatives à la justice naturelle au regard des autres incidents.

Le concept de justice naturelle de la common law comprend deux règles qui sont habituellement exprimées sous forme de maximes latines: il y a la règle *audi alteram partem* (entends l'autre partie), selon laquelle on doit mettre les parties au courant des arguments qui sont invoqués contre elles et leur donner l'occasion d'y répliquer, et la règle *nemo iudex in sua causa debet esse* (nul ne peut être juge dans sa propre cause), qui concerne l'impartialité exigée des personnes appelées à rendre des décisions, et qui interdit non seulement la partialité réelle, mais aussi la crainte raisonnable de partialité. La requérante en l'espèce a invoqué ces deux règles, que j'examinerai successivement.

II

La requérante a soutenu que M. Latraverse et la Commission ont contrevenu à la règle *audi alteram partem* en recevant, en dehors du cadre des audiences, des éléments de preuve dont la requérante n'a pris connaissance que fortuitement, après que la Commission eut rendu sa décision, au cours d'une conversation que l'un de ses dirigeants a eue avec M. Charman, et qu'elle n'a donc pas eu l'occasion de répliquer à cette preuve. À mon sens, même si M. Latraverse était bien intentionné en voulant mieux se préparer en prévision de la décision à rendre, il a commis une grave erreur de jugement en cherchant à obtenir ces renseignements en dehors du cadre des audiences, et cette erreur aurait certainement pu entraîner la nullité de la décision prise par la Commission à cause d'un manquement à l'équité. S'il n'en fut rien en l'espèce, ce ne pouvait être qu'en raison de circonstances fortuites, comme l'ont fait valoir les intimés.

Selon les intimés, (1) les renseignements obtenus par M. Latraverse étaient déjà au dossier, connus des parties ou dans le domaine public; (2) ils jouaient en réalité à l'avantage de la requérante, pas à son détriment; (3) les commissaires majori-

² Ces renseignements ont aussi, semble-t-il, été divulgués aux audiences et aucune objection n'a été soulevée à ce moment.

efforts did not influence and were not known to the majority; and (4) that the principle does not apply to information which affects only a dissenting member of a tribunal. The first three allegations are primarily factual, the latter a matter of law.

As I have indicated, the evidence from the various sources was congruent as to the matters discussed. First, with respect to specialty services in Canada, Latraverse brought with him to the meeting a copy of a chart (introduced into evidence at the Board hearing by Peter Grant ("Grant"), an expert witness), as to the prices paid in Canada for specialty services. The data contained in the chart were drawn from CRTC policies and decisions, and Latraverse had questions as to the background and rationale, the carriage rules and the prices (Charman affidavit, paragraph 4(b), Yale affidavit, paragraph 6(a), Latraverse affidavit, paragraphs 8 and 11). Much of this information was provided by the handing-over of a copy of *Programming Choices*, a seminal CRTC policy statement available to, and universally known by, participants in the cable industry such as the five-hundred-odd members of the applicant. Although it was not formally introduced into evidence before the Board, the document was used as a basis of questioning during the hearings and was referred to directly by Grant (Transcript, at pages 2626 and 2637).

With respect to specialty services in the United States, the evidence showed that Latraverse was especially interested in how the prices for these services were established (Charman affidavit, paragraphs 4(c) and 6, Hutson affidavit, paragraphs 2, 3(a), and 3(b), Yale affidavit, paragraph 6(b), Latraverse affidavit, paragraphs 8, 12, 17, 18 and 19). The account which was given by Latraverse in his affidavit was fully supported by the others:

12. During the meeting, Mr. Charman, commenting on the second object of my approach, i.e. whether there were any CRTC decisions or policies relating to the price paid by Canadian cable operators for U.S. specialty signals, stated that

taires n'étaient pas au courant des démarches de M. Latraverse et n'ont pas été influencés par celles-ci; et (4) cette règle ne s'applique pas à des renseignements qui ne concernent qu'un membre dissident d'un tribunal. Les trois premières prétentions sont des questions de fait, tandis que la quatrième est une question de droit.

Comme je l'ai indiqué, la preuve issue des diverses sources concordait quant aux questions débattues. Premièrement, en ce qui a trait aux services spécialisés au Canada, M. Latraverse avait apporté avec lui à la réunion une copie d'un tableau (mis en preuve durant les audiences de la Commission par le témoin expert Peter Grant («M. Grant»)) qui portait sur les prix payés au Canada pour les services spécialisés. Les données qui figuraient dans ce tableau étaient extraites de politiques et de décisions du CRTC, et M. Latraverse avait des questions au sujet du contexte et de la raison d'être, des règles de distribution et des prix (alinéa 4b) de l'affidavit de M. Charman, alinéa 6a) de l'affidavit de Mme Yale et alinéas 8 et 11 de l'affidavit de M. Latraverse). La plupart des réponses se trouvaient dans un énoncé de politique exhaustif du CRTC intitulé *Choix d'émissions*, qui a été remis à M. Latraverse, et que des participants de l'industrie de la télédistribution comme les quelque cinq cents membres représentés par la requérante pouvaient se procurer car ils en connaissaient tous l'existence. Même si ce document n'a pas été officiellement mis en preuve au cours des audiences de la Commission, il a servi de base aux questions qui ont été posées durant les audiences et M. Grant y a fait directement allusion (Transcription, aux pages 2626 et 2637).

En ce qui concerne les services spécialisés aux États-Unis, il est ressorti de la preuve que M. Latraverse était particulièrement intéressé à savoir comment étaient fixés les prix pour ces services (alinéas 4c) et 6 de l'affidavit de M. Charman, alinéas 2, 3a) et 3b) de l'affidavit de M. Hutson, alinéa 6b) de l'affidavit de Mme Yale, alinéas 8, 12, 17, 18 et 19 de l'affidavit de M. Latraverse). L'explication donnée par M. Latraverse dans son affidavit a été entièrement corroborée par les autres:

[TRADUCTION] 12. Au cours de la réunion, M. Charman a déclaré, à propos du deuxième but de ma démarche, qui était de savoir s'il existait des décisions ou des politiques du CRTC sur le prix payé par les câblodistributeurs canadiens pour les

the CRTC is not involved in the determination of those rates. He offered to verify for me whether any other available documentation existed in this regard.

19. The last conversation took place on 21 or 22 August, 1990. Mr. Charman confirmed that he had not found any published documentation on the price paid by Canadian cable operators for U.S. specialty signals, the information being provided by cable companies on a "lump sum" basis rather than for individual services. He also stated that such information was provided to Statistics Canada on a confidential basis. Mr. Charman offered to fax me a chart, excerpted from the 30 April, 1990 issue of *Cable TV Programming*, an American newsletter which is available to the public at the CRTC library. The chart indicates the rates paid in the United States for specialty services. I received this chart on the morning of 23 August, 1990; it is attached as Exhibit "C" to this affidavit.

The upshot was that the only new information obtained by Latraverse on this subject was the chart referred to as Exhibit C. The chart was largely irrelevant to the issues before the Board. The little that was relevant was duplicative of information already presented in the Board hearings, particularly the 11-cent a customer a month basic cable network fee for 1989 for A & E in the United States, a figure which was cited by the applicant itself to the Board, and was also referred to by a witness (Kain examination, March 19, 1990, at pages 9256-9257).

With respect to the use of specialty services as a proxy, Charman refused to express an opinion (affidavit, paragraph 4(d)), whereas both Hutson (affidavit, paragraphs 4(c) and 4(d)) and Yale (affidavit, paragraph 6(c)) expressed negative opinions. Ms. Yale told him that "the prices for specialty services would not be a good proxy in that regard since they were established for a different purpose than copyright considerations." Hutson's expressed view was that making use of the prices charged for U.S. specialty services in either the United States or Canada "would be like comparing apples and oranges."

Latraverse possibly was influenced by these opinions, for he wrote in his dissent (Decision, at page 132):

signaux spécialisés américains, que le CRTC ne s'occupait pas de la fixation de ces tarifs. Il m'a offert de vérifier pour moi s'il existait d'autres documents à ce sujet.

19. Notre dernier entretien remonte au 21 ou au 22 août 1990. M. Charman m'a alors confirmé qu'il n'avait trouvé aucune publication sur le prix payé par les câblodistributeurs canadiens pour les signaux spécialisés américains, ces renseignements étant fournis par les entreprises de câblodistribution sous forme de montant global plutôt que pour chaque service pris individuellement. Il a également déclaré que ces renseignements avaient été fournis à Statistique Canada à titre confidentiel. M. Charman m'a offert de m'envoyer par télécopieur un tableau tiré du numéro du 30 avril 1990 d'un bulletin américain intitulé *Cable TV Programming*, que le public peut consulter à la bibliothèque du CRTC. Ce tableau précise les tarifs payés aux États-Unis pour les services spécialisés. J'ai reçu ce tableau dans la matinée du 23 août 1990; il constitue la pièce «C» jointe à mon affidavit.

Il ressort de ce qui précède que les seuls renseignements nouveaux que M. Latraverse a pu obtenir à ce sujet étaient le tableau produit sous la cote C. Il était dans une large mesure dénué de pertinence en ce qui a trait aux questions examinées par la Commission. Les quelques renseignements pertinents qu'il contenait avaient déjà été fournis à la Commission durant les audiences, en particulier le droit de base mensuel du réseau de câble de onze pour cent par abonné demandé en 1989 par A & E aux États-Unis; c'est un chiffre que la requérante elle-même a fourni à la Commission et qu'un témoin a également mentionné (interrogatoire de Kain, 19 mars 1990, aux pages 9256 et 9257).

M. Charman a refusé de se prononcer sur l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison (alinéa 4d) de son affidavit), tandis que M. Hutson (alinéas 4c) et 4d) de son affidavit) et Mme Yale (alinéa 6c) de son affidavit) ont exprimé des opinions défavorables. Mme Yale a dit à M. Latraverse que [TRADUCTION] «les prix demandés pour les services spécialisés ne seraient pas très représentatifs à ce chapitre parce qu'ils avaient été fixés dans un but autre que celui d'établir la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur». Selon M. Hutson, l'utilisation des prix demandés pour les services spécialisés américains tant aux États-Unis qu'au Canada [TRADUCTION] «équivaldrait à comparer des pommes et des oranges».

M. Latraverse a probablement été influencé par ces opinions, car il a écrit dans sa dissidence (Décision, à la page 132):

My colleagues rely solely on the rate of an optional American service, A & E, as the unit of measure. It is a marginal service whose content is not typical; therefore it is not an appropriate benchmark for establishing the value of distant signals generally retransmitted in Canada.

Nevertheless, his rejection of the majority's approach did not lead him to the standard proposed by the applicant, but rather to an approach based on the equivalent costs of Canadian programming which caused him to propose a global annual royalty for each of 1990 and 1991 which was some \$36 million higher than that adopted by the majority.

Latraverse also plainly acknowledged the use of the additional statistics he obtained from Statistics Canada. In his dissenting reasons for decision he stated (Decision, at page 102):

One of the collectives, PROCAN-CAPAC, provided to us during the course of the hearing CRTC documentation on the costs of programming of the private television, pay television and cable industries. [PROCAN-CAPAC-TV-8]. To obtain more complete statistics on the cable industry, I obtained from Statistics Canada the required information for the years missing from the documentation provided. It should be noted that I ignored the figures for CBC/SRC in the figures for television: otherwise, costs as a percentage of revenues would have been considerably higher but would have skewed the statistics.

The applicant argued that Latraverse may well have obtained more extra-hearing information than he—or the others—explicitly acknowledged, but with respect to the meeting of August 15, 1990, that not only runs counter to the tenor of all of the affidavits, but also to the direct evidence of Ms. Yale on her cross-examination (Cross-Examination, April 29, 1991, at pages 7-8):

Q. Okay. Now in addition let me ask you, having gone through the three areas that you discussed [i.e., speciality services in Canada, speciality services in U.S., the use of speciality services as proxies], you say in paragraph five that you cannot remember, there are things you can't remember regarding the details of the discussion, and what I would like to ask you is, is it possible there was anything significant, any significant or substantial topic that was discussed in addition to the three you have enumerated there?

A. To the best of my knowledge those were the three identified things, were the things that we spent most of our time discussing.

Mes collègues ne retiennent comme unité de mesure que le taux du service facultatif A & E, un service marginal, non représentatif par son contenu, et donc de la valeur des signaux éloignés généralement retransmis au Canada.

^a Quoi qu'il en soit, si M. Latraverse a rejeté la solution retenue par la majorité, il n'a pas pour autant retenu l'élément de comparaison proposé par la requérante. Il a plutôt opté pour une solution fondée sur les coûts équivalents d'émissions canadiennes, qui l'a amené à proposer des droits annuels globaux pour 1990 et 1991 dépassant de quelque 36 millions de dollars les droits fixés par la majorité.

^c Par ailleurs, M. Latraverse a clairement reconnu qu'il avait utilisé les statistiques supplémentaires fournies par Statistique Canada. Dans ses motifs de dissidence, il a déclaré (Décision, à la page 102):

^d L'une des sociétés, SDE-CAPAC, nous a fourni au cours de l'audience la documentation du CRTC sur les coûts de programmation de la télévision privée, de la télévision payante et de l'industrie de la câblodistribution. [SDE-CAPAC-TV-8]. Pour compléter les statistiques sur l'industrie du câble, j'ai obtenu de Statistique Canada les informations requises pour les quelques années manquantes dans la documentation fournie. Il est à noter que je n'ai pas tenu compte des données concernant la CBC/SRC: eussent-ils été que le pourcentage de coût serait considérablement plus élevé mais aurait biaisé les statistiques.

^f La requérante a soutenu que M. Latraverse pourrait bien avoir obtenu, en dehors du cadre des audiences, d'autres renseignements que ceux que lui-même ou les autres ont formellement mentionnés. Toutefois, pour ce qui est de la réunion du 15 août 1990, cette prétention va à l'encontre non seulement du contenu de tous les affidavits, mais aussi du témoignage fourni par Mme Yale lors de son contre-interrogatoire (Contre-interrogatoire, 29 avril 1991, aux pages 7 et 8):

^h [TRADUCTION] Q. D'accord. Permettez-moi maintenant de vous poser une autre question. Après avoir fait le tour des trois questions dont vous avez discuté [à savoir les services spécialisés au Canada, les services spécialisés aux États-Unis et l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison], vous dites à l'alinéa cinq que vous n'arrivez pas à vous souvenir de tout, qu'il y a des choses dont vous ne pouvez pas vous rappeler à propos du contenu de la discussion. Je voudrais savoir s'il est possible que la discussion ait porté sur quelque chose d'autre, quelque chose d'important en plus des trois questions que vous avez énumérées.

^j R. Autant que je sache, ces trois questions sont celles dont nous avons discuté la majeure partie du temps.

Q. And—

A. And just to be complete, if there was anything else significant, I think I would have remembered it.

To suppose that there was more would be an entirely gratuitous assumption.

The applicant also attempted to establish that Latraverse (and hence his extra-hearing knowledge) influenced the deliberations of his colleagues, and in fact went so far at one point in oral argument as to argue actual bias. The first ground of this contention was his reference in paragraph 3 of his affidavit to participation in the decision:

3. *J'ai participé à la décision de la Commission qui fait l'objet de la présente affaire.*

The English translation provided with the affidavit reads, quite correctly, as follows:

3. I participated in the decision which is the object of these proceedings.

This assertion immediately follows (English translation) these first two statements:

1. I am a member of the Copyright Board ("the Board").

2. I have knowledge of the matters hereinafter deposed to.

In the context, therefore, I believe "participated" must be taken as meaning only an acknowledgement of having "sat on" the matter, not as having, in some unstated way, worked with the majority to produce a partially collective result. In my opinion the sense of the original French text would be to the same effect.

It is true, as urged by the applicant, that Latraverse indicated a small measure of agreement with his colleagues. As he put it (Decision, at page 98):

DISSENT OF MEMBER LATRAVERSE

Preamble

I do not agree with the guiding principles adopted by my colleagues for establishing the global amount of royalties, nor do I agree with their analysis of or conclusions on the evidence, as expressed in part 3B of the majority decision, "The Royalties to be Paid for Television Retransmission; The Large Systems I; The Value of Distant Signals". In addition, I am of the opinion that the compilation claim should be recognized, in principle, with a nominal allocation.

Q. Et—

R. Et je tiens à préciser que s'il y avait eu d'autres aspects dignes de mention, je crois que je m'en serais souvenue.

Ce serait une hypothèse tout à fait gratuite de supposer qu'il y avait autre chose.

La requérante a également tenté de prouver que M. Latraverse (et, partant, les renseignements obtenus en dehors du cadre des audiences) avait influencé les délibérations de ses collègues; elle a même été jusqu'à plaider, à un moment donné dans son argumentation orale, la partialité de fait. Le premier élément de cette prétention repose sur l'affirmation qu'a faite M. Latraverse au paragraphe 3 de son affidavit au sujet de sa participation à la décision:

3. J'ai participé à la décision de la Commission qui fait l'objet de la présente affaire.

La traduction anglaise jointe à l'affidavit est correctement rédigée en ces termes:

3. *I participated in the decision which is the object of these proceedings.*

Cette affirmation suit immédiatement ces deux déclarations:

1. Je suis un commissaire de la Commission du droit d'auteur («la Commission»).

2. Je suis au courant des questions ci-après déclarées sous serment.

Par conséquent, dans ce contexte, je pense que le terme anglais «*participated*» veut simplement dire que M. Latraverse a entendu l'affaire, mais n'a pas, d'une manière inavouée, collaboré avec la majorité à l'élaboration d'une décision partiellement collective. À mon avis, le texte français original aurait la même signification.

Il est vrai, comme l'a fait valoir la requérante, que M. Latraverse s'est rallié, dans une faible mesure, à l'opinion de ses collègues. Il a en effet déclaré (Décision, à la page 98):

DISSIDENCE DU COMMISSAIRE LATRAVERSE

Préambule

Je ne partage pas l'avis de mes collègues à propos des principes directeurs choisis pour établir le montant global des royalties, ni sur leur analyse et leurs conclusions sur la preuve, telles qu'exprimées dans la partie 3B de la décision majoritaire, «Les droits à payer pour la retransmission des signaux de télévision; Les grands systèmes I; La valeur des signaux éloignés». Également je suis d'opinion que la réclamation pour la compilation devrait être agréée, en principe, pour une allocation minimale.

The tariff formula and other parts of the decision were prepared jointly by all members of the Board and I am completely satisfied with them, except as to the amounts themselves, and certain remarks that I make regarding compilation. [Emphasis added.]

Latraverse's agreement on the tariff formula, etc., amounted really to an agreement on the arithmetical correctness of the majority's conclusion in the light of its hypotheses, with which he disagreed. On my reading there is no suggestion of any combining of effort in the production of the majority decision, certainly not on the aspect which is in issue before this Court. Finally, the applicant asserted (memorandum of fact and law, paragraph 31):

31. In his affidavit, Mr. Latraverse does not deny that he was influenced by or relied on the information and documents that he obtained from the CRTC. Neither does Mr. Latraverse deny that the other members of the Copyright Board were influenced by or relied on that information and those documents.

Latraverse himself probably was influenced by and relied on the information he had received outside the hearing process, but, while it was hardly his place to give evidence as to the majority's state of mind, his failure to advert to a matter on which he was not questioned (but might have been, on his affidavit) cannot be taken as the foundation for a conclusion even as to his view of the majority's knowledge, let alone as to theirs. In my opinion there is simply no basis for speculating that the members of the Board majority had any knowledge whatsoever of the content of his information (and in the case of the Chairman, no knowledge that he had even made such extra-hearing enquiries). If there was anything of which they were aware, it could only have been the two documents, *Programming Choices* and the chart.

What we have, then, amounts to this, viz., that the dissenting member of the Board received a report of which both he and the applicant might already have been made aware in the hearings, a chart the relevant part of which was referred to in the hearings, statistical information which appears to be of no particular significance, and two opinions which influenced him in rejecting the majority's approach and in that sense in the applicant's

La formulation du tarif et des autres parties de la décision fut préparée conjointement par tous les membres de la Commission et j'en suis parfaitement satisfait, sauf quant aux montants eux-mêmes, et des remarques que je fais sous le titre de la compilation. [C'est moi qui souligne.]

“ En se disant d'accord avec la formule tarifaire, etc., M. Latraverse se bornait en réalité à confirmer l'exactitude arithmétique de la conclusion de la majorité eu égard à ses hypothèses, auxquelles il ne souscrivait pas. Selon moi, rien ne permet de penser qu'il y a eu une mise en commun des efforts en vue de la rédaction de la décision de la majorité, du moins pas en ce qui a trait à l'aspect dont est saisie la présente Cour en l'espèce. Enfin, la requérante a affirmé (exposé des faits et du droit, alinéa 31):

[TRADUCTION] 31. Dans son affidavit, M. Latraverse ne nie pas qu'il a été influencé par les renseignements et les documents qu'il a obtenus du CRTC, ou qu'il s'y est fié. D'autre part, M. Latraverse ne nie pas que les autres commissaires de la Commission du droit d'auteur ont été influencés par ces renseignements et ces documents, ou qu'ils s'y sont fiés.

Il est probable que M. Latraverse a été influencé par les renseignements qu'il a reçus en dehors du cadre des audiences et qu'il s'y est fié, mais comme ce n'était guère son rôle de se prononcer sur l'état d'esprit de la majorité, on ne saurait se fonder sur le fait qu'il s'est abstenu de faire allusion à une question au sujet de laquelle on ne l'a pas interrogé (bien qu'il eût pu l'être, au moyen de son affidavit) pour tirer une conclusion même sur ce qu'il pensait que les commissaires majoritaires savaient, encore moins sur ce que ces derniers savaient. À mon sens, il n'y a absolument rien qui permette de supposer que les commissaires majoritaires connaissent la teneur des renseignements que M. Latraverse avait obtenus (quant au président, il ignorait tout de l'obtention, par M. Latraverse, de ces renseignements en dehors du cadre des audiences). S'ils savaient quelque chose, il ne pouvait s'agir que de ce que contenaient les documents précités, à savoir *Choix d'émissions* et le tableau.

La situation est donc la suivante: le commissaire dissident a reçu un rapport dont la requérante et lui-même avaient peut-être appris l'existence durant les audiences, un tableau dont le passage pertinent avait été cité au cours des audiences, des statistiques qui semblent n'avoir aucune valeur particulière et deux opinions qui ont incité M. Latraverse à rejeter la solution de la majorité et, en ce sens, à prendre parti pour la requérante,

favour, although he, ultimately, came to an even more negative opinion from the applicant's point of view. All of the information (except for the opinions) was public information. None of it, not even the opinions, was adverse to the applicant's position.

The applicant did not, in fact, argue that it was adversely affected by the extra-hearing evidence, but rather that, in dealing with a complaint based on evidence received outside the hearing process, a Court will not inquire into whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. A court was said to be concerned, not with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

The applicant further argued that it was in fact actually prejudiced in all of the circumstances, not by reason of any adverse effect, but rather by being denied the opportunity to exploit in its favour the evidence received. Thus it had no chance to rely on and further explore the opinion of two senior CRTC officials as to the inappropriateness of using the wholesale price paid for specialty services as a proxy for valuing the copyright component of distant broadcast signals.

These arguments necessitate a review of the case law.

A number of cases deal with aspects of the issue raised in the case at bar. In *R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476 (C.A.), where a board, for purposes of an arbitration award, without notice to the parties, relied upon material researched by itself and not derived directly from the parties to the arbitration, Aylesworth J.A. said for the Court at pages 479-480:

Finally, and as an additional ground for refusal of the remedy sought, it is abundantly apparent that the material complained of and to which the board of its own motion, as it were, resorted, was material from publicly known government sources, and entirely supplemental in its nature and kind to the very material the parties themselves supplied to the board. The

même s'il est arrivé, en dernière analyse, à un résultat encore plus défavorable à la requérante. Tous ces renseignements (sauf les opinions) avaient un caractère public. Il n'y avait rien de défavorable à la requérante, même pas les opinions.

La requérante n'a pas, en fait, prétendu que la preuve obtenue en dehors du cadre des audiences lui avait été défavorable. Elle a plutôt soutenu qu'un tribunal saisi d'une plainte fondée sur des éléments de preuve reçus en dehors du cadre des audiences ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Un tribunal a déjà dit qu'il n'était pas concerné par la preuve de l'existence d'un préjudice réel, mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

La requérante a par ailleurs prétendu qu'elle avait véritablement subi, dans les circonstances, un préjudice attribuable non pas à un effet défavorable, mais plutôt au fait qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de faire jouer en sa faveur la preuve reçue. On ne lui a pas donné la chance d'utiliser et d'approfondir l'opinion de deux hauts fonctionnaires du CRTC qui ont jugé inconvenante l'utilisation du prix de gros payé pour les services spécialisés comme élément de comparaison pour établir la valeur des signaux éloignés de diffusion protégés par le droit d'auteur.

Ces arguments nécessitent un examen de la jurisprudence.

Plusieurs décisions traitent de certains aspects de la question soulevée dans la présente espèce. Dans l'arrêt *R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476 (C.A.), un organisme chargé de rendre une sentence arbitrale s'était fié, sans en aviser les parties, à des documents qu'il avait obtenus en faisant ses propres recherches et que les parties à l'arbitrage n'avaient pas produits directement. Le juge Aylesworth de la Cour d'appel a dit, au nom de la Cour, aux pages 479 et 480:

[TRADUCTION] Enfin, et il s'agit là d'une autre raison de refuser le redressement demandé, il est indéniable que les documents litigieux auxquels le conseil a eu recours de son propre chef, en quelque sorte, provenaient de sources gouvernementales connues du public et complétaient, vu leur nature, les documents que les parties elles-mêmes avaient fournis au con-

board complained of the fragmentary nature of the material supplied by the parties which was in the nature of statistics, collective bargaining agreements with other hospitals and the like, and it was natural that the board should look to such further material, and should be expected to look to it in view of that expressed dissatisfaction made known to the parties and in view of the board's intention expressed to them that it was going to seek further data of its own volition. Having regard to the highly informal method of procedure adopted by the parties in the hearing before the board of arbitration and, as I have said, to the nature of the material and the kind of presentation made with respect to that material as well as to the nature of the public material resorted to by the board, we fail to perceive any failure to afford natural justice to the trustees in what the board did in that respect.

Perhaps also it is desirable, although unnecessary, to add to what has been said that, upon the peculiar facts of this case, what the board did with respect to getting the kind of material it did get after the hearing, and with respect to the use to which the board put it, really was very much akin to what frequently is resorted to in the regular Courts of law wherein those Courts take judicial notice of well-known public facts, knowledge and information. We think what has already been said illustrates that similarity and demonstrates that in fact there was no denial of natural justice.

It therefore appears that a board's referring to material from publicly known government sources, and entirely supplemental in its nature and kind to the very material the parties themselves applied to the board, will not of itself violate the principles of natural justice.

In *Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 F.C. 745 (C.A.), where the Canadian Transport Commission had failed to give an opportunity to respond to evidence obtained by it after the close of the hearing, this Court said (at page 757):

Under subsection 23(4) of the *National Transportation Act*, it is essential that there be a hearing before the Commission may find that a "rate" is prejudicial to the public interest. Such a hearing, in our view, would require that at least the minimum elements of natural justice in respect of the right to be heard must be observed. Because of the failure to give the appellants an opportunity to respond to the results of the Commission's post-hearing investigation into the Duncan Bay diversion, these minimum requirements were not observed. Accordingly, not only was natural justice denied, but the statutory mandate to proceed by way of a hearing was not complied with. The consequence is that the decision of the Commission is invalid.

From this last-noted material fact it would appear that a tribunal must have relied on the evidence it received subsequent to the hearing.

Le conseil s'était plaint du caractère fragmentaire des documents fournis par les parties, qui comprenaient des statistiques, des conventions collectives conclues avec d'autres hôpitaux, etc., et il était naturel qu'il veuille prendre connaissance d'autres documents semblables et qu'il cherche à le faire, vu qu'il avait fait part de son mécontentement aux parties et qu'il leur avait clairement dit qu'il allait poursuivre les recherches de son côté. Comme les parties ont adopté une procédure très informelle durant l'audition de l'affaire devant le conseil d'arbitrage et, comme je l'ai mentionné, vu la nature des documents et le genre de présentation dont ils ont fait l'objet, et vu la nature des documents à caractère public auxquels le conseil a eu recours, nous ne voyons pas où réside le déni de justice naturelle envers les fiduciaires dans la conduite du conseil à cet égard.

Il serait peut-être souhaitable d'ajouter, bien que ce ne soit pas nécessaire, que compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, ce que le conseil a fait pour obtenir les documents en question après l'audition de l'affaire, de même que l'utilisation qu'il en a faite, s'apparente vraiment beaucoup à la démarche que font fréquemment les cours de justice ordinaires lorsqu'elles prennent connaissance d'office de faits et de renseignements qui sont de notoriété publique. Nous pensons que ce qui précède illustre cette similitude et montre qu'il n'y a eu, de fait, aucun déni de justice naturelle en l'espèce.

Il semble donc que le fait pour un organisme d'utiliser des documents provenant de sources gouvernementales connues du public qui complètent, vu leur nature, les documents que les parties elles-mêmes ont fournis à l'organisme ne constitue pas en soi une violation des règles de justice naturelle.

Dans *Canadien Pacifique Ltée c. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 C.F. 745 (C.A.), affaire dans laquelle la Commission canadienne des transports n'avait pas donné à une partie l'occasion de réfuter des éléments de preuve obtenus après la clôture de l'instruction, la présente Cour a dit (à la page 757):

Le paragraphe 23(4) de la *Loi nationale sur les transports* exige qu'il y ait une audition avant que la Commission puisse juger qu'un «taux» nuit à l'intérêt public. Selon nous, une telle audition requiert au moins que l'on observe les éléments minimums de justice naturelle relatifs au droit de se faire entendre. Or les appelantes n'ont pas eu l'occasion d'exprimer leur point de vue face aux résultats de l'enquête que la Commission a menée sur le détournement de Duncan Bay après l'audition. Ces exigences minimums n'ont donc pas été observées. Il y a donc eu non seulement déni de justice naturelle, mais aussi inobservation de la prescription légale de procéder par voie d'audition. Il s'ensuit que la décision de la Commission est nulle.

Il semblerait ressortir de ce dernier fait important qu'un tribunal doit s'être fié à la preuve reçue après l'instruction.

The authorities most favourable to the applicant are *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456 and *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105. In *Pfizer*, Pigeon J. said shortly for the Court (at page 463): "It is clearly contrary to those rules [the rules of natural justice] to rely on information obtained after the hearing was completed without disclosing it to the parties and giving them an opportunity to meet it." In *Kane*, a case involving a disciplinary suspension of a university professor, the issue was much more fully canvassed. The university president, who had initially imposed the suspension, attended the appeal hearing as a member of the Board of Governors, and provided additional information to the board in response to questions after the close of the hearing, although he did not participate in deliberations or vote on the decision. The board affirmed the suspension.

Dickson J. (as he then was), after enunciating the principle that "[a] high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake" (at page 1113), went on to state (at pages 1113-1116):

5. It is a cardinal principle of our law that, unless expressly or by necessary implication, empowered to act *ex parte*, an appellant [*sic*] authority must not hold private interviews with witnesses ... or, *a fortiori*, hear evidence in the absence of a party whose conduct is impugned and under scrutiny. Such party must, in the words of Lord Denning in *Kanda v. Government of the Federation of Malaya* ([1962] A.C. 322), at p. 337, "... know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them ... Whoever is to adjudicate must not hear evidence or receive representations from one side behind the back of the other." ...

6. The court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, *supra*, at p. 337. In the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny following the dinner adjournment ... We are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

Les décisions qui sont les plus favorables à la requérante sont *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456 et *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105. Dans l'arrêt *Pfizer*, le juge Pigeon a déclaré succinctement pour la Cour (à la page 463): «[i] est nettement contraire à ces règles [aux règles de justice naturelle] de s'en rapporter à des renseignements obtenus après la fin de l'audience sans en avertir les parties et leur donner la possibilité de les réfuter». Dans l'arrêt *Kane*, qui concernait la suspension de nature disciplinaire d'un professeur d'université, la question a été examinée plus longuement. Le président de l'université, qui avait infligé la suspension, a ensuite assisté à l'audition de l'appel comme membre du conseil d'administration et a fourni des renseignements supplémentaires au conseil en réponse à des questions qui lui avaient été posées après la clôture de l'audition, bien qu'il n'eût pas participé aux délibérations ni pris part au vote. Le conseil a entériné la suspension.

Après avoir énoncé le principe selon lequel «[u]ne justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu» (à la page 1113), le juge Dickson (alors juge puîné) a ajouté ceci (aux pages 1113 à 1116):

5. C'est un principe fondamental de notre droit qu'à moins d'être autorisée à agir *ex parte* de façon expresse ou nettement implicite, une juridiction d'appel ne doit pas avoir d'entretiens privés avec les témoins ... ou, *a fortiori*, entendre des témoignages en l'absence de la partie dont la conduite contestée fait l'objet de l'examen. Cette partie doit, selon lord Denning dans *Kanda v. Government of the Federation of Malaya* ([1962] A.C. 322), à la p. 337 [TRADUCTION] «... connaître la preuve réunie contre [elle]. [Cette dernière] doit être informé[e] des témoignages et des déclarations qui l'intéressent et avoir la possibilité de les rectifier ou de les contredire ... quiconque appelé à rendre une décision ne doit pas recueillir des témoignages ou entendre des arguments d'une partie dans le dos de l'autre.» ...

6. La Cour ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Voir *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, précité, à la p. 337. En l'espèce, la Cour ne peut conclure qu'aucun préjudice n'était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny après l'ajournement pour le dîner. ... Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

It seems clear that the first assertion in point 6 in the above quotation cannot be given its full extension, and that the two parts of the first sentence are intended to be read together. A court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties when it might have done so. Or, put another way, it will inquire whether the evidence might have worked to the prejudice of one of the parties. A showing either of actual prejudice or of the possibility of prejudice is sufficient to constitute a violation of *audi alteram partem*. That seems indeed to be the basis on which the Court acted in *Kane*: “[i]n the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny.” As Ritchie J., in dissent, emphasized in analyzing the facts, the appellant considered that the facts as given in the President’s statement “could be construed adversely to him and he had no opportunity to answer” (at page 1121, emphasis added).

The notion of adverse effect is in fact central to *audi alteram partem*. In the words of Gonthier J. for the majority in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at page 339:

Since its earliest development, the essence of the *audi alteram partem* rule has been to give the parties a “fair opportunity of answering the case against [them]”: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, [4th ed. 1980], *supra* at p. 158. It is true that on factual matters the parties must be given a “fair opportunity . . . for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view”: *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, at p. 182; see also *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, at pp. 133 and 141, and *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, *supra*, at p. 1113. [Emphasis added.]

Certainly, this Court in *Re Cardinal Insurance Co. and Minister of State (Finance)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693 saw prejudicial effect on a party as essential. In that case the Minister had held a meeting, in the absence of an insurance company, with a reinsuring company in an effort to obtain a settlement. Immediately after quoting Dickson J.’s

Il semble clair qu’on ne peut donner à la première affirmation contenue au point 6 dans l’extrait précité toute sa portée, et que les deux parties de la première phrase sont conçues pour être rapprochées. Un tribunal ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l’une des parties lorsqu’elle pourrait l’avoir fait. En d’autres termes, il cherchera à savoir si la preuve pourrait avoir joué au détriment de l’une des parties. L’existence d’un préjudice réel ou d’une possibilité de préjudice suffit à constituer une violation de la règle *audi alteram partem*. Cela semble effectivement être l’élément sur lequel la Cour suprême a fondé sa décision dans l’arrêt *Kane*: «[e]n l’espèce, la Cour ne peut conclure qu’aucun préjudice n’était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny». Comme le juge Ritchie (dissident) l’a souligné dans l’analyse des faits, l’appelant a estimé que les faits relatés dans la déclaration du président «pourraient être interprétés à son encounter sans qu’il ait eu la possibilité de les réfuter» (à la page 1121, c’est moi qui souligne).

La notion d’effet défavorable constitue le pivot de la règle *audi alteram partem*. Comme l’a dit le juge Gonthier, qui s’exprimait au nom de la majorité, dans l’arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, à la page 339:

Depuis sa première formulation, la règle *audi alteram partem* vise essentiellement à donner aux parties une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable de répliquer à la preuve présentée contre [elles]»: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action* [4^e éd., 1980], précité, à la p. 158. Il est vrai que relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable [...] de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue»: *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, à la p. 182; voir également *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, aux pp. 133 et 141, et *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1113. [C’est moi qui souligne.]

La présente Cour a pour sa part conclu dans l’arrêt *Re la Compagnie d’assurance Cardinal et le Ministre d’État (Finances)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693 qu’il était essentiel qu’on ait porté préjudice à une partie. Dans cette affaire, le ministre avait convoqué, en l’absence d’une compagnie d’assurance, une réunion avec une compagnie de réassurance en vue d’en arriver à un règlement. Immédiatement après avoir cité le cinquième point mentionné par le juge Dickson dans l’arrêt *Kane*,

fifth point from *Kane, supra*, Urie J.A. wrote for the Court at pages 706-707:

Certainly there can be no quarrel with that proposition but, in my opinion, there was no breach thereof by the Minister in this case. No evidence was taken nor was anything done at the meeting which prejudicially affected Cardinal. As has been stated, what was done was an endeavour to persuade Union to honour its treaties or to make a settlement with Cardinal which would preclude the necessity for action by the Minister. He had already heard the evidence and representations of all concerned. What Union said at the meeting was, as far as the record shows, merely a repetition of what it had said before. I do not think that his failure to include Cardinal in the settlement discussions with Union ought, in the circumstances, to vitiate the whole proceeding.

Unlike the Tariff Board in *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs & Excise* (1975), 68 D.L.R. (3d) 9, [1977] S.C.R. 456, 24 C.P.R. (2d) 195, where the board referred to two texts in its decision which were not put in evidence or referred to at the hearing before the board, no evidence not known to Cardinal was elicited in this case.

The same comment applies in respect of *R. v. Deputy Industrial Inquiries Com'r, Ex p. Jones*, [1962] 2 Q.B. 677, and *Kanda v. Government of Federation of Malaya*, [1962] 2 A.C. 322, in both of which evidence was received by the tribunal which was prejudicial to the person concerned, without their being made aware of it and being given an opportunity to respond. If any new evidence was heard by the Minister at the February 16th meeting, and it does not appear that there was, it was not prejudicial to Cardinal. In fact the opposite is true. The efforts of the Minister and his officials were directed to attempting to negotiate a settlement. An offer of settlement was in fact obtained and was conveyed to Cardinal and rejected by it. Such efforts cannot be characterized as prejudicial.

Hence the Court found no violation of *audi alteram partem*.

A Saskatchewan court seems to have come to a similar interpretation of *Kane: Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (Q.B.). In that case Armstrong J. held (at page 21):

In my view the improperly received evidence might well have prejudiced Murray in this case. In fact if the opinion of Dr. Abdulla means what the applicants think it means (and I do not know that it does) the Tribunal must have been influenced by the material improperly before it, to decide as it did.

That was also the line taken by this Court in *Hecla Mining Company of Canada v. Cominco Ltd. and Canada (Minister of Indian Affairs and Northern*

précité, le juge Urie de la Cour d'appel a écrit au nom de la Cour aux pages 706 et 707:

On ne peut certes pas contester ce principe, mais, à mon avis, le ministre n'a violé aucun principe de justice naturelle en l'espèce. Aucun témoignage n'a été recueilli à la réunion et rien de ce qui s'y est passé n'a porté préjudice à Cardinal. Comme indiqué plus haut, il s'agissait d'un effort visant à convaincre L'Union de respecter ses engagements ou de conclure un règlement avec Cardinal de façon à éviter une intervention du ministre. Celui-ci avait déjà entendu les témoignages et les observations de tous les intéressés. Selon le dossier, L'Union a simplement répété à cette réunion les arguments qu'elle avait présentés auparavant. Le défaut du ministre d'inviter Cardinal à participer aux discussions portant sur le règlement ne vicie pas, selon moi, l'ensemble de la réunion.

À l'opposé de l'affaire *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise* (1975), 68 D.L.R. (3d) 9, [1977] R.C.S. 456, 24 C.P.R. (2d) 195, où la Commission du tarif citait dans sa décision deux documents qui n'avaient pas été ni versés au dossier ni mentionnés à l'audience, aucune nouvelle preuve, ignorée de Cardinal, n'a été administrée en l'espèce.

La même remarque s'applique à *R. v. Deputy Industrial Inquiries Com'r, Ex p. Jones*, [1962] 2 Q.B. 677, et à *Kanda v. Government of Federation of Malaya*, [1962] 2 A.C. 322, affaires dans lesquelles le tribunal administratif a admis une preuve préjudiciable à l'intéressé sans que ce dernier le sache et sans lui donner la possibilité de la réfuter. Si le ministre a entendu des nouvelles preuves à la réunion du 16 février, ce qui n'est manifestement pas le cas, elles n'ont pas eu pour effet de préjudicier à Cardinal. En fait, ce serait plutôt le contraire. Le ministre et les fonctionnaires du ministère ont concentré leurs efforts sur la négociation d'un compromis. Ils ont effectivement obtenu de L'Union une offre de règlement qu'ils ont transmise à Cardinal, mais que cette dernière a rejetée. On ne peut qualifier ces efforts de préjudiciables.

La Cour a donc conclu que la règle *audi alteram partem* n'avait pas été violée.

Une cour de la Saskatchewan semble avoir donné une interprétation similaire de l'arrêt *Kane: Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (B.R.). Dans cette affaire, le juge Armstrong a déclaré (à la page 21):

[TRADUCTION] À mon avis, il se pourrait bien que les éléments de preuve obtenus de façon irrégulière aient été préjudiciables à Murray en l'espèce. En fait, si l'opinion du Dr Abdulla a le sens que les requérants lui prêtent (et je ne sais pas si c'est le cas), le Tribunal doit avoir été influencé par les éléments de preuve qui lui ont été soumis de façon irrégulière, pour se prononcer comme il l'a fait.

C'est également la conclusion à laquelle est arrivée la présente Cour dans *Hecla Mining Company of Canada c. Cominco Ltd. et Canada (Ministre des*

Development) (1988), 116 N.R. 44, where Hugessen J.A. wrote (at page 45):

We did require submissions from the respondents on the applicant's allegation that the Minister had failed to follow the rules of natural justice. We find that allegation to be substantiated. The record shows that, after the parties had completed their submissions, the Minister received a letter from the Mining Recorder which contained a number of assertions of fact and opinions which were incorporated by the Minister into his decision almost verbatim. That letter was never communicated to the parties prior to the decision. It was largely unfavourable to the applicant's pretensions.

In the circumstances, following *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, the Court refused to try to conclude that the ministerial decision might in any event have been to the same effect, and accordingly struck it down.

In my opinion, this review of the case law indicates the fallacy of the applicant's argument. Contrary to its contention that a court will not inquire into the question of prejudice, all of the authorities which focus on the matter show that the question of the possibility of prejudice is the fundamental issue: *Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union, and Hecla Mining*.

If the possibility of prejudice must be looked to, what, then, do the facts show in the case at bar? Much of the information Latraverse received was repetitive of, or supplementary to, the hearings, and so, as in *Schiff*, not a matter of denial of natural justice. Even the applicant alleged only the lack of a positive opportunity to exploit favourable information, not the absence of an occasion to respond to unfavourable information. The authorities, moreover, have taken "prejudicial" in the sense of "adverse effect".

The largest factor, however, militating against the applicant's argument is that there is not a shred of evidence that any of the information received by Latraverse had any influence whatsoever on the Board's decision, that is to say, on the decision of the Board majority. Two of the Board majority appear to have been aware that he had obtained some additional information, but not of

Affaires indiennes et du Nord canadien) (1988), 116 N.R. 44 où le juge Hugessen de la Cour d'appel a écrit (à la page 45):

Nous avons effectivement demandé aux intimés de présenter leurs observations relativement à l'allégation de la requérante selon laquelle le ministre avait omis de suivre les règles de justice naturelle. Nous trouvons que l'allégation est bien fondée. Il ressort du dossier que, après que les parties eurent fourni leurs observations, le ministre a reçu une lettre du registraire minier contenant un certain nombre d'allégations de faits et d'avis que le ministre a inclus dans sa décision presque textuellement. Cette lettre n'a jamais été transmise aux parties avant la prise de la décision. Elle était grandement défavorable aux prétentions de la requérante.

Dans les circonstances, suite à l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, la Cour a refusé de chercher à conclure que la décision du ministre pourrait de toute façon avoir été la même et l'a, par conséquent, annulée.

À mon sens, cet examen de la jurisprudence fait ressortir le caractère erroné de l'argument de la requérante. Celle-ci a prétendu qu'un tribunal ne se penchera pas sur la question du préjudice; or il ressort de toutes les décisions qui traitent de la question que la possibilité qu'il existe un préjudice est déterminante: *Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union, et Hecla Mining*.

Puisqu'il faut se demander s'il est possible qu'il existe un préjudice, que révèlent alors les faits de la présente espèce? Les renseignements que M. Latraverse a obtenus ne faisaient, pour la plupart, que répéter ou compléter ce qui s'était dit aux audiences et, comme dans l'arrêt *Schiff*, ils n'ont entraîné aucun déni de justice naturelle. Même la requérante s'est bornée à prétendre qu'on avait omis de lui donner l'occasion, non pas de réfuter des renseignements défavorables, mais d'exploiter des renseignements favorables. En outre, le terme «préjudiciable» a reçu le sens d'«effet défavorable» dans ces décisions.

Le principal facteur qui milite contre l'argument de la requérante réside toutefois dans le fait qu'il n'y a pas la moindre preuve que les renseignements obtenus par M. Latraverse ont eu une influence quelconque sur la décision de la Commission, c'est-à-dire sur la décision des commissaires majoritaires. Deux des commissaires majoritaires ont semblé savoir que M. Latraverse avait obtenu des

its content. There is not a single reference in the Board's decision, direct or indirect, to any extra-hearing evidence. Latraverse simply was off on a frolic of his own, which seems not to have impinged at all on the minds of the majority.

Not only is there no case law which holds that the separate activities of a dissenting Board member can, without more, taint the deliberations of the majority, but I believe the *Canadian Pacific* case in this Court stands for the proposition that an applicant must show that the Board "placed at least some reliance on the information" in question (at page 757). Here there is no evidence at all of such reliance. Indeed, quite the contrary.

If a final word needs to be said, let it be that an inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision under paragraph 28(1)(b) of the *Federal Court Act*. In *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334, at page 342, Hugessen J.A., after setting out the text of subsection 28(1), commented as follows:

In my view, nothing in the words used makes them other than attributive of jurisdiction. They create the power in the Court to set aside decisions which offend in one of the stated ways but do not impose a duty to do so in every case.

This appears also, I would suggest, from the wording of section 52, which describes the dispositions which are open to the Court on a section 28 application. The opening words are: "The Court of Appeal may. . ." They are clearly permissive and nowhere is there a suggestion that the Court must act whenever it finds an error of law.

This is not to say that the Court is entitled to decline to exercise the jurisdiction which is given to it by sections 28 and 52, but simply that there is nothing in the language of the statute obliging the Court to grant the remedy sought where it is inappropriate to do so. While it can no doubt be argued that the statute creates certain rights for the litigant, it does so by granting powers to the Court and the latter must remain the master of whether or not they are to be exercised in any particular case.

In my view, the Board made no error of law by infringing the principle of *audi alteram partem* in

renseignements complémentaires, sans pour autant en connaître la teneur. Dans la décision de la Commission, on ne fait pas la moindre allusion, directe ou indirecte, à des éléments de preuve obtenus en dehors du cadre des audiences. M. Latraverse a tout simplement pris l'initiative d'une démarche qui ne semble nullement avoir influencé l'opinion de la majorité.

Non seulement aucun tribunal n'a statué que les activités indépendantes d'un commissaire dissident peuvent, pour cette seule raison, vicier les délibérations de la majorité, mais je pense que la décision rendue par la présente Cour dans l'arrêt *Canadien Pacifique* appuie la thèse selon laquelle une partie requérante doit établir que la Commission «s'est fiée au moins dans une certaine mesure à l'information» en question (à la page 757). En l'occurrence, rien ne permet de tirer cette conclusion, bien au contraire.

Une dernière précision mérite peut-être d'être donnée: l'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans l'arrêt *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334, à la page 342, le juge Hugessen de la Cour d'appel, après avoir cité le paragraphe 28(1), a fait le commentaire suivant: À mon avis, il s'agit là de rien d'autre qu'une disposition attributive de compétence. Elle confère à la Cour le pouvoir d'annuler les décisions entachées de l'un des vices mentionnés, sans pour autant lui imposer l'obligation de le faire dans chaque cas.

C'est ce qui se dégage aussi, d'après moi, de la formulation de l'article 52 qui énonce les possibilités qui s'offrent à la Cour dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 28. L'article 52 débute de la façon suivante: «La Cour d'appel peut . . .». Ces mots créent manifestement une faculté et rien n'indique que la Cour est tenue d'agir chaque fois qu'elle conclut à l'existence d'une erreur de droit.

Ce n'est pas là dire que la Cour peut refuser d'exercer la compétence que lui attribuent les articles 28 et 52; c'est simplement que les termes de la Loi ne l'obligent pas à accorder le redressement sollicité s'il n'y a pas lieu de le faire. On peut sans doute prétendre que la Loi confère certains droits au requérant, mais elle le fait par l'attribution de pouvoirs à la Cour et il appartient exclusivement à celle-ci de déterminer si, dans un cas d'espèce, ces pouvoirs doivent être exercés.

Selon moi, la Commission n'a commis aucune erreur de droit en contrevenant à la règle *audi*

this case, but if, hypothetically, the actions of Latraverse could somehow be attached to the whole of the Board, I think any error attributable to the Board would be inconsequential, a mere technical breach, and should not be a basis for judicial reversal. The authorities have all required a real possibility that the result was affected.

As it was put by Dickson J. (as he then was) in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at page 631:

8. In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

I have no doubt that in the case at bar the Board acted fairly towards the applicant.

III

The applicant also alleged that the Board had violated the rule of natural justice against a reasonable apprehension of bias by reason of Latraverse's receiving of extra-hearing information. The authority principally relied upon is *Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners* (1987), 53 Sask. R. 35 (C.A.).

On the facts of that case a police constable had been dismissed after having been found guilty at two separate hearings of, first, falsifying a claim for overtime and, second, various disciplinary infractions with respect to alcohol. Both meetings were chaired by the Mayor. After the charges had been laid, one of the principal witnesses on the second set of charges had come to the Mayor's office to talk about her motives for lodging the complaints, and had responded affirmatively to the Mayor's question as to whether the constable had done the things alleged against him. Another member of the Board of Police Commissioners had withdrawn from the second hearing because his daughter was to be a witness against the constable

alteram partem en l'espèce, mais dans l'hypothèse où les actes de M. Latraverse pourraient, pour une raison ou pour une autre, être imputés à la Commission dans son ensemble, je pense qu'une erreur attribuable à la Commission serait sans conséquence, constituerait un simple manquement à la procédure, et ne devrait pas justifier l'annulation de la décision. Dans toutes les causes citées, il fallait qu'il y ait une réelle possibilité que le résultat soit modifié.

Comme l'a dit le juge Dickson (alors juge puîné) dans *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la page 631:

8. En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

Il ne fait aucun doute que dans la présente espèce, la Commission a agi équitablement envers la requérante.

III

La requérante a d'autre part prétendu que la Commission avait enfreint la règle de justice naturelle relative à la crainte raisonnable de partialité en raison de l'obtention par M. Latraverse de renseignements en dehors du cadre des audiences. Le principal arrêt invoqué à l'appui de cette prétention est *Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners* (1987), 53 Sask. R. 35 (C.A.).

Dans cette affaire, un agent de police avait été congédié après avoir été reconnu coupable, lors de deux audiences séparées, premièrement d'avoir falsifié une demande de surtemps et, deuxièmement, d'avoir commis divers manquements à la discipline reliés à l'alcool. Les deux réunions avaient été présidées par le maire. Après le dépôt des accusations, l'un des principaux témoins relativement à la deuxième série d'accusations s'était rendu dans le bureau du maire pour lui exposer les raisons pour lesquelles elle avait porté plainte et avait répondu par l'affirmative à la question que lui avait posée le maire quant à savoir si le policier avait effectivement commis les actes qu'on lui reprochait. Un autre membre de la Commission de police s'était

on the second infraction, but continued on the first hearing.

Vancise J.A. stated for the Court (at pages 41-43):

The law is well settled that a quasi-judicial tribunal like the Police Commissioners is subject to the rules of natural justice which are, after all, only "fair play in action": (**Ridge v. Baldwin**, [1962] 1 All E.R. 834, at 850). The rule against bias is one of the most fundamental elements of natural justice. A person accused is entitled to have his cause determined by an impartial tribunal which is untainted with the knowledge of facts or with a predisposition to a particular point of view which might affect the result. The policy underlying this principle is that justice must not only be done but must manifestly and undoubtedly be seen to be done. (See **R. v. Sussex Justices Ex parte McCarthy**, [1924] 1 K.B. 256.) A breach of the rule against bias will generally result in the statutory delegated authority losing jurisdiction and will render the administrative action void and subject to judicial review. The respondent submits that there is no real or apprehended bias by reason that the chairman did not discuss "specific" allegations against the appellant.

The chambers judge in considering this matter found that no actual bias was established and concluded that there was "no real likelihood of bias". In arriving at that conclusion he considered a number of factors, including the following:

- (1) Mr. Spencer was not sitting alone. He was a member of a panel;
- (2) He did not seek out Miss Ahenakew;
- (3) She did not go into all the facts;
- (4) The meeting with the chairman was initiated by Miss Ahenakew and was a "chance encounter";
- (5) The chairman was not actually engaged in the investigation of the allegations made against the appellant;
- (6) There was nothing in the evidence to indicate a pre-disposition or partiality or prejudice.

With respect, that approach begs the question.

It is not necessary to demonstrate that the chairman was actually biased. The test is whether there was a reasonable apprehension of bias.

The test is whether a reasonable person would believe there is a real danger of bias or whether there would be a reasonable suspicion of bias even though unintended. As the Chief Justice stated, "This test is grounded in a firm concern that there be no lack of public confidence in the impartiality of adjudicative agencies . . ." The public policy consideration which requires the appearance of justice focuses on perceptions. A perception of a reasonable apprehension of bias, even though there is no real likelihood of bias, is all that is required to cause the Police Commissioners to lose jurisdiction. Here, the person who provided the information to the Police Department which started

abstenu de siéger à la deuxième audience parce que sa fille devait témoigner contre le policier au sujet de la deuxième infraction, mais avait continué de siéger à la première audience.

^a Le juge Vancise de la Cour d'appel a déclaré au nom de la Cour (aux pages 41 à 43):

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit qu'un tribunal quasi-judiciaire comme la Commission de police doit respecter les règles de justice naturelle, ce qui équivaut, après tout, «à jouer franc jeu»: (**Ridge v. Baldwin**, [1962] 1 All E.R. 834, à la p. 850). La règle concernant la partialité est l'un des éléments les plus fondamentaux de la justice naturelle. Tout inculpé a le droit d'exiger que sa cause fasse l'objet d'une décision impartiale, qui ne soit pas viciée par des facteurs susceptibles de modifier le résultat comme la connaissance de faits par le tribunal ou une prédisposition de celui-ci à un point de vue particulier. Le fondement de ce principe, c'est que non seulement justice doit être rendue, mais il doit aussi être manifeste et indubitable qu'elle a été rendue: voir **R. v. Sussex Justices Ex parte McCarthy**, [1924] 1 K.B. 256.) L'inobservation de la règle concernant la partialité fait généralement en sorte que le titulaire du pouvoir délégué par la loi perd sa compétence, et que la décision administrative devient nulle et sujette au contrôle judiciaire. Les intimés prétendent qu'il n'y a pas de partialité réelle, ni de crainte de partialité parce que le président n'a pas discuté des allégations «spécifiques» formulées contre l'appellant.

^e Le juge en chambre qui a été saisi de l'affaire a constaté qu'aucune partialité réelle n'avait été établie et a conclu qu'il n'y avait «pas de probabilité réelle de partialité». Il est arrivé à cette conclusion après avoir pris en considération divers facteurs, dont ceux-ci:

- (1) M. Spencer ne siégeait pas seul. Il faisait partie d'un comité.
- (2) Il n'a pas cherché à rencontrer Mlle Ahenakew.
- (3) Cette dernière n'est pas entrée dans les détails.
- (4) C'est Mlle Ahenakew qui a engagé la conversation avec le président et ce fut une «rencontre fortuite».
- (5) Le président n'a pas véritablement participé à l'examen des allégations formulées contre l'appellant.
- (6) Il ne ressort de la preuve ni prédisposition, ni partialité, ni préjudice.

En toute déférence, cette approche élude la question.

^h Il n'est pas nécessaire d'établir que le président était réellement partial. Le critère est de savoir s'il y a une crainte raisonnable de partialité.

Le critère est de savoir si une personne raisonnable peut penser qu'il y a un danger réel de partialité ou s'il peut exister une crainte raisonnable de partialité, quelque involontaire qu'elle soit. Comme le juge en chef l'a déclaré, «[c]e critère se fonde sur la préoccupation constante qu'il ne faut pas que le public puisse douter de l'impartialité des organismes ayant un pouvoir décisionnel . . .». Le facteur d'intérêt public qui exige l'apparence de justice est fondé sur des perceptions. La perception d'une crainte raisonnable de partialité, même en l'absence de toute probabilité réelle de partialité, suffit à faire perdre à la Commission de police sa compétence. En l'espèce, la personne

the inquiry, the principal witness before the Commission, met privately with the chairman in advance of the hearing. In that meeting she discussed the allegation contained in the charge in a general way, but what is significant is that when asked by the chairman whether the allegations were true, she answered in the affirmative. In my opinion, the facts in this case constitute in law a reasonable apprehension of bias. A reasonable well-informed person would have a reasonable apprehension of bias where the chairman has spoken privately with a principal witness in a cause. Dickson, J., speaking for the authority [*sic*] in *Kane v. Board of Governors of University of British Columbia* . . . considered this very question.

He concluded that there was a breach of the rules of natural justice and that the Court did not have to inquire into whether the evidence obtained in the private interview did work to the prejudice of one of the parties. It was sufficient if it might have worked to the prejudice of one of the parties. In the present case, we have no knowledge of what was specifically said by Miss Ahenakew to the chairman because her evidence was vague and she could not remember what she said. It is clear, however, that she did talk about the complaint and equally clear that she stated the allegations in the charge were true. In my opinion, the chambers judge erred in deciding that there was no reasonable apprehension of bias and no breach of the rules of natural justice.

The appellant alleges that the participation by the chairman and Norman McCallum in the first hearing in view of the fact that Mr. McCallum's daughter was a witness at the second hearing and that the mayor had spoken privately to the principal witness of the second hearing, and that both decisions were rendered on the same date, raises a reasonable apprehension of bias in the first as well as the second decision.

As previously noted, it is not necessary to show that participation by those two members or the participation by one or either of them affected the results. It is enough if there is an apprehension that the "judge" might not act in an impartial manner. Mr. McCallum disqualified himself on the second of the hearings presumably on the ground that his daughter was to be a witness. Even though she was not to be a witness at the first hearing and the issue was different, it was still related to the professional conduct of the appellant. There is a reasonable apprehension that the participation by his daughter in the misconduct alleged to have been committed by the appellant could have affected his impartiality in deciding the charge. The same comments apply to the chairman. The appellant alleges that there is a reasonable apprehension the two commissioners did not judge him in a fair and impartial manner by reason of the prior knowledge. He alleges a "probability or reasoned suspicion of bias and judgment, unintended though it be". (Rand, J. in *Szilard v. Szasz*, supra, p. 373.) I agree. In both cases, the possibility of these members of the Police Commission obtaining information concerning the appellant prior to the hearing from these witnesses which could affect their impartial appraisal of the issues is sufficient to raise a reasonable apprehension of bias and a denial of natural justice.

qui a fourni l'information au service de police qui a commencé l'enquête, à savoir le principal témoin qui a comparu devant la Commission, a rencontré le président en privé avant l'audience. Durant cet entretien, elle a parlé en termes généraux des allégations contenues dans l'accusation, mais ce qu'il est important de noter, c'est que lorsque le président lui a demandé si les allégations étaient vraies, elle a répondu par l'affirmative. Selon moi, les faits de la présente espèce constituent en droit une crainte raisonnable de partialité. Une personne raisonnablement bien informée aurait une crainte raisonnable de partialité si elle savait que le président a parlé en privé avec un témoin important dans une cause. Le juge Dickson, qui parlait pour la Cour dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, . . . a étudié la question.

Il a conclu qu'il y avait eu un manquement aux règles de justice naturelle et que la Cour n'avait pas à chercher à savoir si la preuve obtenue durant l'entretien privé avait joué au détriment de l'une des parties. Il suffisait que cette possibilité existe. Dans la présente espèce, nous ne savons pas exactement ce que Mlle Ahenakew a dit au président parce que son témoignage était imprécis et qu'elle ne pouvait pas se souvenir de ce qu'elle avait dit. Il est évident, toutefois, qu'elle a parlé de la plainte et qu'elle a déclaré que les allégations contenues dans l'accusation étaient vraies. À mon sens, le juge en chambre a commis une erreur en statuant qu'il n'y avait pas de crainte raisonnable de partialité et qu'il n'y avait eu aucun manquement aux règles de justice naturelle.

Selon l'appellant, le fait que le président et Norman McCallum aient participé à la première audience, compte tenu du fait que la fille de M. McCallum devait témoigner durant la deuxième audience, que le maire s'était entretenu en privé avec le principal témoin de la deuxième audience, et que les deux décisions avaient été rendues le même jour, soulève une crainte raisonnable de partialité en ce qui a trait aussi bien à la première décision qu'à la deuxième décision.

Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est pas nécessaire de prouver que la participation de ces deux membres, ou de l'un d'eux, a modifié les résultats. Il suffit qu'on puisse craindre que le «juge» n'a pas agi avec impartialité. M. McCallum s'est déclaré inhabile à siéger à la deuxième audience, vraisemblablement parce que sa fille devait être citée comme témoin. Même si elle ne devait pas témoigner durant la première audience et que la question était différente, on débattait quand même la conduite professionnelle de l'appellant. On peut raisonnablement craindre que la participation de la fille de M. McCallum à la faute reprochée à l'appellant a pu entacher la décision de M. McCallum de partialité. Les mêmes remarques s'appliquent au président. L'appellant prétend qu'il y a une crainte raisonnable que les deux commissaires ne l'ont pas jugé de manière équitable et impartiale à cause de ce qu'ils savaient déjà. Il soutient qu'il y a une [TRADUCTION] «probabilité ou une crainte raisonnable de partialité dans le jugement, quelque involontaire qu'elle soit» (le juge Rand dans *Szilard c. Szasz*, supra, p. 373). Je partage cet avis. Dans les deux cas, la possibilité que ces deux membres de la Commission de police aient obtenu, avant la comparution de ces témoins, des renseignements sur l'appellant qui pourraient nuire à leur appréciation impartiale des questions, suffit à donner naissance à une crainte raisonnable de partialité et à entraîner un déni de justice naturelle.

Although I have no doubt that *Spence v. Spencer* was correctly decided, I find it necessary to enter two caveats. First, Dickson J. in *Kane* seems to have addressed his remarks to the *audi alteram partem* rule rather than to the *nemo iudex* principle.³ Second, as I have already established, Dickson's words must be understood to require judicial scrutiny as to the possibility of prejudice. In *Spence v. Spencer*, in the case of the Mayor (which is the closer to the facts in the case at bar), the witness's affirmation that the constable had committed the act alleged was a statement highly prejudicial to him, going to the very heart of the case. In those circumstances, since the principle of reasonable apprehension of bias requires essentially a judgment on appearances from the viewpoint of a reasonable person, the Court correctly found a reasonable apprehension of bias to exist even in the absence of any evidence as to the effect on the Mayor. In my view, however, this conclusion rests on the foundation of prejudicial evidence.

It was common ground to the parties that bias need not be pecuniary. As was said by Hughes J. in *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (Sask. Q.B.), at pages 143-144 quoting Freedman J.A. (as he then was) in *Re Gooliah and Minister*

³ Dickson J. pointed out (at p. 1110) that at Trial "[t]he main thrust of the case advanced on behalf of Dr. Kane was that no man could be a judge in his own cause. . . ." The Court of Appeal upheld the Chambers judge in rejecting an argument based upon that principle. Dickson J. went on to say (at pp. 1110-1111):

Rejected also [by the Court of Appeal] was a second submission, apparently not advanced expressly in the Court of first instance, impugning the presence and conduct of the University President during the deliberations of the Board, after Dr. Kane and his counsel had withdrawn. This argument rested upon the fact that the President testified or gave evidence during the postprandial session in the absence of Doctor Kane. It is contended that this amounted to a breach of the principles of natural justice and a failure to observe the rule expressed in the maxim *audi alteram partem*. It is to that argument that I now turn because, in my view, it is one to which the University can give no compelling answer. If this ground of appeal succeeds, as I think it must, it is unnecessary to address the argument resting upon the dual role of the President, the maxim *nemo iudex in causa sua*, and the ramifications of the *King*, *French* and *Ringrose* decisions.

Je suis convaincu que la décision rendue dans l'arrêt *Spence v. Spencer* est la bonne, mais j'estime nécessaire de faire deux mises en garde. Premièrement, les remarques du juge Dickson dans l'arrêt *Kane* semblent se rapporter à la règle *audi alteram partem* plutôt qu'au principe *nemo iudex*.³ Deuxièmement, comme je l'ai déjà établi, le juge Dickson a voulu dire que les tribunaux doivent examiner la possibilité qu'il existe un préjudice. Dans *Spence v. Spencer*, en ce qui concerne le maire (dont le cas s'apparente davantage aux faits de la présente espèce), l'affirmation du témoin selon laquelle le policier avait commis l'acte qu'on lui reprochait était une déclaration qui était très préjudiciable à ce dernier puisqu'elle allait au cœur même de l'affaire. Dans ces circonstances, comme le principe de la crainte raisonnable de partialité n'exige qu'une opinion fondée sur les apparences aux yeux d'une personne raisonnable, la Cour a décidé à bon droit qu'il existait une crainte raisonnable de partialité même en l'absence de toute preuve quant à l'incidence de cette déclaration sur le maire. À mon sens, toutefois, cette conclusion repose sur l'existence d'une preuve préjudiciable.

Les parties savaient toutes deux que la partialité n'a pas besoin d'être due à un intérêt pécuniaire. Comme l'a dit le juge Hughes dans l'arrêt *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (B.R. Sask.), aux pages 143 et 144, qui citait le juge

³ Le juge Dickson a mentionné (à la p. 1110) que durant l'instruction, «le principal argument invoqué au nom de M. Kane [était] que nul ne peut être juge dans sa propre cause. . . ». La cour d'appel a confirmé la décision du juge en chambre de rejeter un argument fondé sur ce principe. Le juge Dickson a poursuivi en disant (aux p. 1110 et 1111):

[La Cour d'appel] a également rejeté une seconde allégation qui n'a apparemment pas été expressément soutenue devant le tribunal de première instance, et qui attaquait la présence et la conduite du président de l'Université au cours des délibérations du conseil, après que M. Kane et son avocat se sont retirés. Cet argument était fondé sur le fait que le président aurait témoigné au cours de la séance tenue après le repas en l'absence de M. Kane. On allègue que cela équivaut à une violation des principes de justice naturelle et à l'inobservation de la règle exprimée dans la maxime *audi alteram partem*. Je vais étudier cet argument dès maintenant car, à mon avis, il s'agit d'un argument auquel l'Université ne peut répondre de façon irrésistible. Si ce moyen d'appel est recevable, comme je pense qu'il l'est, il sera inutile d'examiner l'argument fondé sur le double rôle du président, la maxime *nemo iudex in causa sua* et les ramifications des arrêts *King*, *French* et *Ringrose*.

of *Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224 (Man. C.A.) at pages 227-228:

“Bias may be of two kinds. It may arise from an interest in the proceedings. That indeed is the kind of bias which is most frequently encountered in cases coming before the Courts. Sometimes it is a direct pecuniary or proprietary interest in the subject-matter of the proceedings. A person possessing such an interest is disqualified from sitting as a judge thereon. Sometimes the interest is not financial but arises from a connection with the case or with the parties of such a character as to indicate a real likelihood of bias.

This brings us to the second kind of bias—namely, actual bias in fact.”

A reasonable apprehension of non-pecuniary bias⁴ must arise from “a connection with the case or with the parties.” It has to amount to an “interest in the subject-matter of the proceedings.” In other words, it can come into play only when the tribunal member appears to have some stake in, or predisposition toward, a particular outcome of the adjudication. In *Bateman* the tribunal member was exonerated because “the party who did the talking with the ultimate chairman was not someone directly concerned in the matter” (at page 142). The information there was at most enough “to allow him to form a tentative point of view as he stood on the threshold of the hearing” (at page 145).

That requirement identified in *Bateman* is wholly absent from the facts in the case at bar. However unfortunate his mistake in seeking extra-hearing information, Latraverse’s motivation was pure and he had no stake in the outcome beyond the best possible decision. The most that could be said for the applicant’s case is that the opinions of the two CRTC staff members may have given Latraverse, not a predisposition, but what I might

⁴ In *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1985] 1 F.C. 563 (C.A.), at p. 580, Marceau J.A. (concurring) includes in non-pecuniary bias “emotional type interests . . . such as kinship, friendship, partisanship, particular professional or business relationship with one of the parties, animosity towards someone interested, predetermined mind as to the issue involved, etc.”

Freedman de la Cour d’appel (alors juge puîné) dans *Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224 (C.A. Man.), aux pages 227 et 228:

^a [TRADUCTION] «La partialité peut être de deux ordres. Elle peut découler d’un intérêt dans la poursuite. C’est, de fait, le genre de partialité que l’on voit le plus souvent dans les causes entendues par les tribunaux. Parfois, c’est un intérêt direct d’ordre pécuniaire ou venant d’un droit de propriété dans l’objet de la poursuite. Une personne qui possède un tel intérêt est ^b inhabile à siéger comme juge dans la cause en question. Parfois, l’intérêt n’est pas de nature financière, mais découle d’un lien avec la cause ou les parties, lien dont la nature est telle qu’il révèle l’existence d’une probabilité réelle de partialité.

^c Cela nous amène au deuxième genre de partialité, à savoir la partialité de fait.

La crainte raisonnable de partialité due à un intérêt non pécuniaire⁴ doit découler d’un [TRADUCTION] «lien avec la cause ou les parties». Elle doit ^d correspondre à un [TRADUCTION] «intérêt dans l’objet de la poursuite». En d’autres termes, elle peut intervenir uniquement lorsqu’un membre du tribunal semble avoir un intérêt ou une prédisposition quelconque pour une issue particulière de la cause. Dans l’arrêt *Bateman*, le membre du tribunal a été exonéré parce que [TRADUCTION] «la partie qui s’était entretenue avec le président ultime n’était pas directement touchée par l’affaire» (à la page 142). Dans cette affaire, l’information était tout au plus suffisante [TRADUCTION] «pour lui permettre de se forger provisoirement une opinion pendant qu’il se tenait sur le seuil de la salle d’audience» (à la page 145).

^e Cette exigence identifiée dans l’arrêt *Bateman* est complètement absente des faits de l’espèce. Bien que M. Latraverse ait commis une erreur déplorable en cherchant à obtenir des renseignements en dehors du cadre des audiences, il l’a fait ^f avec les meilleures intentions et il n’avait aucun intérêt dans l’issue de la cause, si ce n’est le désir de rendre la meilleure décision possible. Tout ce que l’on pourrait dire en faveur de la requérante,

⁴ Dans *Enquête Énergie c. Commission de contrôle de l’énergie atomique*, [1985] 1 C.F. 563 (C.A.), à la p. 580, le juge Marceau de la Cour d’appel (qui a rendu des motifs concordants) inclut dans la partialité due à un intérêt non pécuniaire des «intérêts de type émotionnel . . . comme la parenté, l’amitié, la partialité, des relations professionnelles ou commerciales particulières avec l’une des parties, l’animosité envers une personne ayant un intérêt dans l’affaire, une opinion arrêtée sur la question en litige, etc.»

call a post-disposition, to reject specialty services as proxies. But this is a post-disposition favourable to the applicant's argument, and in my opinion it cannot be heard to object to it.

I would agree with the applicant that, if one member of a tribunal is disqualified for bias, the decision of the tribunal must be set aside even if the other members are without bias. That principle was established by *Frome United Breweries Co. v. Bath Justices*, [1926] A.C. 586 (H.L.). *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.), and *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078 (T.D.) are to the same effect. In the *British Columbia Labour Relations Board* case the Court fastened on the fact that the impugned member "retired with the other members and remained with them while they discussed and made their decision" (at page 29).

But that means nothing if no member of a tribunal is disqualifiable for bias. In *Yukon Conservation Society v. Yukon Territory Water Board and Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (F.C.T.D.), five members of a tribunal held private meetings with a corporation seeking a change in its licensing arrangements, thus involving themselves in the preparation of the very application they would later have to judge on its merits. Addy J. found (at page 599):

The Five Members have become so involved in the application as to put themselves in the position of being considered gratuitous consultants of Cyprus Anvil and the application, to some limited extent at least, becomes their own. The principle of *nemo judex in causa sua debet esse* might well be considered applicable.

This is one kind of case in which courts have found a reasonable apprehension of bias to exist, viz., one where a member of a tribunal met with a party affected and discussed the matter to be determined

c'est que les opinions exprimées par les deux employés du CRTC ont pu fournir à M. Latraverse ce que j'appellerais un motif *a posteriori* de rejeter l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison, mais elles ne l'ont pas prédisposé à rendre cette décision. C'est toutefois un motif *a posteriori* qui est favorable à la thèse de la requérante et, à mon sens, celle-ci ne saurait s'y opposer.

Je serais d'accord avec la requérante pour dire que si un membre d'un tribunal est inhabile à siéger à l'audience à cause de sa partialité, la décision du tribunal doit être annulée même si les autres membres sont impartiaux. Ce principe a été établi dans *Frome United Breweries Co. v. Bath Justices*, [1926] A.C. 586 (H.L.). C'est aussi ce qui ressort des arrêts *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (C.A. C.-B.) et *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078 (1^{re} inst.). Dans l'arrêt *British Columbia Labour Relations Board*, la Cour s'est attachée au fait que le membre en cause [TRADUCTION] «s'était retiré avec les autres membres et était demeuré avec eux pendant qu'ils discutaient et prenaient leur décision» (à la page 29).

Ce principe n'est cependant d'aucune utilité si aucun membre d'un tribunal n'est déclaré inhabile à siéger à cause de sa partialité. Dans l'arrêt *Yukon Conservation Society c. L'Office des eaux du territoire du Yukon et Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (C.F. 1^{re} inst.), cinq membres d'un tribunal avaient eu des réunions de caractère privé avec une compagnie qui désirait faire modifier des accords d'octroi de licence, et avaient de ce fait participé à la préparation de la demande dont ils devaient ultérieurement établir le bien-fondé. Le juge Addy a conclu (à la page 599):

Les cinq membres ont participé de façon si étroite à la préparation de la demande qu'on pourrait presque les considérer comme des experts-conseils à titre gratuit de Cyprus Anvil et que la demande, dans une certaine mesure, devient leur demande. On pourrait considérer qu'il s'agit d'un cas où s'applique le principe que nul ne doit être juge dans sa propre cause.

C'est l'une des situations dans lesquelles les tribunaux ont conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, c'est-à-dire une situation où un membre d'un tribunal a rencontré l'une des parties

in the hearing. The result is the same if the meeting is with a key witness, as in *Spence v. Spencer*. The other type of case is one in which a member of a tribunal has had a past relationship, or has a present one, with a party appearing before it: *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369. Neither of these categories fits the case at bar, for the reasons I have given. I can therefore find no reasonable apprehension of bias on the facts of this case.

IV

The issue as to the award of interest on royalty payments relating to the transitional period between January 1 and August 31, 1990, is one of statutory interpretation, relating to subparagraph 70.63(1)(a)(ii), which reads as follows:

70.63 (1) On the conclusion of its consideration of the statements of royalties, the Board shall

(a) establish . . .

(ii) such terms and conditions related to those royalties as the Board considers appropriate;

Acting under this power to establish such terms and conditions related to the royalties it had set, the Board considered transitional provisions appropriate (Decision, at pages 87-88):

(xv) Transitional provisions [Television tariff, s. 19; radio tariff, s. 14]

The transitional provisions are necessary because the Act provides that the tariffs will take effect on January 1, 1990 while they were, in fact, approved much later. Two main principles inform these provisions.

First, the provisions are meant to account for the opportunity cost associated with the late payment of royalties. An interest factor has been added, starting on the date an amount would have become due had a retransmitter known the provisions of the tariffs. This interest is equal to the Bank of Canada rate; retransmitters are not responsible for the delay in certifying the tariffs. This provides collecting bodies with fair compensation and does not penalize retransmitters.

Second, the Board wanted to avoid each retransmitter having to calculate the interest factors for the retroactive period. This would have imposed an unnecessary burden on the retransmitters, and would have entailed errors. For these reasons, the board has calculated in advance an interest factor by which the

concernées et a discuté de la question débattue à l'audience. Le résultat est le même si la rencontre a lieu avec un témoin important, comme dans *Spence v. Spencer*. L'autre genre de situation, c'est celle où un membre d'un tribunal a déjà eu, ou a encore, des liens avec une partie qui comparait devant le tribunal: *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office nationale de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369. La présente espèce n'entre dans ni l'une ni l'autre de ces catégories, pour les motifs que j'ai donnés. Compte tenu des faits de l'espèce, je constate donc qu'il n'existe aucune crainte raisonnable de partialité.

IV

Le paiement d'intérêts sur les droits exigibles durant la période transitoire du 1^{er} janvier au 31 août 1990 est une question qui ressortit à l'interprétation du sous-alinéa 70.63(1)a(ii), qui est ainsi libellé:

70.63 (1) Lorsqu'elle a terminé l'examen de tous les projets de tarif, la Commission:

a) . . . fixe, à son appréciation, les modalités afférentes aux droits;

Exerçant le pouvoir qui lui est accordé de fixer les modalités afférentes aux droits qu'elle avait déterminés, la Commission a jugé opportun de prévoir des dispositions transitoires (Décision, aux pages 87 et 88):

(xv) Les dispositions transitoires [Tarif pour la télévision, article 19; tarif pour la radio, article 14]

Les dispositions transitoires sont nécessaires du fait que la Loi prévoit qu'ils prennent effet le premier janvier 1990 alors que, dans les faits, ils ne sont homologués que beaucoup plus tard. Ces dispositions reflètent essentiellement deux principes.

Premièrement, l'objet des dispositions est de tenir compte du coût d'opportunité qui résulte du versement tardif de droits. Un montant, représentant de l'intérêt, a été ajouté aux droits; ce montant est établi à partir de la date à laquelle un montant donné aurait été échu si le retransmetteur avait connu les dispositions des tarifs. Cet intérêt est égal au taux d'escompte de la Banque du Canada: les retransmetteurs ne sont pas responsables de l'homologation tardive des tarifs. La Commission croit que cette mesure indemnise les sociétés de perception de façon équitable, sans pénaliser les retransmetteurs.

Deuxièmement, la Commission entendait éviter que chaque retransmetteur ait à établir le montant de l'intérêt qu'il aurait à payer pour la période d'application rétroactive du tarif. Cette exigence aurait imposé un fardeau inutile et aurait nécessairement entraîné des erreurs de calcul. Pour ces motifs, la Com-

amount owed must be increased. This factor is suitable for most retransmitters; only those that are not small systems and did not retransmit a distant television signal for the whole period will have to calculate the interest. Even these retransmitters will find that the television tariff states the interest rates to be applied for the relevant months.

The provisions containing precalculated interest ignore any fluctuations in the number of premises served by a retransmitter during the period. In the Board's opinion, the imprecision that might result from this is small.

The interest factors that the Board went on to establish for both radio and television were not established separately by the tariffs as interest payments, but rather were merged into the royalties paid.

The applicant conceded that the Board's decision that interest be paid on retransmission royalties not received by the due date may be a proper exercise of the jurisdiction under this provision, but argued that its award of interest on royalties accrued prior to publication of any tariff represents the exercise of a substantive authority beyond the Board's powers.

This contention is based in part upon the old principle that no pecuniary burden is to be imposed upon a subject except upon clear and distinct legal authority: *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.). But that, I believe, is a principle of law that applies between sovereign and subject, rather than between subject and subject. It is also based in part on the fact that there is no explicit statutory provision in the Act specifically empowering the Board to compel the payment of interest by retransmitters. The power would have to be implied, and, since a requirement respecting interest is a substantive right, it was said that it should be expressly provided for in the governing legislation.

However, the authorities do not go so far as to say that any right to interest must be provided for explicitly. *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708 (H.C.), which might be thought to do so, is explained by *Northern &*

mission a établi à l'avance un pourcentage de majoration du montant total dû pour la période d'effet rétroactif. Ce facteur convient à la majorité des retransmetteurs; seuls ceux qui ne sont pas des petits systèmes et qui n'ont pas retransmis un signal éloigné de télévision durant toute cette période auront à calculer le montant de l'intérêt qu'ils doivent. Même ces derniers trouveront reproduits dans le tarif pour la télévision les taux d'intérêt applicables aux mois concernés.

Les pourcentages indiqués ne tiennent pas compte des fluctuations du nombre de locaux desservis par un retransmetteur durant cette période. La Commission croit que les imprécisions qui pourraient en découler sont, dans l'ensemble, de peu d'importance.

Les montants représentant l'intérêt que la Commission a décidé d'établir tant pour la radio que pour la télévision n'ont pas été fixés séparément par les tarifs à titre de paiements d'intérêts, mais ont plutôt été incorporés dans les droits exigibles.

La requérante a admis que la décision de la Commission d'exiger le versement d'intérêts sur les droits de retransmission non acquittés à la date d'échéance pouvait constituer un exercice approprié du pouvoir conféré par cette disposition, mais elle a soutenu que le paiement d'intérêts sur les droits accumulés avant la publication des tarifs correspondait à l'exercice d'un pouvoir régissant le fond qui outrepassait la compétence de la Commission.

Cet argument repose, en partie, sur l'ancien principe selon lequel on ne doit imposer aucune obligation financière à un sujet sauf lorsqu'une disposition législative claire et distincte l'autorise: *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.). Cependant, il s'agit d'après moi d'un principe de droit qui s'applique entre un souverain et un sujet plutôt qu'entre deux sujets. Il repose aussi, en partie, sur le fait que la Loi ne contient aucune disposition autorisant expressément la Commission à obliger les retransmetteurs à verser des intérêts. Il faudrait que ce pouvoir soit implicite, et comme le droit d'exiger le versement d'intérêts concerne le fond, il devrait, selon la requérante, être expressément prévu dans la loi habilitante.

La jurisprudence ne va toutefois pas jusqu'à affirmer qu'un droit semblable doit être prévu expressément dans la loi. C'est ce que l'arrêt *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708 (H.C.) pourrait donner à croire, mais le sens

Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd. (1988), 66 O.R. (2d) 11 (C.A.) as taking the position that, where a statute provides a complete code as to interest payments, then the explicit provision of interest on compensation awards, and failure to provide for interest on costs, must be taken as excluding the latter.

Indeed, sections 70.62 through 70.67 are remedial legislation, the objects of which include the establishment of a regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990. The transitional provisions were deemed necessary by the Board only because the length of the hearings prevented it from approving the tariffs until much later, and it therefore attempted to live up to its statutory mandate by including an interest factor to make up for the late payment of royalties caused by the delays in the approval process. The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12, requires that legislation be given such fair, large and liberal construction as best ensures the attainment of its objects.

In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at page 1756, Gonthier J. said:

The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes.

Accordingly, in that case, the Supreme Court held that a power to make interim orders necessarily implied the power to revise the period during which interim rates were in force. A similarly broad interpretation was given by this Court in *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (F.C.A.), where the majority of the Court adopted the conception that whatever is reasonably necessary for the proper discharge of a duty is impliedly authorized by it. In *Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd. v. Lee-Shanok* (1988), 88 CLLC 14,033 (F.C.A.), a

de cet arrêt est précisé dans *Northern & Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 11 (C.A.): lorsqu'une loi contient un code complet sur les intérêts à payer, on doit considérer que le fait de prévoir expressément le versement d'intérêts à l'égard de l'indemnité accordée et de ne rien dire au sujet des frais exclut que ceux-ci puissent porter intérêt.

De fait, les articles 70.62 à 70.67 sont des dispositions réparatrices dont les objets comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1^{er} janvier 1990. La Commission a estimé nécessaire de prévoir des dispositions transitoires pour la simple raison que la durée des audiences l'empêchait d'homologuer les tarifs en temps voulu; elle a donc tenté de respecter le mandat qui lui est conféré par la loi en incluant un montant d'intérêt pour compenser le paiement tardif des droits résultant du retard dans le processus d'homologation. Aux termes de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, un texte de loi s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la page 1756, le juge Gonthier a dit:

Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.

En conséquence, dans cette affaire, la Cour suprême a conclu que le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comportait nécessairement le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur. La présente Cour a donné une interprétation tout aussi générale dans *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (C.A.F.); la majorité de la Cour a en effet adopté le point de vue selon lequel tout ce qui est raisonnablement nécessaire pour garantir l'accomplissement d'un devoir est implicitement autorisé. Dans l'arrêt *Banca Nazionale del Lavoro*

power to award interest was held by this Court to be impliedly authorized by a power to do anything equitable to remedy or counteract a dismissal.

The Board set the interest rate for the transitional period at one percent less than the rate generally determined in the tariff for defaulting payments, to allow for the fact that retransmitters were not responsible for the delay in making the payments.

Parliament's intention was clearly that the royalty scheme should take effect as of January 1, 1990, regardless of how much later that scheme might actually be established. In that respect section 149 of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act* provides as follows:

149. For greater certainty, the royalties in the first statements certified under paragraph 70.63(1)(d) of the *Copyright Act* become effective on January 1, 1990 regardless of when the statements are so certified.

Section 149 is described in the heading as the transitional provision of the Act. In the light of Parliament's manifest determination to make the royalty scheme effective on January 1, 1990, it can be supposed only that it would have wanted to make the royalty recipients whole as of that day, or at least to give the Board the right to do so if it considered it appropriate, especially since subparagraph 70.63(1)(a)(ii) was also enacted by the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*.

It was argued by the applicant that an interest penalty for late payment imposed by the Board is unnecessary in the light of the Act's provisions that all copyright holders face either liability for copyright infringement or an action to recover outstanding royalties, and indeed that it is counterproductive, by making it difficult to determine at what point a retransmitter is in breach of its obligations. If the payment of interest is not a proper part of the retransmission royalty tariff, it was contended that interest should not be construed as being within the "terms and conditions related to those royalties." However, it seems to me that any such argument is vitiated by the fact

of Canada Ltd. c. Lee-Shanok (1988), 88 CLLC 14,033 (C.A.F.), la présente Cour a statué que le pouvoir d'accorder des intérêts découlait implicitement du pouvoir de faire toute autre chose jugée a équitable pour remédier à un congédiement ou pour en contrebalancer les effets.

La Commission a fixé le taux d'intérêt pour la période de transition à un pour cent au-dessous du taux habituellement fixé dans le tarif pour les paiements tardifs, afin de tenir compte du fait que les retransmetteurs n'étaient pas responsables du retard dans les paiements.

Le Parlement avait clairement l'intention de faire en sorte que le régime pour les droits de retransmission prenne effet le 1^{er} janvier 1990, indépendamment de la date à laquelle il serait établi. À cet égard, l'article 149 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis* dispose que:

149. Il demeure entendu que, peu importe la date à laquelle la Commission certifie pour la première fois un tarif au titre de l'alinéa 70.63(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, la prise d'effet de celui-ci est le 1^{er} janvier 1990.

Les dispositions de l'article 149 sont décrites dans la rubrique comme les dispositions transitoires de la Loi. Vu l'intention manifeste du Parlement d'ordonner la prise d'effet du régime en question le 1^{er} janvier 1990, on peut seulement supposer que celui-ci aurait voulu que les droits soient versés intégralement à partir de ce jour ou, tout au moins, que la Commission ait le droit d'en ordonner ainsi si elle le jugeait opportun, surtout si l'on considère que le sous-alinéa 70.63(1)a)(ii) a également été édicté par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*.

La requérante a finalement soutenu que l'imposition par la Commission d'une pénalité d'intérêt pour les paiements en retard était inutile puisque la Loi dispose que tous les utilisateurs du droit d'auteur engagent leur responsabilité s'ils violent le droit d'auteur ou s'exposent à une action en recouvrement des droits impayés, et que cette mesure va à l'encontre du but recherché à cause de la difficulté que soulève la détermination du moment où un retransmetteur a manqué à ses obligations. La requérante a soutenu que si le versement d'intérêts ne fait pas partie intégrante du tarif des droits de retransmission, les intérêts ne devraient pas être considérés comme un aspect des «modalités affé-

that the Board was taking account of the unique situation where the retransmitters were not themselves responsible for the delay in certifying the tariffs.

I must therefore conclude that the applicant has failed to establish that the Board committed an error of law or jurisdiction.

v

In the result the section 28 application must be dismissed.

MAHONEY J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

rentes aux droits». Il m'apparaît toutefois que la prise en considération du fait que les retransmetteurs n'étaient pas responsables du retard dans l'homologation des tarifs vicie cet argument.

^a Je dois donc conclure que la requérante n'a pas réussi à établir que la Commission a commis une erreur de droit ou un excès de compétence.

v

^b Tout compte fait, la demande fondée sur l'article 28 doit être rejetée.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

^c LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je soucris à ces motifs.