

<p style="text-align: right;">A-823-99</p> <p>Angelo Del Zotto (Appellant)</p> <p>v.</p> <p>The Minister of National Revenue and John Edward Thompson (Respondents)</p>	<p style="text-align: right;">A-823-99</p> <p>Angelo Del Zotto (appellant)</p> <p>c.</p> <p>Le ministre du Revenu national et John Edward Thompson (intimés)</p>
<p style="text-align: right;">A-106-99</p> <p>Herbert Noble (Appellant)</p> <p>v.</p> <p>The Minister of National Revenue and John Edward Thompson (Respondents)</p>	<p style="text-align: right;">A-106-99</p> <p>Herbert Noble (appellant)</p> <p>c.</p> <p>Le ministre du Revenu national et John Edward Thompson (intimés)</p>
<p><i>INDEXED AS: DEL ZOTTO v. M.N.R. (C.A.)</i></p>	<p><i>RÉPERTORIÉ: DEL ZOTTO c. M.R.N. (C.A.)</i></p>

Court of Appeal, Desjardins, Rothstein and McDonald JJ.A.—Ottawa, May 26, 2000.

Judges and Courts — Appeal from dismissal of application for judicial review of decision of hearing officer under Income Tax Act, s. 231.4 — Prior to appointment to Court, F.C.T.D. Judge partner in law firm acting for appellant Del Zotto — Logged 0.4 hours on file — Del Zotto since changing counsel — Cases suggesting fact judge hearing case in which firm was involved not raising reasonable apprehension of bias were ones where no direct, indirect involvement by judge in matter when at firm — In abundance of caution, appeal allowed notwithstanding Judge's involvement minimal, peripheral, six years before heard application — Under Federal Court Act, s. 52(b)(i), judicial review application dismissed.

Income tax — Appeal from dismissal of application for judicial review of decision of hearing officer under Income Tax Act, s. 231.4 permitting Minister to authorize inquiry with reference to anything relating to administration, enforcement of Act — In alleging terms of reference too broad, appellants seeking to challenge terms of reference, but that decision not subject of judicial review — Prior disclosure of names of witnesses, subject-matter of evidence, documents not required by statute, procedural fairness, although within hearing officer's discretion to require — Statutory right to representation by counsel not implying right to cross-examine witnesses — No authority for proposition subpoena expiring with passage of time — Open to

Cour d'appel, juges Desjardins, Rothstein et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 26 mai 2000.

Juges et tribunaux — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête nommé en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Avant d'être nommé à la Cour, le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale était associé au cabinet qui agissait pour l'appellant M. Del Zotto — Il a effectué 0,4 heure de travail sur le dossier — M. Del Zotto a changé d'avocat depuis — Dans certains arrêts selon lesquels le fait qu'un juge entende une affaire dans laquelle son cabinet était en cause ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, le juge ne s'était pas occupé du dossier, que ce soit directement ou indirectement, lorsqu'il travaillait au cabinet en question — La Cour accueille l'appel avec la plus grande prudence en dépit du fait que la participation du juge a été minimale et d'importance secondaire et qu'il a effectué du travail dans le dossier six ans avant d'avoir entendu la demande — Compte tenu de l'art. 52b(i) de la Loi sur la Cour fédérale, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

Impôt sur le revenu — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête nommé en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu permettant au ministre d'autoriser une personne à faire une enquête sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la Loi — En alléguant que le mandat est trop général, les appelants cherchent à contester celui-ci, mais cette décision n'était pas visée par la demande de contrôle judiciaire — La communication au préalable du nom des témoins, de l'objet de leur témoignage et des documents n'est pas exigée par la Loi ou par l'équité procédurale, bien que le président d'enquête ait le pouvoir discrétionnaire de l'exiger — Le droit reconnu par la loi

hearing officer to order prior disclosure of questions to be asked if necessary to efficacy of inquiry — Noble's counsel not wrongly excluded — Inquiry private to assist in efficacy of investigation — Right to have counsel present not converting inquiry into public investigation at taxpayer's discretion.

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing an application for judicial review of a decision of a hearing officer appointed under *Income Tax Act*, subsection 231.4(2), which permits the Minister of National Revenue to authorize such inquiry as deemed necessary with reference to anything relating to the administration or enforcement of the Act. The authorization permitted an "inquiry into the financial affairs of . . . Angelo Del Zotto, for the taxation years 1979 to 1985 inclusive".

The issues were: (1) whether the terms of reference of the inquiry were too broad; (2) whether Del Zotto was entitled to prior disclosure of the names of witnesses, the subject-matter of their evidence and the documents that will be presented; (3) whether the right to cross-examine witnesses is implicit in the statutory right to representation by counsel; (4) whether the subpoena requiring appellant Noble to appear has expired; (5) whether Noble was wrongfully denied prior disclosure of the evidence that he will be asked to provide; (6) whether Noble's counsel was wrongly excluded from the inquiry after Noble's evidence was completed; and (7) whether there was a reasonable apprehension of bias in respect of the Trial Division Judge who, prior to his appointment to the Federal Court, was a partner in the law firm that was counsel for Del Zotto.

Held, the appeal should be allowed and the decision of the Trial Division set aside.

(1) The appellants are seeking to challenge the terms of reference established by the Deputy Minister when the inquiry was authorized, but that decision was not the subject of the judicial review application.

(2) The hearing officer must conduct the inquiry as he considers necessary and appropriate, in accordance with the statute and having regard to considerations of procedural fairness applicable in the circumstances. None of these obligations require prior disclosure as a matter of right, although it is open to the hearing officer to require prior notification of evidence to be sought, or to provide witnesses or counsel with reasonable time to provide evidence or review documents, as matters pertaining to the conduct of the inquiry under the control and subject to the discretion of the hearing officer.

d'être représenté par un avocat ne comporte pas le droit de contre-interroger les témoins — Aucun arrêt selon lequel une assignation prend fin avec le temps — Il est loisible au président d'enquête d'ordonner la communication préalable de questions qui doivent être posées si cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de l'enquête — L'avocat de M. Noble n'a pas été exclu à tort — L'enquête est privée pour assurer l'efficacité de celle-ci — Le droit à la présence d'un avocat n'a pas pour effet de transformer l'enquête, au gré du contribuable, en une enquête publique.

Il s'agit d'un appel contre un jugement dans lequel la Section de première instance a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête nommé en vertu du paragraphe 231.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet au ministre du Revenu national d'autoriser une personne à faire toute enquête que celle-ci estime nécessaire sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la Loi. L'autorisation permettait de «[f]aire enquête sur les affaires financières d'Angelo Del Zotto pour les années d'imposition 1979 à 1985 inclusivement».

Les questions litigieuses sont les suivantes: 1) le mandat relatif à l'enquête est-il trop général? 2) M. Del Zotto a-t-il droit à une communication préalable du nom des témoins, de l'objet de leur témoignage et des documents qui seront présentés? 3) le droit de contre-interroger les témoins fait-il implicitement partie du droit reconnu par la loi d'être représenté par avocat? 4) l'assignation enjoignant à l'appellant M. Noble de comparaître est-elle périmée? 5) M. Noble se voit-il à tort refuser la communication préalable de la preuve qu'il devra fournir? 6) l'avocat de M. Noble est-il exclu à tort de l'enquête après que son client aura présenté sa preuve? et 7) existe-t-il une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance qui, avant sa nomination à la Cour fédérale, était associé au cabinet d'avocats qui agissait pour M. Del Zotto?

Arrêt: l'appel devrait être accueilli et la décision de la Section de première instance annulée.

1) Les appelants cherchent à contester le mandat établi par le sous-ministre quand la tenue de l'enquête a été autorisée, mais cette décision n'était pas visée par la demande de contrôle judiciaire.

2) Le président d'enquête doit mener l'enquête de la façon dont il l'estime nécessaire et appropriée, conformément à la Loi et eu égard aux considérations relatives à l'équité procédurale qui s'appliquent compte tenu des circonstances. Aucune de ces obligations ne prévoit la communication préalable de plein droit, bien qu'il soit loisible au président d'enquête d'exiger qu'un préavis soit signifié au sujet de la preuve qui sera demandée ou de donner aux témoins ou aux avocats suffisamment de temps pour leur permettre de fournir des éléments de preuve ou pour examiner des documents, parce qu'il s'agit de questions se rapportant à la

(3) A statutory right to be represented by counsel, without further directive, does not necessarily imply a right to cross-examine. The role of counsel will be determined by the hearing officer. The right to object to improper questions and to clarify testimony of witnesses in order that the full story be communicated is sufficient for purposes of this inquiry.

(4) Counsel for Noble cited no authority for the proposition that a subpoena expires with the passage of time. Noble was a party in the litigation that culminated in the Supreme Court of Canada's decision on a constitutional challenge to the inquiry. He knows what is going on and has not demonstrated any reason why the subpoena should not continue to have effect.

(5) If the hearing officer considers it necessary for the efficacy of the inquiry, it is open to him to order prior disclosure of some of the questions to be asked or the documents to be provided by Noble.

(6) While a taxpayer's privacy may be a relevant consideration, it is not the sole reason for the inquiry being a private investigation. It is private to assist in the efficacy of the investigation itself. The right of a witness and the taxpayer whose affairs are being investigated to have counsel present does not convert the inquiry into a public one at the discretion of the taxpayer.

(7) Del Zotto had changed counsel when the matter came before the Trial Division Judge in December 1999. There were two relevant considerations: (i) the Judge's former firm was directly involved in the matter of the Del Zotto inquiry under the *Income Tax Act* when the Judge was a member of the firm; and (ii) the Judge had recorded time (0.4 hours) on the Del Zotto file. The Judge did not practice in the office where the Del Zotto file was being handled and his involvement in the file was some six years before he heard the application for judicial review, and was minimal and peripheral. There are cases which suggest that the fact that a judge hears a case in which his firm was involved before his appointment does not give rise to a reasonable apprehension of bias. But those were cases where there was no direct or indirect involvement by the judge with the matter when he was at the firm. What transpired here was inadvertent and arose because there had been a change of counsel. In the circumstances, in an abundance of caution, the appeal should be allowed on this issue. *Federal Court Act*, subparagraph 52(b)(i) does, however, authorize the Court to give the judgment that should have been given by the Trial Division. In an exercise of that jurisdiction the judicial review application against the hearing officer's decision was dismissed.

conduite de l'enquête et qui relèvent du président d'enquête, qui a un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

3) Le droit reconnu par la loi d'être représenté par un avocat, sans plus, ne comporte pas nécessairement le droit de contre-interroger les témoins. C'est le président d'enquête qui décide du rôle de l'avocat. Le droit de s'opposer aux questions non appropriées et de donner des précisions au sujet des témoignages, de façon que l'histoire soit communiquée au complet, suffit aux fins de l'enquête en l'espèce.

4) L'avocat de M. Noble n'a cité aucun arrêt selon lequel une assignation devienne périmée avec le temps. M. Noble était partie au litige qui a abouti à la décision que la Cour suprême du Canada a rendue par suite de la contestation de l'enquête, sur le plan constitutionnel. Il est au courant de ce qui se passe et n'a pas démontré pourquoi l'assignation ne devrait pas continuer à avoir effet.

5) Si le président d'enquête l'estime nécessaire pour assurer l'efficacité de l'enquête, il lui est loisible d'ordonner la communication préalable de certaines questions qui doivent être posées ou des documents que M. Noble devra fournir.

6) Le droit à la vie privée du contribuable peut être une considération pertinente, mais ce n'est pas l'unique raison pour laquelle il s'agit d'une enquête privée; en effet, on cherche à assurer l'efficacité de l'enquête. Le droit à la présence d'un avocat que possède un témoin et le contribuable visé par une enquête n'a pas pour effet de transformer l'enquête, au gré du contribuable, en une enquête publique.

7) M. Del Zotto avait changé d'avocat lorsque l'affaire a été entendue par le juge de première instance au mois de décembre 1999. Deux considérations sont pertinentes: (i) l'ancien cabinet du juge était directement mêlé à l'enquête Del Zotto menée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque le juge était membre de ce cabinet; et (ii) le juge a effectué du travail (0,4 heure) dans le dossier Del Zotto. Le juge n'exerçait pas sa profession, à l'époque pertinente, dans le cabinet qui était chargé du dossier Del Zotto, il a effectué du travail dans le dossier environ six ans avant d'avoir entendu la demande de contrôle judiciaire, et sa participation a été minimale et d'importance secondaire. Selon certains arrêts, le fait qu'un juge entende une affaire dans laquelle son cabinet était en cause avant sa nomination ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, dans ces affaires, le juge ne s'était pas occupé du dossier, que ce soit directement ou indirectement, lorsqu'il travaillait au cabinet en question. La situation en l'espèce s'est produite par inadvertance et résulte du changement d'avocat. Dans les circonstances, la Cour accueille avec la plus grande prudence l'appel sur ce point. L'alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* autorise toutefois la Cour à rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre. Dans l'exercice de ce pouvoir, la Cour rejette la demande de contrôle judiciaire de la décision du président d'enquête.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.4(1) (as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 168), (2),(6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Del Zotto (A.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 342; (1993), 93 DTC 5455; 161 N.R. 143 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Guay v. Lafleur, [1965] S.C.R. 12; (1964), 47 D.L.R. (2d) 226; [1964] C.T.C. 350; 64 DTC 5218; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *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.

REFERRED TO:

Del Zotto v. Canada, [1997] 3 F.C. 40; (1997), 147 D.L.R. (4th) 457; 116 C.C.C. (3d) 123; 97 DTC 5328 (C.A.); *Del Zotto v. Canada*, [1999] 1 S.C.R. 3; (1999), 169 D.L.R. (4th) 130; 131 C.C.C. (3d) 353; 99 DTC 5029; *R. v. Bagot*, [2000] M.J. No. 223 (C.A.) (QL); *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. No. 1319 (Sup. Ct.) (QL).

AUTHORS CITED

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1998.

Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980.

APPEAL from a Trial Division decision (*Del Zotto v. M.N.R.*, [1999] F.C.J. No. 1981 (QL)) dismissing a judicial review application. The appeal was allowed on the ground of a reasonable apprehension of bias but the judicial review application was dismissed pursuant to the Federal Court of Appeal's jurisdiction under *Federal Court Act*, subparagraph 52(b)(i).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 231.4(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 168), (2),(6).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b(i).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Del Zotto (A.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 342; (1993), 93 DTC 5455; 161 N.R. 143 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Guay v. Lafleur, [1965] R.C.S. 12; (1964), 47 D.L.R. (2d) 226; [1964] C.T.C. 350; 64 DTC 5218; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *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 CITÉES:

Del Zotto c. Canada, [1997] 3 C.F. 40; (1997), 147 D.L.R. (4th) 457; 116 C.C.C. (3d) 123; 97 DTC 5328 (C.A.); *Del Zotto c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 3; (1999), 169 D.L.R. (4th) 130; 131 C.C.C. (3d) 353; 99 DTC 5029; *R. v. Bagot*, [2000] M.J. n° 223 (C.A.) (QL); *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. n° 1319 (C. sup.) (QL).

DOCTRINE

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*. Ottawa: Conseil de la magistrature, 1998.

Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980.

APPEL d'une décision (*Del Zotto c. M.R.N.*, [1999] A.C.F. n° 1981 (QL)) dans laquelle la Section de première instance a rejeté une demande de contrôle judiciaire. L'appel est accueilli en raison d'une crainte raisonnable de partialité, mais la demande de contrôle judiciaire est rejetée compte tenu du pouvoir de la Cour d'appel fédérale en vertu de l'alinéa 52b(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

APPEARANCES:

Thomas G. Heintzman, Q.C. and *William C. McDowell* for appellant Angelo Del Zotto.
Alan D. Gold for appellant Herbert Noble.
Ivan S. Bloom, Q.C. and *Steven Albin* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault, Toronto, for appellant Angelo Del Zotto.
Gold & Fuerst, Toronto, for appellant Herbert Noble.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: These reasons apply to Court files A-823-99 and A-106-00.

[2] These are appeals from a decision of the Trial Division [[1999] F.C.J. No. 1981 (QL)] of January 10, 2000 in which the learned Trial Division Judge dismissed a judicial review application of a decision of the Honourable Keith Flanigan, Q.C., hearing officer appointed under subsection 231.4(2) of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1], relating to Angelo Del Zotto. The appellants argue the following errors by Mr. Flanigan and the Trial Division Judge:

1. The terms of reference of the inquiry authorized under subsection 231.4(1) [as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 168] are too broad.
2. There is no provision for reasonable advance disclosure to Mr. Del Zotto and his counsel.
3. Mr. Del Zotto's counsel is only given the opportunity to clarify the evidence of witnesses at the inquiry, not the opportunity to cross-examine them.
4. The subpoena requiring Mr. Noble to appear at the inquiry is out of date and has no legal effect.

ONT COMPARU:

Thomas G. Heintzman, c.r., et *William C. McDowell* pour l'appellant Angelo Del Zotto.
Alan D. Gold pour l'appellant Herbert Noble.
Ivan S. Bloom, c.r., et *Steven Albin* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'appellant Angelo Del Zotto.
Gold & Fuerst, Toronto, pour l'appellant Herbert Noble.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Ces motifs s'appliquent aux dossiers A-823-99 et A-106-00.

[2] Il s'agit d'appels d'une décision en date du 10 janvier 2000 dans laquelle le juge de première instance [[1999] A.C.F. n° 1981 (QL)] a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision concernant Angelo Del Zotto rendue par l'honorable Keith Flanigan, c.r., président d'enquête nommé en vertu du paragraphe 231.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1]. Les appelants soutiennent que M. Flanigan et le juge de première instance ont commis les erreurs suivantes:

1. Le mandat relatif à l'enquête autorisée en vertu du paragraphe 231.4(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 168] est trop général.
2. Il n'y a pas de disposition prévoyant une communication préalable raisonnable à M. Del Zotto et à son avocat.
3. L'avocat de M. Del Zotto a uniquement la possibilité de donner des précisions au sujet des témoignages des témoins à l'enquête et il n'a pas la possibilité de contre-interroger ces derniers.
4. L'assignation enjoignant à M. Noble de comparaître à l'enquête est caduque et n'a aucun effet juridique.

5. Mr. Noble is wrongfully denied prior disclosure of the evidence he will be asked to provide.

6. Counsel for Mr. Noble is wrongly excluded from the inquiry after Mr. Noble's evidence is completed.

7. There is reasonable apprehension of bias in respect of the learned Trial Division Judge.

TERMS OF REFERENCE

[3] The terms of reference of the section 231.4 inquiry are established by the Minister of National Revenue. Subsection 231.4(1) provides:

231.4 (1) The Minister may, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, authorize any person, whether or not the person is an officer of the Canada Customs and Revenue Agency, to make such inquiry as the person may deem necessary with reference to anything relating to the administration or enforcement of this Act.

The hearing officer does not establish his own terms of reference and cannot change those established by the Minister. The October 9, 1992 authorization for the inquiry provided:

To make an inquiry into the financial affairs of the said Angelo Del Zotto, for the taxation years 1979 to 1985 inclusive.

[4] Following the words of Strayer J.A. in *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), dissenting, but which reasons were adopted by the Supreme Court of Canada in allowing the appeal from the Federal Court decision, [1999] 1 S.C.R. 3, Mr. Flanigan correctly limited the inquiry to matters pertaining to "the administration or enforcement of [the *Income Tax*] Act". In our view, under subsection 231.4(1), he was authorized to do no more or less as he (and the Minister) was required to comply with the words of the statute. What the appellants are attempting to do in seeking to challenge the decision of Mr. Flanigan is to challenge the terms of reference established by the Deputy Minister on behalf of the Minister on October 9, 1992 when the inquiry was authorized. That decision however, was not the subject of the judicial review application before the Trial Division.

5. M. Noble se voit à tort refuser la communication préalable de la preuve qu'il devra fournir.

6. L'avocat de M. Noble est exclu à tort de l'enquête après que son client aura présenté sa preuve.

7. Il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance.

LE MANDAT

[3] Le mandat relatif à l'enquête menée en vertu de l'article 231.4 est établi par le ministre du Revenu national. Le paragraphe 231.4(1) prévoit:

231.4 (1) Le ministre peut, pour l'application et l'exécution de la présente loi, autoriser une personne, qu'il s'agisse ou non d'un fonctionnaire de l'Agence des douanes et du revenu du Canada, à faire toute enquête que celle-ci estime nécessaire sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la présente loi.

Le président d'enquête n'établit pas son propre mandat et il ne peut pas modifier le mandat que le ministre a établi. L'autorisation accordée le 9 octobre 1992 aux fins de l'enquête prévoyait:

[TRADUCTION] Faire enquête sur les affaires financières d'Angelo Del Zotto pour les années d'imposition 1979 à 1985 inclusivement.

[4] Conformément aux remarques que le juge Strayer a faites dans les motifs dissidents qu'il a exposés dans la décision *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), lesquels ont été adoptés par la Cour suprême du Canada lorsqu'elle a accueilli l'appel interjeté contre la décision de la Cour fédérale, [1999] 1 R.C.S. 3, M. Flanigan a limité avec raison son enquête aux questions se rapportant à «l'application et l'exécution de la [Loi de l'impôt sur le revenu]». À notre avis, c'est tout ce que M. Flanigan était autorisé à faire en vertu du paragraphe 231.4(1), puisqu'il était tenu de se conformer au libellé de la Loi (et que le ministre était également tenu de s'y conformer). En contestant la décision de M. Flanigan, les appelants cherchent à contester le mandat établi par le sous-ministre pour le compte du ministre le 9 octobre 1992, date à laquelle la tenue de l'enquête a été autorisée. Toutefois, cette décision n'était pas visée par la

[5] To be sure, the inquiry must not exceed the terms of reference. However, within the terms of reference established by the Minister, the nature and extent of the inquiry is within the discretion of the hearing officer, provided it is relevant to the administration and enforcement of the Act. This ground of the appellants is without merit.

THE RIGHT TO PRIOR DISCLOSURE BY MR. DEL ZOTTO

[6] Mr. Del Zotto argues that he should be given prior disclosure of the names of witnesses, the subject-matter of their evidence, and the documents that will be presented to witnesses. As to the claimed right to disclosure, Mr. Flanigan referred to *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, in which the Supreme Court held that, having regard to the nature of the inquiry, it was not for the Court to specify how it was to be conducted. Mr. Flanigan stated, at paragraph 19 of his reasons:

Neither the *Guay* case nor the Act, in my view, gives the target or his counsel any control over the manner in which the inquiry is held, save and except to object to any denial of natural justice or unfairness, and certainly in no way gives the target Del Zotto any rights to direct the manner in which the inquiry shall be held.

And at paragraph 22, he concluded:

In this particular matter before me, no charges have been laid, notwithstanding the heavy suspicion that charges will be laid, they have in fact not been laid to date. Therefore, in my view, until charges have been laid, there is no right to disclosure to either the witness or the target in this case.

[7] We agree with the approach of Mr. Flanigan. It does not conflict with *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 which provides for a right of disclosure after charges are laid. No charges are laid at the inquiry stage in these proceedings. It is the duty of the hearing officer to conduct the inquiry as he considers necessary and appropriate, in accordance with the statute and having regard to considerations of procedural fairness applicable in the circumstances. None

demande de contrôle judiciaire présentée devant la Section de première instance.

[5] À coup sûr, l'enquête ne doit pas excéder le mandat. Toutefois, dans les limites du mandat établi par le ministre, la nature et l'étendue de l'enquête relèvent du pouvoir discrétionnaire du président d'enquête, à condition que cela ait quelque chose à voir avec l'application et l'exécution de la Loi. Ce motif que les appelants ont invoqué n'est pas fondé.

LE DROIT DE M. DEL ZOTTO À LA COMMUNICATION PRÉALABLE

[6] M. Del Zotto soutient qu'il devrait se voir communiquer au préalable les noms des témoins, l'objet de leur témoignage et les documents qui leur seront présentés. Quant au présumé droit à la communication, M. Flanigan a cité l'arrêt *Guay v. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, dans lequel la Cour suprême a statué qu'eu égard à la nature de l'enquête, il n'appartient pas à la Cour de préciser les modalités y afférentes. Au paragraphe 19 de ses motifs, M. Flanigan a fait les remarques suivantes:

[TRADUCTION] À mon avis, ni l'arrêt *Guay* ni la Loi ne confèrent à la cible ou à son avocat un contrôle sur les modalités de l'enquête, si ce n'est pour s'opposer à toute dénégation de la justice naturelle ou à toute iniquité, et à coup sûr, ils ne confèrent pas à M. Del Zotto le droit de diriger la tenue de l'enquête.

Au paragraphe 22, M. Flanigan a conclu:

[TRADUCTION] Dans l'affaire dont je suis ici saisi, aucune accusation n'a été portée; même si l'on soupçonne fortement que des accusations seront portées, aucune accusation ne l'a encore été. Par conséquent, à mon avis, tant que les accusations n'auront pas été portées, le témoin ou la cible ici en cause n'ont aucun droit à la communication.

[7] Nous souscrivons à l'approche adoptée par M. Flanigan. Elle ne va pas à l'encontre de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, selon lequel il existe un droit à la communication une fois que les accusations ont été portées. Aucune accusation n'est portée au stade de l'enquête dans la présente instance. Il incombe au président d'enquête de mener l'enquête de la façon dont il l'estime nécessaire et appropriée, conformément à la loi et eu égard aux considérations

of these obligations require prior disclosure as a matter of right.

[8] The Court was told that in the course of proceedings, counsel for Mr. Del Zotto was given time, after documents had been adduced, to review them, although counsel complained that the time provided was insufficient in his view.

[9] It is open to the hearing officer to require prior notification of evidence to be sought or to provide witnesses or counsel with reasonable time to provide evidence or review documents if prior notification is not required. These are matters pertaining to the conduct of the inquiry and are under the control and subject to the discretion of the hearing officer.

THE RIGHT TO CROSS-EXAMINE

[10] Mr. Del Zotto submits that the right to cross-examine is implicit in his “right to be represented by counsel throughout the inquiry” under subsection 231.4(6). He says that the one exception as stated in subsection 231.4(6) is if, on an application by the Minister or a person giving evidence, the hearing officer orders otherwise on the ground that the presence of the person whose affairs are being investigated and his counsel or either of them, would be prejudicial to the effective conduct of the inquiry. Otherwise, there is an entitlement to have counsel present and have counsel do the work that counsel normally does, i.e. cross-examine witnesses.

[11] However, counsel did not provide any authority to the effect that a statutory right to be represented by counsel necessarily implies, without exception, the right to cross-examine.

[12] The requirements of fairness will vary depending upon the circumstances. A statutory right to be

relatives à l'équité procédurale qui s'appliquent compte tenu des circonstances. Aucune de ces obligations ne prévoit la communication préalable de plein droit.

[8] On a dit à la Cour que dans le cours de l'instance, on a donné le temps à l'avocat de M. Del Zotto d'examiner les documents une fois qu'ils avaient été produits, même si l'avocat a déclaré qu'à son avis, on ne lui avait pas accordé suffisamment de temps.

[9] Il est loisible au président d'enquête d'exiger qu'un préavis soit signifié au sujet de la preuve qui sera demandée ou de donner aux témoins ou aux avocats suffisamment de temps pour leur permettre de fournir des éléments de preuve ou pour examiner des documents s'il n'est pas nécessaire de signifier un préavis. Il s'agit de questions se rapportant à la conduite de l'enquête; elles relèvent du président d'enquête, qui a un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

LE DROIT DE CONTRE-INTERROGER LES TÉMOINS

[10] M. Del Zotto soutient que le droit de contre-interroger un témoin fait implicitement partie de son [TRADUCTION] «droit d'être représenté par avocat tout au long de l'enquête», lequel est prévu au paragraphe 231.4(6). Il affirme que la seule exception est énoncée au paragraphe 231.4(6), à savoir lorsque, sur demande du ministre ou d'un témoin, le président d'enquête en décide autrement pour le motif que la présence de la personne dont les affaires donnent lieu à l'enquête et de son avocat ou de l'un d'eux nuirait à la bonne conduite de l'enquête. Autrement, le particulier en cause a le droit d'être représenté par avocat et il a le droit de charger celui-ci de tout travail dont les avocats s'acquittent normalement, c'est-à-dire contre-interroger les témoins.

[11] Toutefois, l'avocat n'a pas cité d'arrêt selon lequel le droit reconnu par la loi d'être représenté par un avocat comporte nécessairement, sans exception aucune, le droit de contre-interroger un témoin.

[12] Les exigences de l'équité varient selon les circonstances. Le droit reconnu par la loi d'être

represented by counsel, without further directive, does not necessarily imply a right to cross-examine. The role of counsel will be determined by the hearing officer. That was the approach adopted by Estey J. in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at page 231:

It follows from the above discussion that neither s. 20(1) of the Act nor the doctrine of fairness provides the appellants with a right to cross-examine witnesses at the inquiry. Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train will determine the extent of the right to counsel and, where counsel is authorized by statute without further directive, the role of such counsel. The investigating body must control its own procedure. When that body has determinative powers, different considerations enter the process. The case against the investigated must be made known to him. This is provided for in the Act at each of the progressive stages of the inquiry. [Emphasis added.]

At page 235, he stated:

These proceedings have not reached the stage, in the words of Lord Wilberforce in *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, at p. 317 that "it is necessary to look at the procedure in its setting and ask the question whether it operates unfairly to the taxpayer to a point where the courts must supply the legislative omission". Courts must, in the exercise of this discretion, remain alert to the danger of unduly burdening and complicating the law enforcement investigative process. Where that process is in embryonic form engaged in the gathering of raw material for further consideration, the inclination of the courts is away from intervention. Where, on the other hand, the investigation is conducted by a body seized of powers to determine, in a final sense or in the sense that detrimental impact may be suffered by the individual, the courts are more inclined to intervene.

Mr. Flanigan relied on *Irvine* in finding at paragraph 21:

In the present case, it was sufficient that the Hearing Officer allowed all the parties to be represented by counsel who could object to improper questioning and re-examine their clients to clarify the testimony given and to ensure that the full story was communicated by the witness counsel represented.

représenté par un avocat, sans plus, ne comporte pas nécessairement le droit de contre-interroger les témoins. C'est le président d'enquête qui décide du rôle de l'avocat. Telle est l'approche qui a été adoptée par le juge Estey dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la page 231:

Il découle de l'analyse qui précède que ni le par. 20(1) de la Loi ni le principe de l'équité ne confèrent aux appelants le droit de contre-interroger les témoins à l'enquête. L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s'ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat et, lorsqu'un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat. L'organisme d'enquête doit être maître de sa propre procédure. Lorsque cet organisme détient des pouvoirs décisionnels, des considérations différentes entrent en scène. La preuve qui pèse contre la personne qui fait l'objet de l'enquête doit lui être communiquée. C'est ce que prévoit la Loi à chaque étape de l'enquête. [Non souligné dans l'original.]

À la page 235, le juge a ajouté:

La présente instance n'a pas atteint le stade où, pour reprendre les termes de lord Wilberforce dans l'arrêt *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, à la p. 317, [TRADUCTION] «il est nécessaire de considérer la procédure dans son contexte et de se demander si elle ne joue pas injustement contre le contribuable, au point où les tribunaux se doivent de suppléer à l'omission du législateur». Les tribunaux judiciaires doivent, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, toujours demeurer conscients du danger qu'il y a de surcharger et de compliquer indûment le processus d'enquête sur l'application de la loi. Lorsque ce processus, à l'état embryonnaire, consiste à rassembler des matériaux bruts pour étude ultérieure, les tribunaux ne sont pas enclins à intervenir. Lorsque, par ailleurs, l'organisme qui procède à l'enquête dispose de pouvoirs de statuer, dans un sens définitif ou en ce sens qu'un effet préjudiciable peut en résulter pour l'individu, les tribunaux sont plus enclins à intervenir.

M. Flanigan s'est fondé sur l'arrêt *Irvine* pour conclure, au paragraphe 21:

[TRADUCTION] En l'espèce, il suffit que le président d'enquête ait permis à toutes les parties d'être représentées par un avocat qui pourrait s'opposer aux questions non appropriées et réinterroger ses clients en vue de donner des précisions au sujet du témoignage de ces derniers et de s'assurer que l'histoire est communiquée au complet par le témoin.

Counsel for Mr. Del Zotto is being given the right to object to improper questions and to clarify testimony of witnesses in order that the full story be communicated. In our view, that is sufficient for purposes of the inquiry. We can find no error in Mr. Flanigan's reasoning or his conclusion.

THE SUBPOENA

[13] Counsel for Mr. Noble argued that the subpoena served on Mr. Noble is out of date and that its contents are no longer applicable. He said that it no longer has legal validity. However, he cited no authority to the effect that a subpoena expires with the passage of time or because the date or place of hearing may have changed from what was noted on the subpoena. Nor did he indicate what criteria the Court should apply to determine when and whether a subpoena loses its validity.

[14] In this case, Mr. Noble was a party in the litigation in this Court that arose after the authorizing of the inquiry and culminating in the decision of the Supreme Court of Canada on January 21, 1999 on Mr. Del Zotto's and Mr. Noble's constitutional challenge to the inquiry. Mr. Noble knows what is going on. This is not the case of a dormant inquiry that is resurrected after many years. Suffice it to say that, Mr. Noble has not demonstrated any reason why the subpoena should not continue to have effect.

MR. NOBLE'S ALLEGED RIGHT TO PRIOR DISCLOSURE

[15] Our comments with respect to Mr. Del Zotto's claim to prior disclosure are applicable to Mr. Noble. Counsel for Mr. Noble argues that much of the evidence that may be sought from Mr. Noble is old and it may be difficult to answer questions unless prior notice is given.

[16] That is a matter for the hearing officer. If he considers it necessary for the efficacy of the inquiry,

L'avocat de M. Del Zotto s'est vu accorder le droit de s'opposer aux questions non appropriées et de donner des précisions au sujet des témoignages, de façon que l'histoire soit communiquée au complet. À notre avis, cela suffit aux fins de l'enquête. Nous ne pouvons constater aucune erreur dans le raisonnement de M. Flanigan ou dans sa conclusion.

L'ASSIGNATION

[13] L'avocat de M. Noble a soutenu que l'assignation qui a été signifiée à M. Noble est caduque et que son contenu n'est plus pertinent. Il a affirmé que cette assignation n'est plus légalement valide. Toutefois, il n'a cité aucun arrêt selon lequel une assignation prend fin avec le temps ou parce que la date ou le lieu de l'audience ne sont plus ceux qui y sont inscrits. Il n'a pas non plus indiqué les critères que la Cour devrait appliquer pour déterminer à quel moment et dans quelles circonstances une assignation cesse d'être valide.

[14] En l'espèce, M. Noble était partie au litige qui a pris naissance devant notre Cour après que la tenue de l'enquête eut été autorisée et après que l'enquête eut abouti à la décision que la Cour suprême du Canada a rendue le 21 janvier 1999 par suite de la contestation de l'enquête, sur le plan constitutionnel, par M. Del Zotto et M. Noble. M. Noble est au courant de ce qui se passe. Il ne s'agit pas ici d'une enquête inactive qui reprend après de nombreuses années. Il suffit de dire que M. Noble n'a pas démontré pourquoi l'assignation ne devrait pas continuer à avoir effet.

LE PRÉSUMÉ DROIT DE M. NOBLE À LA COMMUNICATION PRÉALABLE

[15] Les remarques que nous faisons au sujet de l'allégation de M. Del Zotto concernant la communication préalable s'appliquent également à M. Noble. L'avocat de M. Noble soutient qu'une bonne partie de la preuve qui peut être demandée à son client est ancienne et qu'il peut être difficile de répondre aux questions en l'absence d'un préavis.

[16] Il s'agit d'une affaire qui relève du président d'enquête. Si le président d'enquête l'estime

it is open to him to order prior disclosure of some of the questions to be asked or the documents to be provided by Mr. Noble. Otherwise, he may give time to Mr. Noble to provide answers to questions or produce documents if, in his view, the circumstances warrant. However, there is no right to prior disclosure on the part of Mr. Noble.

EXCLUSION OF MR. NOBLE'S COUNSEL

[17] Counsel for Mr. Noble argues that he is being wrongly excluded from the inquiry after Mr. Noble has testified. In making this argument before this Court, he does not speak for Mr. Noble but rather as a friend or a person that might assist Mr. Del Zotto. He says that if Mr. Del Zotto waives his right to privacy in the conduct of the hearing, he, Mr. Del Zotto, is entitled to have anyone he wishes, attend the inquiry.

[18] In our view, *Del Zotto (A.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 342 (F.C.A.) is dispositive on this point. In that decision, Hugessen J.A. (as he then was) stated at page 344:

Those provisions, in their turn, had been subject to a definitive interpretation by the Supreme Court of Canada in the case of *Guay v. Lafleur*, [1965] 2 S.C.R. 12, [1964] C.T.C. 350, 64 DTC 5218, at pages 16-17 (C.T.C. 354-55). In that case, Abbott J., speaking for the majority, said as follows:

Hyde and Montgomery, JJ. dissenting, held that the investigation conducted by [the] appellant on behalf of the Minister, is a purely administrative matter which can neither decide nor adjudicate upon anything that it is not a judicial or quasi-judicial enquiry but a private investigation at which the respondent is not entitled to be present or represented by counsel.

After referring to changes to the legislation after *Guay v. Lafleur*, Hugessen J. A. continued [at page 344]:

They (the subsequent changes to the legislation) do not otherwise change the nature of the inquiry which remains, as it was described by the Supreme Court, "a purely administrative matter which can neither decide nor adjudicate upon anything".

nécessaire pour assurer l'efficacité de l'enquête, il lui est loisible d'ordonner la communication préalable de certaines questions qui doivent être posées ou des documents que M. Noble devra fournir. Par ailleurs, il peut donner à M. Noble le temps de répondre aux questions ou de produire les documents si, à son avis, les circonstances justifient la chose. Toutefois, M. Noble n'a aucun droit à la communication préalable.

EXCLUSION DE L'AVOCAT DE M. NOBLE

[17] L'avocat de M. Noble soutient qu'il a été exclu à tort de l'enquête après que son client eut témoigné. En invoquant cet argument devant la Cour, il ne parle pas au nom de M. Noble, mais plutôt en tant qu'ami ou en tant que personne qui pourrait aider M. Del Zotto. Il dit que si M. Del Zotto renonce à son droit à la vie privée dans la conduite de l'enquête, il (M. Del Zotto) a droit à ce que toute personne qu'il veut soit présente à l'enquête.

[18] À notre avis, la décision *Del Zotto (A.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 342 (C.A.F.) règle ce point. Dans cette décision, le juge Hugessen (tel était alors son titre) a fait les remarques suivantes à la page 344:

Ces dispositions avaient, à leur tour, fait l'objet d'une interprétation décisive de la part de la Cour suprême dans l'arrêt *Guay v. Lafleur*, [1965] 2 R.C.S. 12, [1964] C.T.C. 350, 64 DTC 5218, aux pages 16 et 17 (C.T.C. 354-55). Dans cette affaire, le juge Abbott, parlant au nom de la majorité a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Les juges Hyde et Montgomery, dissidents, ont jugé que l'enquête menée par l'appelant pour le compte du ministre est de nature purement administrative, et qu'elle ne peut trancher ni décider quoi que ce soit, qu'il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire ou quasi-judiciaire, mais d'une enquête privée à laquelle l'intimé n'a pas le droit d'être présent ni d'être représenté par un avocat.

Après avoir renvoyé aux modifications apportées par suite de l'arrêt *Guay v. Lafleur*, le juge Hugessen ajoute [à la page 344]:

Ces dispositions [soit les modifications qui ont subséquentement été apportées à la loi] ne changent pas par ailleurs la nature de l'enquête qui reste, comme l'a dit la Cour suprême, «de nature purement administrative et [. . .] ne peut trancher ni décider quoi que ce soit».

The inquiry is a private investigation. While a taxpayer's privacy may be a relevant consideration, it is not the sole reason for it being a private investigation. It is private, as we understand it, to assist in the efficacy of the investigation itself. While there have been amendments to the inquiry process of the *Income Tax Act* since *Guay v. Lafleur*, they do not change this fundamental aspect of the inquiry. In particular, the right of a witness and the taxpayer whose affairs are being investigated to have counsel present does not convert the inquiry into a public one at the discretion of the taxpayer.

[19] Mr. Flanigan refused to allow counsel for Mr. Noble to remain at the hearing when Mr. Noble was not giving evidence. However, the Court was told that Mr. Flanigan permitted counsel for Mr. Noble to make application to remain in the inquiry, provided he was not acting as counsel for Mr. Noble, but rather, was assisting Mr. Del Zotto. As we understand it, the opportunity to make such an application is still open.

REASONABLE APPREHENSION OF BIAS

[20] The final question is whether there is a reasonable apprehension of bias in respect of the Trial Division Judge. Counsel for appellants says that the Judge was a partner in the firm that was counsel for Mr. Del Zotto until his appointment to the Federal Court in 1999. Evidence was produced that in 1993, the Trial Division Judge logged 0.4 hours on the Del Zotto file. Apparently, this was in relation to the obtaining of some documents from the Tax Court of Canada. Counsel for the appellants says it is impossible to know whether the Judge was privy to any confidential information in respect of the matter.

[21] The appellants rely on the majority reasons of Laskin C.J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 388:

Lawyers who have been appointed to the Bench have been known to refrain from sitting on cases involving former clients, even where they have not had any part in the case,

Il s'agit d'une enquête privée. Le droit à la vie privée du contribuable peut être une considération pertinente, mais ce n'est pas l'unique raison pour laquelle il s'agit d'une enquête privée; en effet, à notre avis, on cherche à assurer l'efficacité de l'enquête. Des modifications ont été apportées à la procédure d'enquête prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* depuis l'arrêt *Guay v. Lafleur*, mais ces modifications ne changent rien à cet aspect fondamental de l'enquête. En particulier, le droit à la présence d'un avocat que possède un témoin et le contribuable visé par une enquête n'a pas pour effet de transformer l'enquête, au gré du contribuable, en une enquête publique.

[19] M. Flanigan a refusé de permettre à l'avocat de M. Noble d'assister à l'audience lorsque son client ne témoignait pas. Toutefois, on a dit à la Cour que M. Flanigan avait permis à l'avocat de M. Noble de demander à assister à l'enquête, à condition qu'il n'agisse pas comme avocat de M. Noble, mais qu'il aide plutôt M. Del Zotto. À notre avis, il est encore possible de présenter pareille demande.

LA CRAINTE RAISONNABLE DE PARTIALITÉ

[20] Il s'agit en dernier lieu de savoir s'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance. L'avocat des appelants déclare que le juge était associé au cabinet qui agissait pour M. Del Zotto jusqu'à ce qu'il soit nommé à la Cour fédérale, en 1999. Selon certains éléments de preuve, le juge de première instance a effectué, en 1993, 0,4 heure de travail sur le dossier Del Zotto. Apparemment, ce travail visait à l'obtention de certains documents de la Cour canadienne de l'impôt. L'avocat des appelants affirme qu'il est impossible de savoir si le juge était au courant de renseignements confidentiels concernant l'affaire.

[21] Les appelants se fondent sur les motifs que le juge en chef Laskin a exposés au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 388:

On sait que des avocats nommés juges se sont abstenus pendant une période raisonnable, d'entendre des affaires auxquelles d'anciens clients étaient parties même s'ils

until a reasonable period of time has passed. *A fortiori* they would not sit in any case in which they played any part at any stage of the case.

[22] This statement is referred to by the Honourable J. O. Wilson in *A Book for Judges*, written at the request of the Canadian Judicial Council, in which the author stated at page 28, referring to the statement of Laskin C.J. cited above:

This statement may be an obiter dictum, but it comes from an august source and sets a proper standard of conduct, and in the latter part of the statement, a possible ground for disqualification. A newly appointed judge, formerly associated with a law firm, should not sit on a case in which the action had been commenced while he was still associated with the firm.

[23] Finally, the appellants rely on the Canadian Judicial Council's *Ethical Principles for Judges*, November 1998, under the heading "Conflicts of Interest". On page 29, the advice given is:

2. Judges should disqualify themselves in any case in which they believe that a reasonable, fair minded and informed person would have a reasoned suspicion of conflict between a judge's personal interest (or that of a judge's immediate family or close friends or associates) and a judge's duty.
3. Disqualification is not appropriate if: (a) the matter giving rise to the perception of a possibility of conflict is trifling or would not support a plausible argument in favour of disqualification, or (b)

[24] In the Commentaries under the heading "Former Clients" on page 47 is found the following:

Judges will face the issue of whether they should hear cases involving former clients, There are three main factors to be considered. First, the judge should not deal with cases concerning which the judge actually has a conflict of interest, for example, as a result of having had confidential information concerning the matter prior to appointment. . . .

The following are some general guidelines which may be helpful:

- (a) A judge who was in private practice should not sit on any case in which the judge or the judge's former firm was directly involved as either counsel of record or in any other capacity before the judge's appointment.

n'avaient rien eu à faire avec le dossier. A plus forte raison, nul ne siègerait dans une cause à laquelle il aurait pu prendre part à un stade quelconque de l'affaire.

[22] Cette remarque est mentionnée dans l'ouvrage intitulé *A Book for Judges*, rédigé à la demande du Conseil canadien de la magistrature, où l'honorable J. O. Wilson dit, à la page 28, au sujet de la remarque précitée du juge en chef Laskin:

[TRADUCTION] Il s'agit peut-être d'une remarque incidente, mais elle vient d'une auguste source et elle énonce une norme de conduite appropriée ainsi que, dans la dernière partie de la remarque, un motif possible de récusation. Un juge qui vient d'être nommé et qui était autrefois associé à un cabinet d'avocats ne devrait pas siéger dans une affaire, lorsque l'action a été intentée pendant qu'il était associé au cabinet.

[23] Enfin, les appellants se fondent sur le document intitulé *Principes de déontologie judiciaire*, du Conseil canadien de la magistrature, novembre 1998, sous la rubrique: «Conflit d'intérêts». À la page 29, l'opinion suivante est exprimée:

2. Les juges se récusent chaque fois qu'ils croient qu'une personne raisonnable, impartiale et bien informée aurait des motifs de soupçonner qu'il existe un conflit entre leur intérêt personnel (ou celui de leurs proches parents, de leurs amis intimes ou de leurs associés) et l'exercice de leur fonction.
3. Il n'est pas à propos de se récuser si, selon le cas: a) l'élément laissant croire à la possibilité de conflit est négligeable ou ne permettrait pas de soutenir de manière plausible que la récusation s'impose;

[24] Voici une parties des commentaires figurant sous la rubrique «Anciens clients», aux pages 49 et 50:

Les juges devront parfois se demander s'il convient d'entendre des affaires qui impliquent d'anciens clients [. . .] Trois facteurs principaux entrent en jeu. Premièrement, le juge ne doit pas entendre d'affaires dans lesquelles il se trouve réellement en situation de conflit d'intérêts—par exemple, parce qu'il a obtenu des renseignements confidentiels reliés au litige avant d'être nommé juge [. . .]

Les lignes directrices suivantes ont un caractère général. Elles peuvent s'avérer utiles:

- a) Le juge ne devrait pas entendre d'affaires dans lesquelles lui-même ou son ancien cabinet ont agi directement, soit à titre de procureur inscrit au dossier, soit à un autre titre, avant sa nomination.

...

(c) With respect to the judge's former law partners, or associates and former clients, the traditional approach is to use a "cooling off period," often established by local tradition at 2, 3 or 5 years and in any event at least as long as there is any indebtedness between the firm and the judge and subject to guideline (a) above concerning former clients.

[25] We do not read the Judicial Council advice and guidelines as a code of prohibited behaviour or setting standards of judicial misconduct. Indeed section 2 of the Principles states [at page 3]:

2. The Statements, Principles and Commentaries are advisory in nature. Their goals are to assist judges with the difficult ethical and professional issues which confront them and to assist members of the public to better understand the judicial role. They are not and shall not be used as a code or a list of prohibited behaviours. They do not set out standards defining judicial misconduct.

Nor do we consider that deviation from a statement or a guideline automatically equates to a reasonable apprehension of bias. On the other hand, the statements and guidelines are drafted with a view to identifying those circumstances in which a reasonable, fair minded and informed person could have a reasoned suspicion of a conflict.

[26] As to the facts, it should first be observed that Mr. Del Zotto recently changed counsel so that when the matter came before the Trial Division Judge in December 1999, present counsel, and not the Judge's former firm, was acting for Mr. Del Zotto. We are certain that had his former firm been acting, the Trial Division Judge would have recused himself having regard to his recent association with that firm. However, when different counsel appeared, it seems that the Trial Division Judge did not suspect the presence of any conflict. Nor, apparently did counsel, as no one raised it before him.

[. . .]

c) En ce qui concerne les affaires impliquant d'anciens collègues, associés ou clients du juge, la ligne de conduite traditionnelle consiste à s'abstenir de les instruire pendant une certaine période. Souvent fixée à deux, trois ou cinq ans, selon les coutumes locales, et de toute façon cette période de «distanciation» se poursuit, à tout le moins, aussi longtemps qu'il existe une dette entre le cabinet et le juge. La ligne directrice a) visant les anciens clients entre également en ligne de compte.

[25] Nous n'interprétons pas les opinions et lignes directrices données par le Conseil de la magistrature comme un code de conduite ou comme énonçant les normes définissant l'inconduite judiciaire. De fait, selon l'article 2 des Principes [à la page 3]:

2. Les Énoncés, Principes et Commentaires se veulent de simples recommandations. L'objectif visé est, d'une part, d'aider les juges à trouver des réponses aux épineuses questions d'ordre déontologique et professionnel auxquels ils sont confrontés, et, d'autre part, d'aider le public à mieux comprendre le rôle des juges. Ils ne constituent pas un code ou une liste de comportements prohibés et ils ne doivent pas être utilisés comme tel. Ils n'énoncent pas de normes définissant l'inconduite judiciaire.

Nous ne considérons pas non plus qu'une dérogation à un énoncé ou à une ligne directrice donne nécessairement lieu à une crainte raisonnable de partialité. D'autre part, les énoncés et lignes directrices visent à indiquer les circonstances dans lesquelles une personne raisonnable, impartiale et bien informée aurait des motifs de soupçonner qu'il existe un conflit.

[26] Quant aux faits, il convient en premier lieu de noter que M. Del Zotto a récemment changé d'avocat de sorte que, lorsque l'affaire a été entendue par le juge de première instance, au mois de décembre 1999, c'était l'avocat actuel qui agissait pour M. Del Zotto plutôt que l'ancien cabinet du juge. Nous sommes certains que si l'ancien cabinet du juge avait agi pour M. Del Zotto, le juge de première instance se serait récusé en raison de son association récente à ce cabinet. Toutefois, lorsqu'un avocat différent s'est présenté, le juge de première instance ne semble pas avoir soupçonné l'existence d'un conflit, et l'avocat non plus, semble-t-il, puisque personne n'a soulevé la question.

[27] In this case, there are two relevant considerations. The first is that the Judge's former firm was directly involved in the matter of the Del Zotto inquiry under the *Income Tax Act* when the Judge was a member of the firm. The second is that the Judge had recorded time on the Del Zotto file.

[28] The evidence is that the Judge did not practice in the office where the Del Zotto file was being handled. Further, it is clear that the Judge's involvement in the file was some six years before he heard the judicial review and was minimal and peripheral.

[29] The cases suggest that sometimes the fact that a judge hears a case in which his firm was involved before his appointment does not give rise to a reasonable apprehension of bias. However, these cases also indicate that there was no direct or indirect involvement by the judge with the matter when he was at the firm. (See, for example, *R. v. Bagot*, [2000] M.J. No. 223 (C.A.) (QL), at paragraph 5, and *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. No. 1319 (Sup. Ct.) (QL), at paragraph 37a.)

[30] In the circumstances here, in an abundance of caution, we would allow the appeal from the Trial Division on this issue. However, we reiterate that what transpired was inadvertent and arose because of the unusual fact that there had been a change of counsel which apparently caused both the learned Judge and counsel to be caught off guard.

[31] Having said this, subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] authorizes this Court to give the judgment that should have been given by the Trial Division. Subparagraph 52(b)(i) provides:

52. The Federal Court of Appeal may

. . .

(b) in the case of an appeal from the Trial Division,

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Trial Division

[27] En l'espèce, deux considérations sont pertinentes. En premier lieu, il y a le fait que l'ancien cabinet du juge était directement mêlé à l'enquête Del Zotto menée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque le juge était membre de ce cabinet. En second lieu, il y a le fait que le juge a effectué du travail dans le dossier Del Zotto.

[28] Selon la preuve, le juge n'exerçait pas sa profession, à l'époque pertinente, dans le cabinet qui était chargé du dossier Del Zotto. En outre, il est clair que le juge a effectué du travail dans le dossier environ six ans avant d'avoir entendu la demande de contrôle judiciaire et que sa participation avait été minimale et d'importance secondaire.

[29] Selon certains arrêts, il arrive parfois que le fait qu'un juge entende une affaire dans laquelle son cabinet était en cause avant sa nomination ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, dans ces affaires, le juge ne s'était pas occupé du dossier, que ce soit directement ou indirectement, lorsqu'il travaillait au cabinet en question. (Voir, par exemple, *R. v. Bagot*, [2000] M.J. n° 223 (C.A.) (QL), au paragraphe 5; et *R. v. R.T.A.*, [2000] O.J. n° 1319 (C. sup.) (QL), au paragraphe 37a.)

[30] Eu égard aux circonstances de l'espèce, nous accueillons avec la plus grande prudence l'appel interjeté contre la décision rendue par la Section de première instance sur ce point. Toutefois, nous répétons que la situation s'est produite par inadvertance et à cause du fait inhabituel qu'il y avait eu changement d'avocat, ce qui a, semble-t-il, pris le juge et les avocats par surprise.

[31] Cela dit, l'alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] autorise notre Cour à rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre. L'alinéa 52b)(i) prévoit:

52. La Cour d'appel peut:

[. . .]

b) dans le cas d'un appel d'une décision de la Section de première instance:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre et prendre

should have given or awarded,

Counsel for the appellant's agrees that we have this jurisdiction and does not ask that the matter be remitted to the Trial Division for redetermination.

[32] Accordingly, we would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division and find that the judicial review application against the decision of the Honourable Keith Flanigan be dismissed. In view of this conclusion, there will be no award as to costs.

[33] The appellants' moved to introduce new evidence on this appeal. We will dismiss the motion in so far as transcripts of the inquiry are concerned and will order that such transcripts be returned to the appellants.

toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

L'avocat des appelants convient que nous avons cette compétence et il ne demande pas que l'affaire soit renvoyée à la Section de première instance pour nouvelle décision.

[32] Par conséquent, nous accueillons l'appel, infirmons la décision de la Section de première instance et nous concluons que la demande de contrôle judiciaire présentée contre la décision de l'honorable Keith Flanigan doit être rejetée. Cela étant, aucune ordonnance n'est rendue au sujet des dépens.

[33] Les appelants ont demandé à présenter de nouveaux éléments de preuve dans le présent appel. Nous rejetons la requête en ce qui concerne les transcriptions de l'enquête et nous ordonnons que pareilles transcriptions soient retournées aux appelants.