

T-524-87

T-524-87

Director of Investigation and Research: the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended by S.C. 1986, c. 26, *ex rel.* Larry W. Bryenton (*Applicant*)*

v.

Calgary Real Estate Board Co-operative Limited, Royal Lepage Real Estate Services Limited (*Respondents*)*

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) v. CALGARY REAL ESTATE BOARD CO-OPERATIVE LTD.

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, June 25 and July 29, 1987.

*Combines — Search warrants — Supporting affidavit — Application for order compelling affiant to attend before prothonotary for cross-examination upon information — Pursuant to information, 23 search warrants issued and executed under Competition Act — Senior prothonotary issuing appointments for cross-examination of investigators on information — Director taking position investigators need not appear for cross-examination — Applicability of R. 332(5) providing for possibility of cross-examining affiants — Whether right to cross-examination fundamental to Charter ss. 7 and 8 rights — Motion dismissed — No prima facie right to cross-examination at preliminary stage — Application for approval of search warrant merely investigative step — No substantial injustice caused by denying right to cross-examine — Cross-examination at this stage just fishing expedition — Before cross-examination permitted, deliberate falsehood or omission or reckless disregard for truth should be alleged and established — Presumption of validity of affidavit supporting application for search warrant — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23 (as am. by S.C. 1986, c. 26, ss. 18ff), s. 13 (as am. *idem*, s. 24) — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(5) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 7, 8 — Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), s. 91(2).*

* Editor's note: In the present motion, the Calgary Real Estate Board Co-operative Limited and Royal Lepage Real Estate Services Limited are, in fact, the applicants and the Director of Investigation and Research is the respondent.

Directeur des enquêtes et recherches: *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, chap. C-23, modifié par S.C. 1986, chap. 26, d'après l'information reçue de Larry W. Bryenton (*requérant*)*

c.

Calgary Real Estate Board Co-operative Limited et Services immobiliers Royal Lepage Limitée (*intimés*)*

RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) c. CALGARY REAL ESTATE BOARD CO-OPERATIVE LTD.

Division de première instance, juge Dubé—Ottawa, 25 juin et 29 juillet 1987.

*Coalitions — Mandats de perquisition — Affidavit justificatif — Demande d'ordonnance obligeant le déposant à comparaître devant le protonotaire pour être contre-interrogé sur sa dénonciation — Sur le fondement de cette dénonciation, 23 mandats de perquisition ont été délivrés et exécutés en conformité avec la Loi sur la concurrence — Le protonotaire-chef a émis des convocations en vue du contre-interrogatoire des enquêteurs relativement à leurs dénonciations respectives — Le directeur a fait savoir que les enquêteurs n'étaient pas tenus de comparaître pour être contre-interrogés — Est-ce que la Règle 332(5) prévoyant la possibilité de contre-interroger les déposants s'applique? — Il s'agit de savoir si le droit de procéder à un contre-interrogatoire est essentiel à l'existence des garanties juridiques prévues par les art. 7 et 8 de la Charte — Requête rejetée — Il n'existe à première vue aucun droit de procéder à un contre-interrogatoire à ce stade préliminaire — La demande visant à obtenir un mandat de perquisition ne constitue qu'un moyen de faire enquête — Le refus d'accorder le droit de procéder à un contre-interrogatoire ne cause aucune injustice grave — À cette étape-ci, le contre-interrogatoire ne serait qu'un interrogatoire à l'aveuglette — Pour que la tenue d'un contre-interrogatoire puisse être autorisée, il faut alléguer et prouver l'existence d'un mensonge délibéré ou d'une omission délibérée de dire la vérité — L'affidavit déposé au soutien d'une demande visant à obtenir un mandat de perquisition est présumée valide — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, chap. C-23 (mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 18 et ss.), art. 13 (mod., *idem*, art. 24) — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, R. 332(5) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7, 8 — Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n^o 5] (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n^o 1), art. 91(2).*

* Note de l'arrêtiiste: Dans la présente requête, la Calgary Real Estate Board Co-operative Limited et les Services immobiliers Royal Lepage Limitée sont, de fait, les requérants tandis que le directeur des enquêtes et recherches est l'intimé.

Practice — Affidavits — In support of search warrant — No prima facie right to cross-examine affiant upon information — Necessity of alleging and establishing deliberate falsehood or omission or reckless disregard for truth in affidavit — Presumption of validity of supporting affidavits.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Re Corsini and the Queen (1979), 49 C.C.C. (2d) 208 (Ont. H.C.); *McIntosh Paving Company Limited and Lawson A.W. Hunter*, judgment dated March 18, 1987, Supreme Court of Ontario, not yet reported; *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1987), 18 O.A.C. 321. ^b

DISTINGUISHED:

Wilson v. The Queen, [1983] 2 S.C.R. 594. ^c

REFERRED TO:

Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue (1983), 83 DTC 5361 (Ont. S.C.); *Re Corr et al. and The Queen et al.* (1987), 58 O.R. (2d) 528 (H.C.); *Volckmar v. Krupp*, [1958] O.W.N. 303 (H.C.); *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. et al.*, [1983] 2 S.C.R. 206; 3 D.L.R. (4th) 16; *Attorney General of Canada v. Québec Ready Mix Inc.*, [1985] 2 F.C. 40; 25 D.L.R. (4th) 373 (C.A.); *Goldman et al. v. Hoffmann-La Roche Limited*, judgment dated June 4, 1987, Ontario Court of Appeal, not yet reported. ^e

COUNSEL:

W. J. Miller for applicant. ^f
Gordon E. Kaiser for respondents.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant. ^g
Gowling & Henderson, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by ^h

DUBÉ J.: The instant application is for an order compelling Larry W. Bryenton to attend before a prothonotary or any other person specifically appointed by a prothonotary or the Court to be cross-examined upon his information dated March 12, 1987.

Pursuant to the information in question, and fourteen others, Mr. Justice Denault of this Court issued 23 search warrants on March 12, 1987 ^j

Pratique — Affidavits — À l'appui d'un mandat de perquisition — Il n'existe à première vue aucun droit de contre-interroger le déposant sur sa dénonciation — Il faut alléguer et prouver l'existence d'un mensonge délibéré ou d'une omission délibérée de dire la vérité dans l'affidavit — Les affidavits justificatifs sont présumés valides.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Re Corsini and the Queen (1979), 49 C.C.C. (2d) 208 (H.C. Ont.); *McIntosh Paving Company Limited and Lawson A.W. Hunter*, jugement en date du 18 mars 1987, Cour suprême de l'Ontario, encore inédit; *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1987), 18 O.A.C. 321.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Wilson c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 594.

DÉCISIONS CITÉES:

Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue (1983), 83 DTC 5361 (C.S. Ont.); *Re Corr et al. and The Queen et al.* (1987), 58 O.R. (2d) 528 (H.C.); *Volckmar v. Krupp*, [1958] O.W.N. 303 (H.C.); *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée et autre*, [1983] 2 R.C.S. 206; 3 D.L.R. (4th) 16; *Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix Inc.*, [1985] 2 C.F. 40; 25 D.L.R. (4th) 373 (C.A.); *Goldman et al. v. Hoffmann-La Roche Limited*, jugement en date du 4 juin 1987, Cour d'appel de l'Ontario, encore inédit.

AVOCATS:

W. J. Miller pour le requérant.
Gordon E. Kaiser pour les intimés.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Gowling & Henderson, Ottawa, pour les intimés.

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

LE JUGE DUBÉ: La présente demande porte sur une ordonnance obligeant Larry W. Bryenton à comparaître devant un protonotaire ou devant toute autre personne spécialement nommée par un protonotaire ou par la Cour pour être contre-interrogé sur sa dénonciation en date du 12 mars 1987.

Sur le fondement de la dénonciation en question et de quatorze autres dénonciations, le juge Denault de cette Cour a délivré vingt-trois man-

pursuant to section 13 of the *Competition Act* [R.S.C. 1970, c. C-23 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 24)]. The warrants were executed at the premises of the respondents between March 16 and March 20, 1987. On June 12, 1987, the senior a prothonotary issued appointments for the cross-examination of each of the investigators in relation to their respective informations. They were served with the notices of appointment. On June 15, 1987, solicitors for the Director of Investigation and Research ("the Director") advised that the investigators were under no obligation to appear for cross-examination.

The respondents submit that once the Director chooses to proceed in the Federal Court of Canada to obtain a search warrant he accepts the procedures applicable to the Court as defined in the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] and the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. They allege that the decision to issue a search warrant *ex parte* under the *Competition Act* is, by its very nature, an *ex parte* order of the Federal Court. Rule 332(5) of the *Federal Court Rules* provides that any person making an affidavit that has been filed may be required to appear before a prothonotary, or any other person specially appointed to be cross-examined.

The respondents also submit that there is a *prima facie* right of an adverse party to cross-examine an informant on an affidavit submitted in support of an application for a search warrant issued under section 13 of the *Competition Act* and refer to *Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*;¹ *Re Corr et al. and The Queen et al.*² and *Volckmar v. Krupp*.³ The respondents also claim that, in any event, there is a right to cross-examine an informant in proceedings instituted to have an *ex parte* order reviewed (*Wilson v. The Queen*).⁴ The respondents also argue that such a right of cross-examination is fundamental to the legal rights

de perquisition le 12 mars 1987 en conformité avec l'article 13 de la *Loi sur la concurrence* [S.R.C. 1970, chap. C-23 (mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 24)]. Les mandats ont été exécutés aux bureaux des intimés entre le 16 mars et le 20 mars 1987. Le 12 juin 1987, le protonotaire-chef a procédé à des nominations en vue du contre-interrogatoire de chacun des enquêteurs relativement à leurs dénonciations respectives. Elles ont été signifiées avec les avis de nomination. Le 15 juin 1987, les procureurs du directeur des enquêtes et recherches («le directeur») ont fait savoir que les enquêteurs n'étaient pas tenus de comparaître pour être contre-interrogés.

Les intimés prétendent qu'une fois que le directeur a choisi de s'adresser à la Cour fédérale du Canada pour obtenir un mandat de perquisition, il accepte la procédure applicable à la Cour, qui est prévue par la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] et les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663]. Elles soutiennent que la décision de délivrer un mandat de perquisition *ex parte* en vertu de la *Loi sur la concurrence* constitue, de par sa nature même, une ordonnance *ex parte* de la Cour fédérale. La Règle 332(5) des *Règles de la Cour fédérale* dispose que toute personne ayant fait un affidavit qui a été déposé peut être requise de comparaître devant un protonotaire ou devant toute autre personne spécialement nommée pour être contre-interrogée.

Les intimés prétendent également que la partie adverse a, à première vue, le droit de contre-interroger le dénonciateur au sujet d'un affidavit déposé au soutien d'une demande de mandat de perquisition délivré en vertu de l'article 13 de la *Loi sur la concurrence* et elles citent les décisions *Butler Manufacturing Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*¹; *Re Corr et al. and The Queen et al.*² et *Volckmar v. Krupp*³. Les intimés allèguent en outre que, de toute façon, le droit de contre-interroger le dénonciateur existe dans les poursuites intentées en vue d'obtenir la révision d'une ordonnance *ex parte* (*Wilson c. La Reine*⁴). Ils avancent de plus que ce droit de

¹ (1983), 83 DTC 5361 (Ont. S.C.).

² (1987), 58 O.R. (2d) 528 (H.C.).

³ [1958] O.W.N. 303 (H.C.).

⁴ [1983] 2 S.C.R. 594.

¹ (1983), 83 DTC 5361 (C.S. Ont.).

² (1987), 58 O.R. (2d) 528 (H.C.).

³ [1958] O.W.N. 303 (H.C.).

⁴ [1983] 2 R.C.S. 594.

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

The respondents also argue that since the provisions of Parts I and II of the *Competition Act* are expressly enacted in accordance with the trade and commerce power set out in subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)], and since such provisions are clearly applicable to both criminal and civil proceedings, that the procedure in respect of those matters is not criminal procedure, hence the existing *Federal Court Rules* are applicable (*Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. et al.*,⁵ Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed.), pages 406 to 409; *Attorney General of Canada v. Québec Ready Mix Inc.*⁶ and *Goldman et al. v. Hoffmann-La Roche Limited*).⁷

It must be borne in mind that the motion duly filed and before me is a preliminary motion compelling an investigator to attend for cross-examination. Counsel for the respondents had with him another motion to rescind the search orders of Denault J., which motion was not filed before the hearing of this motion but was filed later to be heard on September 8, 1987. The memorandum of arguments tendered by counsel was likely designed for the second motion but I allowed it to be used for the instant motion in as much as it applied to it. These reasons and this order therefore apply to this first preliminary motion and will not necessarily affect the outcome of the second one to be heard on September 8, 1987.

⁵ [1983] 2 S.C.R. 206; 3 D.L.R. (4th) 16.

⁶ [1985] 2 F.C. 40; 25 D.L.R. (4th) 373 (C.A.).

⁷ (Ont. C.A.—not yet reported, judgment dated 4 June 1987).

procéder à un contre-interrogatoire est essentiel à l'existence des garanties juridiques prévues par les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)].

Toujours selon les intimés, étant donné que les dispositions des Parties I et II de la *Loi sur la concurrence* ont été expressément adoptées en conformité avec le pouvoir de réglementer le trafic et le commerce prévu au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)] et que ces dispositions s'appliquent clairement tant aux poursuites criminelles qu'aux poursuites civiles, la procédure relative à ces questions ne relève pas de la procédure criminelle et par conséquent les *Règles de la Cour fédérale* actuelles s'appliquent (voir *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée et autre*⁵, Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd.), pages 406 à 409; *Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix Inc.*⁶ et *Goldman et al. v. Hoffmann-La Roche Limited*⁷).

Il faut tenir compte du fait que la requête dûment déposée et dont je suis saisi est une requête préliminaire qui contraint un enquêteur à comparaître pour être contre-interrogé. L'avocat des intimés avait présenté une autre requête pour faire annuler les ordonnances de perquisition rendues par le juge Denault, laquelle requête n'a pas été déposée avant l'audition de la présente requête mais a été déposée plus tard et doit être entendue le 8 septembre 1987. L'exposé des arguments présenté par l'avocat était vraisemblablement destiné à la deuxième requête mais j'ai permis qu'on l'utilise aux fins de la présente requête dans la mesure où il s'y appliquait. Les présents motifs et la présente ordonnance s'appliquent donc à cette première requête préliminaire et n'influeront pas nécessairement sur la décision qui sera rendue relativement à la seconde requête, dont l'audition aura lieu le 8 septembre 1987.

⁵ [1983] 2 R.C.S. 206; 3 D.L.R. (4th) 16.

⁶ [1985] 2 C.F. 40; 25 D.L.R. (4th) 373 (C.A.).

⁷ (C.A. Ont.—jugement en date du 4 juin 1987, encore inédit).

In my view, there is no *prima facie* right to cross-examination at this preliminary stage. The application for approval of the search warrant is merely an investigative step and no substantial injustice is caused by denying the right to cross-examination. The application for approval is not determinative of any final right and no useful purpose would be served by extending the right to cross-examination at this early stage (*Re Corsini and the Queen*).⁸ The respondents have not, as yet, specified on what grounds the informations are being challenged. There is no allegation that the informants would have lied. Cross-examination at this early stage would be merely a fishing expedition.

It has been held in *McIntosh Paving Company Limited and Lawson A.W. Hunter*,⁹ by the Supreme Court of Ontario that "before cross-examination should be permitted an allegation of deliberate falsehood or omission or reckless disregard for the truth with respect to essential material should be made and before a warrant should be set aside, such allegation should be established".

The very recent decision of the Supreme Court of Ontario in *R. v. Church of Scientology and Zaharia*,¹⁰ released January 30, 1987, reviews extensively the whole matter. The Court adopts the American jurisprudence to the effect that there is a presumption of validity with respect to the affidavit supporting the application for a search warrant: "To mandate an evidentiary hearing, the challenger's attack must be more than conclusory and must be supported by more than a mere desire to cross-examine".

The *Church of Scientology* decision and the instant application are distinguishable from the earlier Supreme Court of Canada decision in *Wilson v. The Queen*¹¹ referred to by the respon-

À mon avis, il n'existe à première vue aucun droit de procéder à un contre-interrogatoire à ce stade préliminaire. La demande visant à obtenir un mandat de perquisition ne constitue qu'un moyen de faire enquête, et le refus d'accorder le droit de procéder à un contre-interrogatoire ne cause aucune injustice grave. Une telle demande ne permet pas d'établir l'existence d'un droit d'une manière définitive, et il ne servirait à rien d'accorder le droit de procéder à un contre-interrogatoire à ce stade-ci (voir *Re Corsini and the Queen*).⁸ Les intimées n'ont pas encore précisé les motifs pour lesquels elles contestent les dénonciations. Il n'est nullement allégué que les dénonciateurs auraient menti. À cette étape-ci, le contre-interrogatoire ne serait qu'un interrogatoire à l'aveuglette.

Dans l'affaire *McIntosh Paving Company Limited and Lawson A.W. Hunter*,⁹ la Cour suprême de l'Ontario a statué que [TRADUCTION] «pour que la tenue d'un contre-interrogatoire puisse être autorisée, il fallait alléguer l'existence d'un mensonge délibéré ou d'une omission inconsiderée de dire la vérité relativement à des documents essentiels et [que], pour qu'un mandat puisse être annulé, il fallait prouver une allégation de ce genre».

La décision rendue très récemment, soit le 30 janvier 1987, par la Cour suprême de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Church of Scientology and Zaharia*¹⁰ examine toute cette question en détail. La Cour adopte la jurisprudence américaine selon laquelle l'affidavit déposé au soutien d'une demande visant à obtenir un mandat de perquisition est présumé valide: [TRADUCTION] «Pour entraîner la tenue d'une audience portant sur des éléments de preuve, l'objection de celui qui conteste doit être plus que suggestive et ne pas reposer sur le simple désir de procéder à un contre-interrogatoire».

La décision *Church of Scientology* et la présente demande se distinguent de l'arrêt rendu précédemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wilson c. La Reine*¹¹ citée par les intimés.

⁸ (1979), 49 C.C.C. (2d) 208 (Ont. H.C.).

⁹ (Supreme Court of Ontario, not yet reported, judgment dated 18 March 1987).

¹⁰ (1987), 18 O.A.C. 321.

¹¹ *Supra*, at p. 2.

⁸ (1979), 49 C.C.C. (2d) 208 (H.C. Ont.).

⁹ (Cour suprême de l'Ontario, jugement en date du 18 mars 1987, encore inédit).

¹⁰ (1987), 18 O.A.C. 321.

¹¹ Précitée, à la p. 2.

dents. The cross-examination in *Wilson* took place at a trial before a Provincial Court Judge wherein defence counsel was allowed to cross-examine the police officer whose affidavit had been used in support of the application for the authorization, and not at the preliminary stage as applied for in this instance.

Under the circumstances this motion is denied with costs.

These reasons will apply *mutadis mutandis* to similar applications in T-512-87, T-513-87, T-514-87, T-515-87, T-516-87, T-517-87, T-518-87, T-519-87, T-520-87, T-521-87, T-522-87, T-527-87, T-531-87 and T-532-87.

^a Dans l'affaire *Wilson*, le contre-interrogatoire a eu lieu au cours d'un procès tenu devant un juge de la Cour provinciale, dans lequel l'avocat de la défense a été autorisé à contre-interroger l'agent de police dont l'affidavit avait été utilisé au soutien de la demande d'autorisation, et non pas à l'étape préliminaire comme on le demande en l'espèce.

^b Vu les circonstances, la présente requête est rejetée avec dépens.

^c Les présents motifs s'appliqueront, compte tenu des adaptations de circonstance, aux demandes similaires portant les numéros de greffe T-512-87, T-513-87, T-514-87, T-515-87, T-516-87, T-517-87, T-518-87, T-519-87, T-520-87, T-521-87, T-522-87, T-527-87, T-531-87 et T-532-87.