



**Canada
Federal Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour fédérale
du Canada**

2003, Vol. 2, Part 2

2003, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2003] 2 F.C., 223-492

Renvoi [2003] 2 C.F., 223-492

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar
SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r., Heenan Blaikie
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Legal Editor
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2003.

The following added value features in the Canada Federal Court Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.

ARRÊTISTES

Arrêtiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Arrêtiste
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* est publié conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. L'arrêtiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne: abstrats et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiste en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 995-2706.

Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Court Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests	D-11
Appeals Noted	I
 Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)	489

Citizenship and Immigration—Judicial Review—Leave Requirements—Due to lack of available judges, impossible to meet Immigration Act, s. 82.1(7) requirement for hearing matter within 90 days of granting leave—Fairness to applicant superseding scheduling difficulties—Leave granted, matter to be heard as soon as possible—Word “shall” in Act, s. 82.1(7) interpreted as directory rather than mandatory resulting in no loss of jurisdiction.

Construction of Statutes—Immigration Act, s. 82.1(7)—Due to lack of available judges, impossible to meet Act, s. 82.1(7) 90-day requirement for hearing matter—Leave granted nevertheless, matter to be heard as soon as possible—Word “shall” in Act, s. 82.1(7) interpreted as directory rather than mandatory resulting in no loss of jurisdiction—When provisions of statute relate to performance of public duty, and case such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience, injustice to

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-15
Appels notés	I
 Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.)	489

Citoyenneté et Immigration—Contrôle judiciaire—Conditions d'autorisation—Vu qu'il n'y a pas de juge disponible pour entendre l'affaire, il est impossible de respecter l'exigence de l'art. 82.1(7) de la Loi sur l'immigration suivant laquelle l'affaire doit être entendue dans les 90 jours de la date à laquelle l'autorisation a été accordée—L'obligation d'équité envers le demandeur l'emporte sur la difficulté de fixer une date—L'autorisation est accordée et l'affaire doit être entendue dès que possible—Le mot «*shall*» dans la version anglaise de l'art. 82.1(7) de la Loi est interprété comme ayant un caractère directif plutôt qu'impératif; la Cour ne perd donc pas compétence.

Interprétation des lois—Art. 82.1(7) de la Loi sur l'immigration—Vu qu'il n'y a pas de juge disponible pour entendre l'affaire, il est impossible de respecter l'exigence de l'art. 82.1(7) de la Loi suivant laquelle l'affaire doit être entendue dans un délai de 90 jours—L'autorisation est accordée malgré tout et l'affaire doit être entendue dès que possible—Le mot «*shall*» dans la version anglaise de l'art. 82.1(7) de la Loi est interprété comme ayant un caractère directif plutôt qu'impératif; la Cour ne perd donc pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

persons who have no control over those entrusted with duty, and at same time would not promote object of Legislature, practice to hold such provisions directory only: *McCain Foods Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)*; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*—Doctrine applicable herein although here not matter of neglect but mere impossibility.

Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General) (T.D.) 350

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Applicants claiming federal program, Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS) violates Charter, s. 15(1) by discriminating against urban, off-reserve Aboriginal individuals—Principles set out in case law governing Charter, s. 15 claims reviewed, applied—AHRDS drawing distinction between applicants' communities, those of comparator group (First Nation members living on reserves)—Distinction based on analogous ground of Aboriginality, residency—Distinction failing to recognize particular group i.e. First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities—Exclusion violating human dignity in fundamental way—Substantive discrimination established.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS) substantively discriminating against First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities—Program pressing, substantial as helping Aboriginal people to get jobs—But means taken to implement AHRDS neither rationally connected to objective nor minimally impairing right as little as possible—Discrimination not justified under Charter, s. 1.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Substantive discrimination resulting from AHRDS's exclusion of applicants' communities not justified under Charter, s. 1—Appropriate remedy to undo exclusion by ordering inclusion—HRDC ordered to eliminate discrimination by providing community control over labour training programs to applicants' communities.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

compétence—Lorsque les dispositions d'une loi se rapportent à l'exécution d'un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et non avenue des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait, pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvénients généraux graves, et en même temps n'aiderait pas à atteindre l'objet visé par le législateur, on conclut habituellement que ces dispositions ne sont que directives: *McCain Foods Ltd. c. Canada (Office national des transports)*; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*—Bien qu'en l'espèce, il soit question non pas d'un manquement, mais d'une simple impossibilité, cette théorie est applicable.

Première nation algonquienne d'Ardoch c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 350

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Les demandeurs prétendent qu'un programme fédéral, la stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA) contrevient à l'art. 15(1) de la Charte parce qu'il fait preuve de discrimination contre les Autochtones vivant hors réserve et en milieu urbain—Examen et application des principes énoncés dans la jurisprudence se rattachant aux revendications fondées sur l'art. 15 de la Charte—La SDRHA établit une distinction entre les collectivités des demandeurs, et celles d'un groupe de comparaison (les membres de la Première nation vivant dans les réserves)—Distinction fondée sur le motif analogue d'autochtonité—lieu de résidence—La distinction ne reconnaît pas un groupe particulier, c'est-à-dire les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural—L'exclusion porte atteinte à la dignité humaine d'une façon fondamentale—Preuve d'une discrimination réelle.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—La stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA) fait réellement preuve de discrimination contre les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural—Il s'agit d'un programme urgent et réel puisqu'il aide les Autochtones à se trouver des emplois—Mais le moyen pris pour appliquer la SDRHA n'a pas de lien rationnel avec l'objectif et l'atteinte aux droits n'est pas minimale—Cette discrimination n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—La discrimination réelle résultant de l'exclusion des collectivités des demandeurs de la SDRHA n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte—Le recours approprié est de supprimer l'exclusion de ces collectivités en ordonnant leur inclusion—DRHC doit supprimer la discrimination en accordant aux collectivités des demandeurs le contrôle local des programmes de formation professionnelle.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Native Peoples—Federal program, Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), labour market initiative implemented through mechanism of funding agreements, discriminating against First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities because of decision to enter agreements only with representatives of First Nation members living on reserves—Breach of Charter s. 15 not justified under Charter, s. 1 as means taken to implement AHRDS neither rationally connected to objective nor minimally impairing right as little as possible—Appropriate remedy to undo exclusion of applicants' communities by ordering HRDC to provide community control over labour training programs to applicants' communities.

Canada (Attorney General) v. Barnes (C.A.) 399

Employment Insurance—Respondents laid off, established employment insurance benefits claim, returned to work for one week—Later received payment for increase of salary—Pay period to which retroactive payment allocated—Meaning of “shall be allocated proportionately over last pay period for which regular salary, wages and commissions are paid” in Employment Insurance Regulations, s. 23(1.1)—“Regular” indicating continuity—Reinforced by French version—Retroactive pay allocated to last pay period prior to lay-off as subsequent employment very temporary.

Construction of Statutes—Employment Insurance Regulations, s. 23(1.1)—Meaning of “shall be allocated proportionately over last pay period for which regular salary, wages and commissions are paid”—Application of plain meaning rule of statutory construction—“Regular” indicating payments on continuous basis—Notion of continuity reinforced by French version, case law—Retroactive lump-sum payment allocated to last regular pay period prior to lay-off, subsequent one-week call-back.

Canada (Attorney General) v. Fletcher (C.A.) 475

Labour Relations—Judicial review of PSSRB decision no danger at time of investigation, but dangerous condition at time “correctional officers technically” refusing to work at penitentiary under Canada Labour Code, s. 128 due to “minimum staffing” practice—Safety officer finding no

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Peuples autochtones—Un programme fédéral, la stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA), une initiative du marché du travail mise en œuvre par un mécanisme d'accords de financement, fait de la discrimination contre les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural à cause de la décision de ne conclure des accords qu'avec les représentants des membres de la Première nation vivant dans les réserves—La violation de l'art. 15 de la Charte n'est pas justifiée par de l'art. premier de la Charte étant donné que les moyens pris pour mettre en œuvre la SDRHA n'ont pas de lien rationnel avec son objectif, et que l'atteinte aux droits n'est pas minimale—Le remède approprié consiste à supprimer l'exclusion des collectivités des demandeurs en ordonnant à DRHC de leur confier le contrôle local des programmes de formation professionnelle.

Canada (Procureur général) c. Barnes (C.A.) 399

Assurance-emploi—Les défendeurs ont été licenciés, et ont établi des demandes de prestations d'emploi et sont ensuite retournés au travail pour une semaine—Par la suite, ils ont reçu un paiement au titre d'une augmentation de salaire—Période de paie à laquelle le paiement rétroactif devait être attribué—Sens des mots «est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière» à l'art. 23(1.1) du Règlement sur l'assurance-emploi—Le mot «régulier» indique la continuité—Cette interprétation est renforcée par la version française—Le paiement rétroactif a été attribué à la dernière période de paie avant le licenciement étant donné que l'emploi subséquent était exercé pour une durée fort brève.

Interprétation des lois—Art. 23(1.1) du Règlement sur l'assurance-emploi—Sens des mots «est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière»—Application de la règle d'interprétation législative relative au sens clair—Le mot «régulier» indique des paiements sur une base continue—La notion de continuité est renforcée par la version française et par la jurisprudence—Le paiement forfaitaire rétroactif a été attribué à la dernière période de paie régulière avant le licenciement et le rappel subséquent d'une semaine.

Canada (Procureur général) c. Fletcher (C.A.) 475

Relations du travail—Contrôle judiciaire d'une décision de la CRTFP selon laquelle il n'y avait aucun danger au moment de l'enquête, mais une situation dangereuse existait lorsque des agents correctionnels ont, en raison d'une pratique de «dotation minimale», refusé «techniquement» de travailler au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

“danger” at time of investigation as no such policy in place at that time—Right of employee to refuse to work for safety reasons to be exercised in particular context, not to be used as forum for analysis of employer’s policy—Safety officer required to examine working conditions at time of refusal to work, and investigation, but could only intervene if danger at time of investigation—Board erred in law.

Penitentiaries—“Minimum staffing” in place at penitentiary requiring correctional officers to work in groups of two per unit—Seven officers “technically” refusing to work under Canada Labour Code, s. 128—Safety officer finding no minimum staffing policy in operation at time of investigation, concluding no “danger” as defined by Code, s. 122—PSSRB erred in law in finding dangerous condition with respect to Units 3, 4, having found no danger at time of investigation.

Canada (Attorney General) v. Norman (C.A.) 411

Employment Insurance—Unemployed person attending school not available for work, therefore not entitled to employment insurance benefits—Statement to contrary in reporting card false declaration—Right to natural justice not infringed as result of delay in having appeal from Board of Referee’s decision heard by Umpire—Delay herein not oppressive to point of tainting proceedings—Actual prejudice caused by delay not of such magnitude that public’s sense of decency, fairness affected—Strong reservations expressed about applying principles developed in human rights context to realm of economic rights.

Administrative Law—Judicial Review—Delays—Employment insurance—Right to natural justice not infringed as result of delay in having appeal from Board of Referees’ decision heard by Umpire—Delay herein not unacceptable as not to point of being so oppressive as to taint proceedings—Actual prejudice caused by delay not of such magnitude that public’s sense of decency, fairness affected—Strong reservations expressed about applying principles developed in human rights context to realm of economic rights.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pénitencier en application de l’art. 128 du Code canadien du travail—L’agent de sécurité a conclu qu’il n’y avait aucun «danger» au moment de l’enquête parce qu’il n’y avait aucune politique de dotation minimale en application à ce moment-là —Le droit d’un employé de refuser de travailler pour des raisons de sécurité doit être exercé dans un contexte particulier; il ne doit pas servir de tribune pour l’analyse de la politique d’un employeur—L’agent de sécurité était tenu d’examiner les conditions de travail telles qu’elles étaient au moment du refus de travailler et de l’enquête, mais il ne pouvait intervenir que s’il existait un danger au moment de l’enquête—La Commission a commis une erreur de droit.

Pénitenciers—Une pratique de «dotation minimale» en vigueur au pénitencier obligeait les agents correctionnels à travailler en groupes de deux par unité—Sept agents ont refusé «techniquement» de travailler en application de l’art. 128 du Code canadien du travail—L’agent de sécurité a estimé qu’il n’y avait aucune politique de dotation minimale en application au moment de son enquête et il a conclu qu’il n’y avait aucun «danger» au sens de l’art. 122 du Code—La CRTFP, après avoir jugé qu’aucun danger n’existait au moment de l’enquête, a commis une erreur de droit lorsqu’elle a estimé qu’une situation dangereuse existait pour les unités 3 et 4.

Canada (Procureur général) c. Norman (C.A.) 411

Assurance-emploi—Une personne en chômage qui suivait des cours de formation n’était pas disponible pour travailler, de sorte qu’elle n’était pas admissible aux prestations d’emploi—Une déclaration contraire était une fausse déclaration—Il n’avait pas été porté atteinte au droit à la justice naturelle à cause du temps qui s’était écoulé avant que le juge-arbitre entende l’appel de la décision du conseil arbitral—Le délai en l’espèce n’était pas oppressif au point de vicier les procédures —Le préjudice réel causé par le délai n’était pas d’une telle ampleur qu’il heurtait le sens de la justice et de la décence du public—De sérieuses réserves ont été faites au sujet de l’application aux droits économiques des principes élaborés dans le contexte des droits de la personne.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Délais—Assurance-emploi—Il n’avait pas été porté atteinte au droit à la justice naturelle à cause du temps qui s’était écoulé avant que le juge-arbitre entende l’appel de la décision du conseil arbitral—Le délai en l’espèce n’était pas oppressif au point de vicier les procédures—Le préjudice réel causé par le délai n’était pas d’une telle ampleur qu’il heurtait le sens de la justice et de la décence du public—De sérieuses réserves ont été faites au sujet de l’application aux droits économiques des principes élaborés dans le contexte des droits de la personne.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky (T.D.) 223

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—No legal authority, in April 1950, under Immigration Act, Order in Council P.C. 3112 or royal prerogative, to prohibit defendant's entry, admission to Canada as permanent resident on security grounds.

Practice—Judgments and Orders—Summary Judgment—Motion for summary judgment dismissing action to revoke citizenship—Questions raised essentially questions of law—Appropriate to dispose of question summarily.

Crown—Practice—Limitation of actions—Pursuant to Crown Liability and Proceedings Act, s. 32 Civil Code of Québec, Art. 2876 determining whether action prescribed—Acquisition or loss of citizenship may not be prescribed, as not objects of commerce—Action to revoke citizenship not subject to limitation period.

Crown—Prerogatives—Royal prerogative not providing basis to reject as citizen on security grounds—Immigration Act covering whole of prerogative in relation to exclusion of aliens on national security grounds.

Cartier v. Canada (Attorney General) (C.A.) 317

Parole—Statutory release—Release from custody denied on basis Board persuaded appellant would commit offence causing serious harm before expiration of sentence—Reasonableness standard of review guiding Board's Appeal Division—Interpretation of Corrections and Conditional Release Act, s. 130(3)(c)—Protection of society test paramount consideration—Board's decision reasonable, beyond challenge—Factors set out in Act, s. 132(1)(a),(b),(c),(d) not cumulative, although Board must address each of factors mentioned therein.

Administrative Law—Judicial Review—Statutory release from custody denied on basis National Parole Board persuaded appellant would commit offence causing serious harm before expiration of sentence—Reasonableness standard of review guiding Board's Appeal Division—Judge allowed to overlook error of law when not conclusive or when satisfied if right test had been applied, same conclusion would have been reached—Reasonable for Board to be satisfied, after weighing all

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky (1^{re} inst.) 223

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Aucune autorité légale, en avril 1950, en vertu de la Loi de l'immigration, du décret C.P. 3112 ou de la prérogative royale, pour interdire l'entrée et l'admission au Canada du défendeur à titre de résident permanent pour des raisons de sécurité.

Pratique—Jugements et ordonnances—Jugement sommaire—Requête en jugement sommaire rejetant l'action en révocation de citoyenneté—Les questions soulevées sont essentiellement des questions de droit—Il est approprié de trancher la question de façon sommaire.

Couronne—Pratique—Prescription—Décision à savoir si l'action est prescrite en vertu de l'art. 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et de l'art. 2876 du Code civil du Québec—L'acquisition ou la perte de la citoyenneté sont imprescriptibles puisque ce sont des actes hors commerce—L'action en révocation de citoyenneté ne fait l'objet d'aucune période de prescription.

Couronne—Prérogatives—La prérogative royale ne peut servir de fondement pour refouler un citoyen pour des raisons de sécurité—La Loi de l'immigration vise l'ensemble de la prérogative relative à l'exclusion des étrangers pour des raisons de sécurité nationale.

Cartier c. Canada (Procureur général) (C.A.) 317

Libération conditionnelle—Libération d'office—Mise en liberté refusée au motif que la Commission était convaincue que l'appelant commettrait, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne—La norme de contrôle guidant la Section d'appel de la Commission est celle de la raisonnable—Interprétation de l'art. 130(3)c de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—La protection de la société est le critère déterminant—La décision de la Commission est raisonnable, inattaquable—Les facteurs énoncés à l'art. 132(1)a, b, c) et d) de la Loi ne sont pas cumulatifs, bien que la Commission doive aborder chacun des facteurs qui y sont mentionnés.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Libération d'office refusée au motif que la Commission nationale des libérations conditionnelles était convaincue que l'appelant commettrait, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne—La norme de contrôle guidant la Section d'appel de la Commission est celle de la raisonnable—Il est permis au juge de ne pas tenir compte d'une erreur de droit quand elle n'est pas déterminante

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

relevant factors, appellant would commit violent offence causing serious harm to victim.

Construction of Statutes—Interpretation of Corrections and Conditional Release Act, s. 130(3)(c)—Statutory release—Release from custody denied on basis Board persuaded appellant would commit offence causing serious harm before expiration of sentence—Principles of bilingual statutory interpretation—English version preferred.

CC Havanos Corp. (Re) (T.D.) 241

Customs and Excise—Excise Act—RCMP seizing from plaintiff company's premises unstamped cigars, manufacturing materials, equipment under Excise Act—Illegal nature of seized products established—Seizure neither discretionary nor unreasonable, malicious, excessive—Forfeiture operated as of right once manufacturing cigars without licence, in possession of cigars in contravention of Act—Property seized *ipso jure* liable to forfeiture under Act, s. 88(1)—Seizure lawful.

Construction of Statutes—Excise Act, s. 116(2) giving Court power to “release or condemn the goods or thing, as the case requires”—Interpretation of words used in s. 116(2) according to ordinary, grammatical meaning leading to ambiguity—Necessary to resort to subsidiary principles of statutory interpretation e.g. presumption ambiguities resulting from lack of clarity in statute shall favour taxpayer—S. 116(2) must be given generous, liberal interpretation—Court hearing claim for seized things having discretion to order restoration of certain property lawfully seized depending on circumstances.

Restitution—Plaintiff company seeking declaration interest in property seized under Excise Act not affected by seizure—Restitution of cigars, tobacco products not justified as possession unlawful—Principles governing decision to return seized property applicable under Excise Act, s. 116(2), independently of validity of seizure—Special circumstances favouring restitution of materials, equipment seized, although forfeited as of right, lawfully seized.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ou quand il est convaincu que si le bon critère avait été appliqué, on en serait venu à la même conclusion—Il était raisonnable pour la Commission d’être convaincue, après avoir jaugé tous les facteurs pertinents, que l’appelant commettrait un délit de violence causant un dommage grave à la victime.

Interprétation des lois—Interprétation de l’art. 130(3)c) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Libération d’office—Mise en liberté refusée au motif que la Commission était convaincue que l’appelant commettrait, avant l’expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne—Principes d’interprétation des lois bilingues—Version anglaise préférée.

CC Havanos Corp. (Re) (1^{re} inst.) 241

Douanes et accise—Loi sur l’accise—Saisie de la GRC dans les locaux de la société demanderesse de cigares non estampillés, de matériel et de l’équipement de fabrication en vertu de la Loi sur l’accise—Le caractère illégal des produits saisis a été établi—La saisie était ni discrétionnaire, ni déraisonnable, malicieuse ou abusive—La confiscation opérerait de plein droit dès la fabrication de cigares sans licence, et la possession de cigares non conforme à la Loi—Les biens saisis étaient *ipso jure* susceptibles d’être confisqués en application de l’art. 88(1) de la Loi—Saisie légale.

Interprétation des lois—L’art. 116(2) de la Loi sur l’accise donne à la Cour le pouvoir de «libérer ou déclarer confisqués ces marchandises ou objets, selon que le cas l’exige»—L’interprétation des mots utilisés à l’art. 116(2) suivant leur sens ordinaire et grammatical mène à une ambiguïté—Il faut recourir à des principes subsidiaires d’interprétation des lois, par exemple la présomption selon laquelle les ambiguïtés découlant du manque de clarté de la loi jouent en faveur du contribuable—Il faut donner à l’art. 116(2) une interprétation large et libérale—Le tribunal saisi d’une demande de revendication d’objets confisqués a le pouvoir discrétionnaire d’ordonner la remise de certains biens légalement saisis, selon les circonstances.

Restitution—La compagnie demanderesse cherchait à obtenir une ordonnance déclarant que son intérêt dans les biens saisis en vertu de la Loi sur l’accise n’était pas affecté par la saisie—La restitution des cigares et des produits du tabac n’était pas justifiée puisque la possession était illégale—Les principes régissant la décision de restituer les biens saisis s’appliquent en vertu de l’art. 116(2) de la Loi sur l’accise, indépendamment de la validité de la saisie—Les circonstances particulières favorisaient la restitution du matériel et de l’équipement saisis, même s’ils ont été confisqués de plein droit et saisis légalement.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc. (C.A.) 451

Practice—Costs—Motion for increased costs under Federal Court Rules, 1998, r. 403—Application of r. 403 in context of Court of Appeal judgment—Numerous issues raised on appeal involving complex facts, expert evidence (Décary J.A. dissenting) in part—Amount of work required of respondent's counsel justifying increased costs—Increased costs so awarded party-and-party costs.

Herrenknecht Tunnelling Systems USA Inc. v. Canadian Pacific Railway Co. (T.D.) 434

Federal Court Jurisdiction—Trial Division—Motion for determination Court had jurisdiction to entertain action under Federal Court Act, s. 23, Canada Transportation Act, ss. 113(1), 116(5), Constitution Act, 1867, s. 92—Application of test for jurisdiction set out in *ITO-International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*—Court having jurisdiction to entertain action.

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative v. Canada (Atomic Energy Control Board) (T.D.) 288

Environment—Uranium mining project approved under Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order (EARPGO) in 1993—Environmental assessment now triggered by provisions of Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), which came into force in 1995 with respect to most recent operating licence granted by Atomic Energy Control Board for continuing development of project—Interpretation of CEAA, s. 74 transitional provisions—Nothing in wording of CEAA, s. 74 to support interpretation that proposals begun under EARPGO grandfathered from application of CEAA—Present case dealing not with “proposed construction” but “proposed operation” of mill—Each stage of project in fact, law new “project” as defined in CEAA, s. 2(1), requiring, by CEAA, s. 5(1)(d), environmental assessment before licence issued—Since application of Exclusion List Regulations, s. 2, Sch. I has not been determined, no ground to conclude s. 2, Sch. I engaged to exclude project from application of CEAA—In public interest that Court exercise discretion to quash licence.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc. (C.A.) 451

Pratique—Frais et dépens—Requête demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Application de la règle 403 dans le contexte du jugement de la Cour d'appel—Nombreuses questions soulevées en appel comportant des faits complexes, des témoignages d'experts (juge Décary, J.C.A., dissident en partie)—La quantité de travail nécessaire de la part de l'avocat de l'intimée justifiait l'octroi de dépens supplémentaires—Dépens supplémentaires accordés sur la base des dépens partie-partie.

Herrenknecht Tunnelling Systems USA Inc. c. Canadien Pacifique (1^{re} inst.) 434

Compétence de la Cour fédérale—Section de première instance—Requête visant à obtenir une décision selon laquelle la Cour a compétence pour connaître de l'action présentée en vertu de l'art. 23 de la Loi sur la Cour fédérale, des art. 113(1) et 116(5) de la Loi sur les transports au Canada et de l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867—L'application du critère servant à déterminer la compétence est énoncée dans l'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*—La Cour a compétence pour connaître de l'action.

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative c. Canada (Commission de contrôle de l'énergie atomique) (1^{re} inst.) 288

Environnement—Projet de mine d'uranium approuvé en 1993 en vertu du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (le Décret sur les lignes directrices)—Évaluation environnementale aujourd'hui déclenchée par les dispositions de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE), qui est entrée en vigueur en 1995 à l'égard de la licence d'exploitation la plus récente accordée par la Commission de contrôle de l'énergie atomique pour la poursuite du développement du projet—Interprétation des dispositions transitoires de l'art. 74 de la LCEE—Le texte de l'art. 74 ne permet nullement d'affirmer que des propositions commencées en vertu du Décret sur les lignes directrices sont soustraites à l'application de la LCEE—Le cas présent ne concerne pas le «projet de construction», mais le «projet d'exploitation» du broyeur—Chaque étape du projet est, en fait et en droit, un nouveau «projet» au sens de l'art. 2(1) de la LCEE, un projet qui requiert, en vertu de l'art. 5(1)d), une évaluation environnementale avant qu'une licence ne soit délivrée—Puisque l'application du Règlement sur la liste d'exclusion, art. 2, annexe I, n'a pas été déterminée, il n'y a

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Molnar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 339

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Extent of duty on applicants, Hungarians of Roma ethnicity, to seek protection from persecution where police responsible for persecution—No duty on applicants to seek redress from agencies other than police—Once applicants sought assistance from police, who refused, no obligation on applicants to seek redress from other agencies; assumption state capable of protecting applicants thereby defeated—Documentary evidence of discrimination, hostility, abuse against Roma by Hungarian police.

Oriji v. Canada (Attorney General) (T.D.) 423

Public Service—Selection Process—Applicant orally notified only successful candidate in competition, given anticipated starting date for employment, but later told position offered to qualified surplus employee in Department—Investigating officer erred in law in concluding Public Service Employment Act, s. 22 requiring document for offer of employment to be enforceable—Investigating officer also failed to meet minimal fairness standard as not all information made available to complainant.

Administrative Law—Judicial Review—In matter of complaint as to treatment in employment process within Public Service, investigating officer erred in law in concluding Public Service Employment Act, s. 22 requiring document for offer of employment to be enforceable, failed to meet minimal fairness standard as not all information made available to complainant—Respondent's argument decision should not be set aside as any new investigation would inevitably arrive at same result not convincing as applicant not conceding result would be same—Furthermore, to allow such egregious breach might encourage others to disregard duty to act fairly in circumstances where result seemingly pre-ordained.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pas lieu de conclure que l'art. 2, annexe I, a pour effet de soustraire le projet à l'application de la LCEE—Il est dans l'intérêt public que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'annulation de la licence.

Molnar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 339

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Portée de l'obligation des demandeurs, des Hongrois d'origine ethnique Rom, de rechercher une protection contre la persécution lorsque la police en est responsable—Les demandeurs n'ont aucune obligation de rechercher réparation auprès d'organismes autres que la police—Les demandeurs ayant cherché à obtenir l'aide de la police, qui leur a opposé un refus, ils n'avaient aucune obligation de rechercher réparation auprès d'autres agences; la présomption que l'État est capable de protéger les demandeurs est donc renversée—La preuve documentaire indique que la police hongroise fait preuve de discrimination, d'hostilité et de façons abusives vis-à-vis des Rom.

Oriji c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 423

Fonction publique—Procédure de sélection—Le demandeur avait été avisé verbalement qu'il était le seul candidat qui avait réussi un concours; on lui avait donné la date prévue à laquelle l'emploi commencerait, mais on l'avait par la suite informé que le poste avait été offert à un employé excédentaire qualifié du ministère—L'agente d'enquête a commis une erreur de droit en concluant que l'art. 22 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique exigeait qu'il existe un document pour que l'offre d'emploi soit exécutoire—L'agente d'enquête a également omis de satisfaire à la norme minimale d'équité étant donné que les renseignements n'avaient pas tous été mis à la disposition du plaignant.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Dans une affaire concernant une plainte relative au traitement infligé dans le cadre d'un processus d'emploi au sein de la fonction publique, l'agente d'enquête avait commis une erreur de droit en concluant que l'art. 22 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique exigeait qu'il existe un document pour que l'offre d'emploi soit exécutoire; l'agente a omis de satisfaire à la norme minimale d'équité étant donné que les renseignements n'avaient pas tous été mis à la disposition du plaignant—L'argument du défendeur selon lequel la décision ne devait pas être annulée parce qu'une nouvelle enquête aboutirait inévitablement au même résultat n'était pas convaincant étant donné que le plaignant ne concédait pas que le résultat serait le même—En outre, permettre pareille violation flagrante pourrait encourager d'autres agents à ne faire aucun cas de l'obligation d'agir avec équité s'ils estimaient que le résultat était déterminé à l'avance.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Construction of Statutes—Public Service Employment Act, s. 22 not requiring document for offer of employment to be enforceable—Provision speaking only to effective date of employment rather than to enforceability of employment arrangement based on accepted offer, whether verbal or written, and to employment that has commenced where such valid offer, acceptance exchanged.

SOMMAIRE (Fin)

Interprétation des lois—L'art. 22 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique n'exige pas qu'il existe un document pour que l'offre d'emploi soit exécutoire—La disposition fait uniquement mention de la date de prise d'effet d'un emploi plutôt que de la force exécutoire d'une entente relative à l'emploi fondée sur une offre, verbale ou écrite, qui a été acceptée et d'un emploi qui a commencé à être exercé lorsqu'il y a eu pareille offre et acceptation valides.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Lavigne v. Canada (Human Resources Development), [2002] 2 F.C. 164 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-10-02, 2003 FCA 203), reasons for judgment handed down 5/5/03.

Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 F.C. 559 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-33-02, 2003 FCA 178). The reasons for judgment, handed down 7/4/03, will be published in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn., [2001] 4 F.C. 237 (C.A.), was affirmed by a decision dated 16/5/03, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Z.I. Pompey Industrie v. Canmar Fortune (The), [2001] 2 F.C. D-23 (C.A.), was reversed by a decision dated 1/5/03, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Cervinus Inc. v. Canada (Minister of Agriculture), A-34-01, 2002 FCA 398, Noël J.A., judgment dated 22/10/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/4/03.

Cooper v. Canada (Attorney General), A-748-01, 2002 FCA 374, Linden J.A., judgment dated 9/10/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/4/03.

Dupont Canada Inc. v. Canada, A-527-99, 2002 FCA 464, Richard C.J., judgment dated 22/11/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 15/5/03.

Granbury Developments Ltd. v. Canada, A-677-00, 2002 FCA 438, Rothstein J.A., judgment dated 5/11/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/4/03.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, [2002] 2 C.F. 164 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-10-02, 2003 CAF 203), les motifs du jugement ayant été prononcés le 5-5-03

La décision *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 C.F. 559 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-33-02, 2003 CAF 178). Les motifs du jugement, prononcés le 7-4-03, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble, [2001] 4 C.F. 237 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 16-5-03, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Z.I. Pompey Industrie c. Canmar Fortune (Le), [2001] 2 C.F. F-30 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 1-5-03, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Cervinus Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture), A-34-01, 2002 CAF 398, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 22-10-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-4-03.

Cooper c. Canada (Procureur général), A-748-01, 2002 CAF 374, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 9-10-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-4-03.

Dupont Canada Inc. c. Canada, A-527-99, 2002 CAF 464, le juge en chef Richard, jugement en date du 22-11-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 15-5-03.

Granbury Developments Ltd. c. Canada, A-677-00, 2002 CAF 438, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 5-11-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-4-03.

Kibale v. Canada, A-150-01, 2002 FCA 354, Nadon J.A., judgment dated 4/10/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 15/5/03.

M.N.R. v. Gadbois, A-64-01, 2002 FCA 228, Létourneau J.A., judgment dated 31/5/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/4/03.

McFadyen v. Canada, A-623-00, 2002 FCA 496, Rothstein J.A., judgment dated 11/12/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/4/03.

Miller v. Canada (Attorney General), A-137-01, 2002 FCA 370, judgment of the Court dated 7/10/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/4/03.

Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, [2003] 2 F.C. 165 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 8/5/03.

Morissette v. Canada (Treasury Board), A-141-00, 2002 FCA 314, Desjardins J.A., judgment dated 9/9/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/4/03.

Ross v. Canada, A-238-02, 2002 FCA 359, Décary J.A., judgment dated 3/10/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 15/5/03.

Setlur v. Canada (Attorney General), A-84-02, 2002 FCA 463, Sharlow J.A., judgment dated 21/11/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/4/03.

Suchon v. Canada, A-653-01, 2002 FCA 282, Sharlow J.A., judgment dated 3/7/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/4/03

Kibale c. Canada, A-150-01, 2002 CAF 354, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 4-10-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 15-5-03.

M.R.N. c. Gadbois, A-64-01, 2002 CAF 228, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 31-5-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-4-03.

McFadyen c. Canada, A-623-00, 2002 CAF 496, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 11-12-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-4-03.

Miller c. Canada (Procureur général), A-137-01, 2002 CAF 370, jugement de la Cour en date du 7-10-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-4-03.

Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser, [2003] 2 C.F. 165 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 8-5-03.

Morissette c. Canada (Conseil du Trésor), A-141-00, 2002 CAF 314, le juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 9-9-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-4-03.

Ross c. Canada, A-238-02, 2002 CAF 359, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 3-10-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 15-5-03.

Setlur c. Canada (Procureur général), A-84-02, 2002 CAF 463, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21-11-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-4-03.

Suchon c. Canada, A-653-01, 2002 CAF 282, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 3-7-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-4-03.

ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)
ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada
Federal Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour fédérale
du Canada**

2003, Vol. 2, Part 2

2003, Vol. 2, 2^e fascicule

T-166-00
2002 FCT 943

T-166-00
2002 CFPI 943

Minister of Citizenship and Immigration (Plaintiff)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demanderesse)**

v.

c.

**Walter Obodzinsky (alias Wlodzimierz or Volodya
Obodzinsky) (Defendant)**

**Walter Obodzinsky (alias Wlodzimierz ou Volodya
Obodzinsky) (défendeur)**

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND
IMMIGRATION) v. OBODZINSKY (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE
L'IMMIGRATION) c. OBODZINSKY (1^{re} INST.)**

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, August
27; Ottawa, September 6, 2002.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—
Montréal, 27 août; Ottawa, 6 septembre 2002.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada —
Citizens — No legal authority, in April 1950, under
Immigration Act, Order in Council P.C. 3112 or royal
prerogative, to prohibit defendant's entry, admission to
Canada as permanent resident on security grounds.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens
— Aucune autorité légale, en avril 1950, en vertu de la Loi de
l'immigration, du décret C.P. 3112 ou de la prérogative
royale, pour interdire l'entrée et l'admission au Canada du
défendeur à titre de résident permanent pour des raisons de
sécurité.*

*Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment
— Motion for summary judgment dismissing action to revoke
citizenship — Questions raised essentially questions of law —
Appropriate to dispose of question summarily.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement
sommaire — Requête en jugement sommaire rejetant l'action
en révocation de citoyenneté — Les questions soulevées sont
essentiellement des questions de droit — Il est approprié de
trancher la question de façon sommaire.*

*Crown — Practice — Limitation of actions — Pursuant to
Crown Liability and Proceedings Act, s. 32 Civil Code of
Québec, Art. 2876 determining whether action prescribed —
Acquisition or loss of citizenship may not be prescribed, as not
objects of commerce — Action to revoke citizenship not
subject to limitation period.*

*Couronne — Pratique — Prescription — Décision à savoir
si l'action est prescrite en vertu de l'art. 32 de la Loi sur la
responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif
et de l'art. 2876 du Code civil du Québec — L'acquisition ou
la perte de la citoyenneté sont imprescriptibles puisque ce
sont des actes hors commerce — L'action en révocation de
citoyenneté ne fait l'objet d'aucune période de prescription.*

*Crown — Prerogatives — Royal prerogative not providing
basis to reject as citizen on security grounds — Immigration
Act covering whole of prerogative in relation to exclusion of
aliens on national security grounds.*

*Couronne — Prerogatives — La prérogative royale ne peut
servir de fondement pour refouler un citoyen pour des raisons
de sécurité — La Loi de l'immigration vise l'ensemble de la
prérogative relative à l'exclusion des étrangers pour des
raisons de sécurité nationale.*

The defendant was admitted temporarily to Canada from Italy under Order in Council P.C. 3112 in November 1946, was admitted permanently to Canada in April 1950 under the same Order in Council, and obtained Canadian citizenship in 1955. In February 2000, the plaintiff filed an action to revoke the defendant's citizenship under section 18 of the *Citizenship Act* on the ground that he had obtained it by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. In August 2002, the defendant moved for

Le défendeur a été admis au Canada temporairement, selon le décret C.P. 3112, en novembre 1946 à partir de l'Italie. En avril 1950, il a été admis de façon permanente au Canada en vertu du même décret C.P. 3112 pour acquérir par la suite la citoyenneté canadienne en 1955. En février 2000, la demanderesse a déposé une action en révocation de citoyenneté contre le défendeur en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* au motif qu'il avait acquis la citoyenneté par fraude, au moyen d'une fausse déclaration ou

summary judgment on the ground that the action was out of time, that it was wrong in law because the plaintiff did not have the legal authority, at the time of his admission, to prohibit entry and admission to Canada as a permanent resident on security grounds, and that the allegations of false representations pertained to the lawfulness of his temporary admission and not his permanent admission to Canada.

Held, the motion should be allowed.

The defendant argued that the plaintiff's action was out of time and ought to be dismissed pursuant to section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* and/or section 39 of the *Federal Court Act*. This particular case was a "hybrid" process in which, on the one hand, the procedure and rules of evidence were those applicable to any civil action, but, on the other hand, the decision-making process was not the domain of the judge but rather the Governor in Council. Both provisions use the term "any proceedings", a broad term which includes an action under section 18 of the *Citizenship Act*. Pursuant to *Crown Liability and Proceedings Act*, section 32 since the defendant obtained his permanent admission and his citizenship and in Quebec where he resides, the laws relating to prescription in the *Civil Code of Québec* applied. But since the acquisition or loss of citizenship cannot be evaluated in monetary terms, they do not enter into the economic circuit, they are therefore not objects of commerce. According to Article 2876 they are rights which "may not be prescribed".

The issue of whether the *Immigration Act* and P.C. 3112 prohibited the entry "of agents" or "Nazis" or "collaborators" when the defendant was admitted to Canada as a permanent resident was a question of law which the Court, being in possession of the necessary evidence, was in a position to decide. Therefore it was possible to dispose of this question summarily. It has been determined that there was at that time no authority under the *Immigration Act* and the orders in council passed thereunder to reject prospective immigrants on the ground that they had collaborated with the enemy: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1999] 3 F.C. 203 (T.D.). The evidence herein did not demonstrate that an order in council giving legal authority to reject potential immigrants who are undesirable from a security standpoint was adopted prior to June 1950 (P.C. 3112 was silent in regard to collaborators, etc.). Therefore, when the defendant obtained permanent residence in April 1950, neither the *Immigration Act* nor any order in council prohibited his admission to Canada.

par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. En août 2002, le défendeur a présenté une requête en jugement sommaire au motif que l'action était prescrite, qu'elle était mal fondée en droit parce que la demanderesse n'avait pas à l'époque de son admission l'autorité légale d'interdire l'entrée et l'admission au Canada à titre de résident permanent pour des raisons de sécurité et que les allégations de fausses représentations portaient sur la légalité de son admission temporaire et non sur celle de son admission permanente au Canada.

Jugement: la requête doit être accordée.

Le défendeur a soutenu que l'action de la demanderesse était prescrite et devait être rejetée en vertu de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et/ou de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il s'agissait en l'espèce d'un processus «hybride» où d'une part la procédure ainsi que les règles de preuve étaient celles prévues pour toute action en justice mais d'autre part où le processus décisionnel n'appartenait pas à un juge mais plutôt au gouverneur en conseil. Les deux dispositions utilisent le terme «toute instance», un terme général qui comprend une action en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*. En vertu de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, puisque le défendeur a acquis son admission permanente et sa citoyenneté au Québec où il réside, les règles de droit en matière de prescription prévues au *Code civil du Québec* s'appliquent. Mais comme l'acquisition ou la perte de citoyenneté ne peuvent s'évaluer pécuniairement, elles ne sont pas dans le circuit économique, elles sont donc hors commerce. Selon l'article 2876, ce sont des droits qui «sont imprescriptibles».

La question de savoir si la *Loi de l'immigration* et le décret C.P. 3112 interdisaient l'entrée «d'agents» ou de «nazis» ou de «collaborateurs» lorsque le défendeur a été admis au Canada à titre de résident permanent était une question de droit que la Cour, étant en possession de la preuve nécessaire, était en mesure de trancher. Par conséquent, il était possible de trancher cette question de façon sommaire. Il a été décidé qu'à cette époque la *Loi de l'immigration* et les décrets pris en application de celle-ci ne permettaient pas le refoulement de candidats à l'immigration pour le motif qu'ils avaient collaboré avec l'ennemi: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1999] 3 C.F. 203 (1^{re} inst.). La preuve en l'espèce n'a pas démontré qu'un décret conférant l'autorité légale pour rejeter des candidats indésirables du point de vue de la sécurité avait été adopté avant juin 1950 (le décret C.P. 3112 était muet en ce qui concerne les collaborateurs, etc.). Par conséquent, lorsque le défendeur a acquis la résidence permanente en avril 1950, ni la *Loi de l'immigration*, ni aucun décret, n'interdisait son admission au Canada.

Royal prerogative could not provide a basis for the legal authority to reject the defendant on security grounds: it has been determined in *Dueck* that the *Immigration Act* covers the whole of the prerogative in relation to the exclusion of aliens on national security grounds.

La prérogative royale ne pouvait pas servir de fondement à l'autorité légale pour refouler le défendeur pour des motifs de sécurité: il a été décidé dans la décision *Dueck* que la *Loi de l'immigration* vise l'ensemble de la prérogative royale relative à l'exclusion des étrangers pour des raisons de sécurité nationale.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Art. 2876.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 32 (as am. *idem*, s. 31).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(1), (2).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 169(a), 213.
Immigration Act — Order re: landing of immigrants in Canada, P.C. 1950-2856, SOR/50-232, C. Gaz. 1950.II.765.
Immigration Act, R.S.C. 1927, c. 93, ss. 3, 38.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck, [1999] 3 F.C. 203; (1998), 155 F.T.R. 1; 50 Imm. L.R. (2d) 216 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493; (1997), 51 C.R.R. (2d) 65; 140 F.T.R. 183 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1; 42 Imm. L.R. (2d) 248 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kisluk (1999), 169 F.T.R. 161; 50 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Markevich v. Canada, [2001] 3 F.C. 449; (2001), 199 D.L.R. (4th) 255; [2001] 3 C.T.C. 39; 2001 DTC 5305; 270 N.R. 275 (C.A.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345.

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk (1999), 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2876.
Loi de l'immigration — Décret concernant l'entrée d'immigrants au Canada, C.P. 1950-2856, DORS/50-232, Gaz. C. 1950.II.814.
Loi de l'immigration, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 3, 38.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39(1), (2).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 32 (mod., *idem*, art. 31).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 169a), 213.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck, [1999] 3 C.F. 203; (1998), 155 F.T.R. 1; 50 Imm. L.R. (2d) 216 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493; (1997), 51 C.R.R. (2d) 65; 140 F.T.R. 183 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1; 42 Imm. L.R. (2d) 248 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kisluk (1999), 169 F.T.R. 161; 50 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Markevich c. Canada, [2001] 3 C.F. 449; (2001), 199 D.L.R. (4th) 255; [2001] 3 C.T.C. 39; 2001 DTC 5305; 270 N.R. 275 (C.A.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345.

DÉCISION CITÉE:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk (1999), 156 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Baudouin, J.-L. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qc: Éditions Y. Blais, 1998.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

MOTION for summary judgment. Motion granted.

APPEARANCES:

David Lucas and *Sébastien Dasylya* for plaintiff.

Johanne Doyon for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.

Doyon, Guertin, Montbriand & Plamondon, Montréal, for defendant.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: The defendant is a Canadian citizen who was admitted temporarily to Canada from Italy under Order in Council P.C. 3112 in November 1946. In April 1950, he was admitted permanently to Canada under the same P.C. 3112 and subsequently obtained Canadian citizenship in 1955.

[2] On February 1, 2000, the plaintiff filed an action to revoke the defendant's citizenship. She is asking the Court to decide, pursuant to paragraph 18(1)(b) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, that the defendant obtained Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

[3] On August 5, 2002, the defendant asked this Court to dispose of the plaintiff's action by summary judgment under rule 213 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, on the ground that the action is out of time, that it is wrong in law because the plaintiff did not have the legal authority, at the time of his admission, to prohibit entry and admission to Canada as a permanent resident on security grounds, and that the allegations of

DOCTRINE

Baudouin, J.-L. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qc: Éditions Y. Blais, 1998.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis 1999.

REQUÊTE en jugement sommaire. Requête accordée.

ONT COMPARU:

David Lucas et *Sébastien Dasylya* pour la demanderesse.

Johanne Doyon pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.

Doyon, Guertin, Montbriand & Plamondon, Montréal, pour le défendeur.

Voici les motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus en français par

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Le défendeur est un citoyen canadien qui a été admis au Canada temporairement, selon le décret C.P. 3112, en novembre 1946 à partir de l'Italie. En avril 1950, il a été admis de façon permanente au Canada en vertu du même décret C.P. 3112 pour acquérir par la suite la citoyenneté canadienne en 1955.

[2] Le 1^{er} février 2000, la demanderesse dépose une action en révocation de citoyenneté contre le défendeur. Elle demande à la Cour de décider, en vertu de l'alinéa 18(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, que le défendeur a acquis la citoyenneté canadienne par fraude, au moyen d'une fausse déclaration ou par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

[3] Le 5 août 2002, le défendeur demande à cette Cour de disposer de l'action de la demanderesse de façon sommaire, en vertu de la règle 213 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106 au motif que l'action est prescrite, qu'elle est mal fondée en droit parce que la demanderesse n'avait pas à l'époque de son admission l'autorité légale d'interdire l'entrée et l'admission au Canada à titre de résident permanent

false representations pertain to the lawfulness of his temporary admission and not his permanent admission to Canada.

1. Revocation and summary judgment process

[4] The plaintiff argues that rule 213 of the *Federal Court Rules, 1998* cannot apply to a reference under section 18 of the *Citizenship Act*, since it is an action that is incidental to an administrative law process and consequently the rules that may apply to private actions or in a private law context—at least the rule concerning summary judgments—should not be applicable to her.

[5] Furthermore, even if the summary judgment were available, the plaintiff's action ought not to be dismissed summarily since the Court must determine the facts according to the testimony of numerous ordinary and expert witnesses, and since the credibility of these witnesses will be a central issue, the trial is the best forum in which to determine such issues.

[6] Although I agree with the plaintiff that it is inappropriate to pronounce a summary judgment when fact finding is needed to dispose of the motion, the questions raised in this proceeding are essentially questions of law, which may *prima facie* be the subject-matter of a summary judgment.

[7] Paragraph 169(a) of the *Federal Court Rules, 1998* provides that a reference under section 18 of the *Citizenship Act* is governed by the rules pertaining to actions. This rule does not exclude the procedural motions available in actions. In my opinion, the motion for summary judgment will be appropriate if it fulfills the applicable tests.

[8] When both parties have filed evidence pertaining to the issues that have been raised, the Court will be in a position to determine whether there is a serious question to be tried in relation to the facts that are relevant to the limitation of the action and the lack of any legal basis for the plaintiff's action in regard to the defendant's permanent admission to Canada.

pour des raisons de sécurité et que les allégations de fausses représentations portent sur la légalité de son admission temporaire et non sur celles de son admission permanente au Canada.

1. Processus de révocation et jugement sommaire

[4] La demanderesse soutient que la règle 213 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* ne peut s'appliquer à un renvoi visé à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, puisqu'il s'agit d'une action qui est accessoire à un processus de droit administratif et qu'en conséquence, les règles qui peuvent s'appliquer aux causes d'actions privées ou dans un contexte de droit privé ne devraient pas lui être applicables, à tout le moins la règle concernant les jugements sommaires.

[5] De plus, même si le jugement sommaire était disponible, l'action de la demanderesse ne devrait pas être rejetée sommairement puisque la Cour doit déterminer les faits en fonction du témoignage de nombreux témoins ordinaires et experts et que, puisque la crédibilité de ces témoins sera une question centrale, le procès est le meilleur forum pour décider de telles questions.

[6] Bien que je sois d'accord avec la demanderesse qu'il ne convient pas de prononcer un jugement sommaire lorsqu'il y a une détermination de faits nécessaire pour disposer de la requête, les questions soulevées dans la présente instance sont essentiellement des questions de droit, lesquelles peuvent de prime abord faire l'objet d'un jugement sommaire.

[7] L'alinéa 169a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* prévoit que le renvoi visé par l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* soit gouverné par les règles régissant les actions. Cette règle n'exclut pas les moyens procéduraux disponibles aux actions. À mon avis, la requête en jugement sommaire sera appropriée en autant que les critères applicables soient rencontrés.

[8] Lorsque les deux parties auront déposé la preuve relative aux questions invoquées, la Cour sera en mesure de décider de l'existence d'une question sérieuse à instruire quant aux faits relatifs à la prescription de l'action et à l'absence de fondement en droit de l'action de la demanderesse portant sur l'admission permanente du défendeur au Canada.

2. Prescription of the action

[9] The defendant argues that the plaintiff's action is out of time and ought to be dismissed pursuant to section 32 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21] and/or section 39 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, which read as follows:

[*Crown Liability and Proceedings Act*]

32. Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province, and proceedings by or against the Crown in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

[*Federal Court Act*]

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

(2) A proceeding in the Court in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

[10] The plaintiff submits that these provisions apply only to court proceedings undertaken by or against the Crown for the recognition of a right under an obligation of a legal, contractual or extracontractual nature but do not apply to administrative actions of the Crown such as, in this case, the Minister's decision to report to the Governor in Council under section 10 of the *Citizenship Act*, in which the Court is required only to determine some facts where the person in respect of whom the report is to be made so requests under section 18 of the *Citizenship Act*.

[11] The scope of the section 18 proceeding has been analyzed in the past by this Court. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1999] 3 F.C. 203 (T.D.), Mr. Justice Noël shared the opinion of Madam Justice McGillis in *Canada (Minister of*

2. La prescription de l'action

[9] Le défendeur soutient que l'action de la demanderesse est prescrite et doit être rejetée en vertu de l'article 32 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21] et ou de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), c. F-7, lesquels se lisent comme suit:

[*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*]

32. Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans.

[*Loi sur la Cour fédérale*]

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

(2) Le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province.

[10] La demanderesse prétend pour sa part que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux poursuites engagées devant les tribunaux par ou contre l'État pour la reconnaissance d'un droit en vertu d'une obligation de nature légale, contractuelle ou extra-contractuelle mais ne s'appliquent pas aux actions administratives de l'État comme en l'espèce la décision du ministre de faire rapport au gouverneur en conseil en vertu de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* où la Cour n'est appelée à jouer qu'un rôle de détermination de faits et ce lorsque la personne intéressée l'exige aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*.

[11] La portée de la procédure visée à l'article 18 a déjà fait l'objet d'analyse par cette Cour. Dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1999] 3 C.F. 203 (1^{re} inst.), le juge Noël partageait l'opinion de M^{me} le juge McGillis dans

Citizenship and Immigration) v. *Copeland*, [1998] 2 F.C. 493 (T.D.), according to which the revocation proceeding is a civil proceeding and thus subject to the civil burden of proof as opposed to the criminal burden of proof. She characterized the fact finding by the judge hearing such a reference as purely and simply a citizenship matter. She stated, at paragraph 37:

. . . I am satisfied that the basic interpretative principles enunciated in *Ahani v. Canada*, *supra*, are applicable to citizenship matters. I have therefore concluded that the scope of the proceedings under section 18 of the *Citizenship Act* must be analysed in the context of principles and policies underlying immigration and citizenship law, and not in the criminal law context. Indeed, as indicated earlier, a judge conducting a reference under section 18 of the *Citizenship Act* makes only a factual finding concerning the circumstances under which a person obtained his Canadian citizenship. To paraphrase my words in *Ahani v. Canada*, *supra*, that factual finding is purely and simply a citizenship matter. In the circumstances, I agree with Collier J. in *Canada (Secretary of State) v. Luitjens*, *supra*, that a reference conducted under section 18 of the *Citizenship Act* is in the nature of a civil proceeding in which the civil standard of proof applies.

[12] This analysis supports the plaintiff's thesis that this is an "administrative" action, which is not comparable to a court proceeding involving a cause of action taken by someone who wishes to assert a right *in personam*.

[13] Although I adopt the remarks of McGillis J., I would add that in my opinion this particular case is a "hybrid" process in which, on the one hand, the procedure and rules of evidence are those applicable to any civil action, but, on the other hand, the decision-making process is not the domain of the judge but rather the Governor in Council. The ruling thus contains no finding as to relief.

[14] Notwithstanding this, I note in the language of section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* and in section 39 of the *Federal Court Act* the use of the term "any proceedings" (in French, "toute instance").

l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1^{re} inst.), selon laquelle la procédure de révocation est de nature civile et donc est sujette au fardeau de preuve civil par opposition au fardeau de preuve criminel. Celle-ci qualifiait la conclusion de fait tirée par le juge qui préside un tel renvoi comme une question d'immigration purement et simplement. Elle s'exprimait ainsi au paragraphe 37:

[. . .] je suis convaincue que les principes d'interprétation fondamentaux énoncés dans la décision *Ahani c. Canada*, précitée, s'appliquent en matière de citoyenneté. J'ai donc conclu que la portée de la procédure prévue à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* doit être analysée dans le contexte des principes et des politiques qui sous-tendent les règles de droit relatives à l'immigration et à la citoyenneté, et non dans le contexte du droit criminel. En fait, comme je l'ai déjà mentionné, le juge qui préside un renvoi en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* tire uniquement une conclusion de fait concernant les circonstances dans lesquelles une personne a acquis la citoyenneté canadienne. Pour paraphraser mes propos dans la décision *Ahani c. Canada*, précitée, cette conclusion de fait est purement et simplement une question d'immigration. En l'espèce, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Collier dans la décision *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens*, précitée, selon laquelle un renvoi formé en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* est de nature civile et on doit lui appliquer la norme de la preuve en matière civile.

[12] Cette analyse appuie la thèse de la demanderesse à l'effet qu'il s'agit d'une action «administrative» laquelle ne peut être assimilée à une action en justice impliquant une cause d'action prise par une personne qui veut faire valoir un droit personnel.

[13] Bien que j'adopte les propos du juge McGillis, j'ajouterais qu'à mon avis il s'agit en l'espèce d'un processus «hybride» où d'une part la procédure ainsi que les règles de preuve sont celles prévues pour toute action en justice mais d'autre part où le processus décisionnel n'appartient pas à un juge mais plutôt au gouverneur en conseil. De ce fait, la déclaration ne contient aucune conclusion de réparation.

[14] Malgré cela, je constate du libellé de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* ainsi que l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* l'utilisation du terme «toute instance» et en anglais «any proceedings».

[15] In *Markevich v. Canada*, [2001] 3 F.C. 449 (C.A.), the Federal Court of Appeal confirmed the very broad scope of the term “proceedings” in paragraph 35:

The term “proceedings” is one of broad scope. While in a legal context, the term “proceedings” will usually relate to a court action or steps taken under a court order, it may also include “any legal action or process” (*Shorter Oxford Dictionary*, Vol. II, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990).

[16] Mr. Justice Rothstein concluded, at paragraph 65:

I conclude therefore that proceedings brought by the Crown in respect of a cause of action in section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* include both court and statutory collection procedures under the *Income Tax Act*. The applicable limitation provision is subsection 3(5) of the *British Columbia Limitation Act*. Under subsection 3(5), an action may not be brought after the expiration of six years after the date on which the right to do so arose. Action is defined as including a self help remedy. Its scope is obviously intended to be broad and not limited to a court action.

[17] Thus the reference under section 18 of the *Citizenship Act* might be subject to the limitation period rules since Parliament has provided no exceptions when using the words “any proceedings” or “à toute instance”. In *Markevich*, *supra*, Rothstein J.A. comments, at paragraph 50:

When section 32 was amended, Parliament had the opportunity, if it had so chosen, to include the words “in the court” or some other word formula, to ensure that section 32 only provided for limitation periods in respect of proceedings in Court. I think it is a fair inference that Parliament, not having done so, meant to adopt the interpretation in *E.H. Price* so that “proceedings” in section 32 include all legal processes in respect of a cause of action, whether court or otherwise, and in particular, all collection procedures under the *Excise Tax Act* and the *Income Tax Act* unless otherwise provided in those statutes.

[15] Dans l'affaire *Markevich c. Canada*, [2001] 3 C.F. 449 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a confirmé la portée très large du terme «*proceedings*» au paragraphe 35:

Le terme «*proceedings*» a une très large portée. Bien que, dans un contexte juridique, ce terme fasse habituellement référence à une action en justice ou à des mesures prises par suite d'une ordonnance judiciaire, il peut également inclure [TRADUCTION] «toute action ou procédure légale» (*Shorter Oxford Dictionary*, vol. II, 3^e éd. Oxford: Clarendon Press, 1990).

[16] Le juge Rothstein concluait au paragraphe 65:

Je conclus donc que les poursuites «auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur» visées à l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* incluent à la fois les procédures devant une cour et les méthodes légales de recouvrement prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La disposition en matière de prescription applicable est le paragraphe 3(5) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. En vertu du paragraphe 3(5), une action ne peut être intentée après l'expiration d'un délai de six ans suivant la date à laquelle le droit d'agir en justice a pris naissance. Une action est définie comme incluant les voies de droit extrajudiciaires. Cet article est manifestement conçu pour avoir une large portée et ne pas être limité à une action en justice.

[17] Ainsi le renvoi visé par l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* pourrait être assujéti aux règles de la prescription puisque le législateur n'a prévu aucune exception en utilisant les mots «à toute instance» ou «*any proceedings*». Dans *Markevich*, précitée, le juge d'appel Rothstein fait remarquer ce qui suit au paragraphe 50:

Quand il a modifié l'article 32, le législateur aurait pu, s'il avait voulu, inclure les mots «devant la Cour» ou quelqu'autre formule, pour s'assurer que le paragraphe 32 ne prévoioit de délais de prescription que pour les procédures devant une cour. Je pense que l'on peut équitablement conclure que le législateur, puisqu'il n'a pas agi ainsi, avait l'intention d'adopter l'interprétation de l'arrêt *E.H. Price*, de sorte que les «poursuites» («*proceedings*») prévues à l'article 32 incluent toutes les voies de droit relatives à une cause d'action, qu'elles soient engagées devant une cour ou autrement, et en particulier, toutes les mesures de recouvrement prévues dans la *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à moins que ces lois n'en disposent autrement.

[18] In his work, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough: Carswell, 2000), at pages 275-276, Pierre-André Côté notes that “Since the judge’s task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted, and to express completely what the legislature wanted to say.”

[19] As Mr. Justice Rothstein notes, *supra*, Parliament might have included some words that could restrict its scope. It chose not to do so. However, that does not suffice to dispose of the question. The action in revocation of citizenship must still be capable of prescription.

[20] Section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, *supra*, provides that, except as otherwise provided in an Act of Parliament, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province.

[21] Since the defendant obtained his permanent admission and his citizenship in Quebec, where he resides, the laws relating to prescription in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, will apply, in my opinion.

[22] If it were accepted that the cause of action arose both abroad and in Quebec (given the false representations alleged by the plaintiff, which are said to have been made in Italy at the time of his temporary admission), the six-year limitation deadline in section 32 would apply.

[23] Nevertheless, the applicable law for deciding general questions of private law will fill in where the federal law is silent. Section 32 settles only the question of the deadline, but this is simply one of the questions that may exist in limitation matters. Thus the *Civil Code of Québec* would apply anyway since it establishes the ordinary law in matters of private law.

[18] Dans son ouvrage, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal: Thémis, 1999, à la page 349, Pierre-André Côté rappelle que «[l]a fonction du juge étant d’interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l’amènerait à ajouter des termes à la loi: celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire».

[19] Comme le souligne le juge Rothstein, précité, le législateur aurait pu inclure des mots qui pouvaient en restreindre la portée. Il n’a pas choisi de le faire. Cependant, cela ne suffit pas pour disposer de la question. Encore faut-il que l’action en révocation de citoyenneté soit prescriptible.

[20] L’article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, précité, prévoit que les règles de droit en matière de prescription qui dans une province régissent les rapports entre particuliers s’appliquent à l’État sauf disposition contraire à la loi fédérale pour tout fait générateur survenu dans la province.

[21] Puisque le défendeur a acquis son admission permanente ainsi que sa citoyenneté au Québec où il réside, les règles de droit en matière de prescription prévues au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, à mon avis, s’appliqueront.

[22] S’il était retenu que la cause d’action a pris naissance à l’étranger et au Québec (compte tenu des fausses déclarations alléguées par la demanderesse, lesquelles auraient été faites en Italie lors de son admission temporaire), le délai de prescription de six ans prévu à l’article 32 s’appliquerait.

[23] Il n’en demeure pas moins que les règles de droit applicables pour trancher les questions générales de droit privé suppléeront lorsque la loi fédérale est silencieuse. L’article 32 ne règle que la question du délai, alors même qu’il ne s’agit que d’une des questions qui peuvent se poser en matière de prescription. Il s’ensuit donc que le *Code civil du Québec* s’appliquerait de toute façon puisqu’il établit le droit commun dans les matières de droit privé.

[24] Article 2876 of the *Civil Code of Québec* provides:

Art. 2876. That which is not an object of commerce, not transferable or not susceptible of appropriation by reason of its nature or appropriation may not be prescribed.

[25] The plaintiff submits that the acquisition or loss of citizenship are not objects of commerce and therefore may not be prescribed. I agree. The acquisition or loss of citizenship cannot be evaluated in monetary terms, they do not enter into the economic circuit, they are therefore not objects of commerce. They are rights that are characterized as extrapatrimonial. By virtue of their purpose they are not transmissible, they disappear in theory with their holder and they may not be prescribed. See J.-L. Baudouin, *Les obligations* (5th ed., 1998), pages 1-4.

[26] I therefore find that the plaintiff's action is not subject to the limitation period. I dismiss the motion on this point.

3. Legal authority to examine and reject candidates on security grounds

[27] The defendant was admitted to Canada as a permanent resident under Order in Council P.C. 3112, which provided that potential immigrants admitted temporarily to Canada in order to work here were, after the performance of their contract, entitled to permanent residence if they were otherwise admissible for entry or residence under the *Immigration Act* [R.S.C. 1927, c. 93].

[28] The defendant submits that when he was admitted to Canada as a permanent resident, the *Immigration Act* and P.C. 3112 did not prohibit the entry "of agents" or "Nazis" or "collaborators".

[29] Contrary to the plaintiff's submissions, I am of the opinion that the defendant's motion does not require the determination of facts based on the testimony of numerous ordinary and expert witnesses. This Court is required to determine whether, at the time the defendant was admitted to Canada as a permanent resident, the plaintiff had the legal authority to prohibit his entry and

[24] L'article 2876 du *Code civil du Québec* y prévoit:

Art. 2876. Ce qui est hors commerce, incessible ou non susceptible d'appropriation, par nature ou par affectation, est imprescriptible.

[25] La demanderesse soumet que l'acquisition ou la perte de la citoyenneté sont des actes hors commerce et conséquemment imprescriptibles. Je suis de cet avis. L'acquisition ou la perte de citoyenneté ne peuvent s'évaluer pécuniairement, elles ne sont pas dans le circuit économique, elles sont donc hors commerce. Il s'agit de droits qui sont qualifiés d'extra-patrimoniaux. En raison de leur vocation, ils sont intransmissibles, disparaissent en principe avec leur titulaire et sont imprescriptibles. Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 5^e édition, 1998, pages 1 à 4.

[26] J'en conclus que l'action de la demanderesse n'est pas assujettie à la prescription. Je rejette la requête sur ce point.

3. Autorité légale pour examiner et rejeter des candidats pour des motifs de sécurité

[27] Le défendeur a été admis au Canada à titre de résident permanent au Canada en vertu du décret C.P. 3112 qui prévoyait que les candidats admis temporairement au Canada pour y travailler avaient droit, après l'exécution de leur contrat, à la résidence permanente, s'ils étaient autrement admissibles, à l'entrée et à la résidence, selon la *Loi de l'immigration* [S.R.C. 1927, ch. 93].

[28] Le défendeur soumet que lorsqu'il a été admis au Canada à titre de résident permanent, la *Loi de l'immigration* ainsi que le décret C.P. 3112 n'interdisaient pas l'entrée «d'agents» ou de «nazis» ou de «collaborateurs».

[29] Contrairement à ce que prétend la demanderesse, je suis d'avis que la requête du défendeur ne requiert pas la détermination de faits en fonction du témoignage de nombreux témoins ordinaires et experts. Cette Cour est appelée à déterminer si, à l'époque où le défendeur fut admis au Canada à titre de résident permanent, la demanderesse avait le pouvoir légal d'interdire l'entrée

permanent admission under P.C. 3112 or the royal prerogative. This is a question of law which this Court, being in possession of the necessary evidence, is in a position to decide. Since there is no serious question to be tried at the level of the facts in relation to the question referred to above, it is possible to dispose of this question summarily.

[30] Section 3 of the *Immigration Act* in force at the time set out some specific grounds for rejection. This section read in part as follows:

3. No immigrant, passenger, or other person, unless he is a Canadian citizen, or has Canadian domicile, shall be permitted to enter or land in Canada, or in case of having landed in or entered Canada shall be permitted to remain therein, who belongs to any of the following classes, hereinafter called "prohibited classes":

...

(d) Persons who have been convicted of, or admit having committed, any crime involving moral turpitude;

...

(i) Persons who do not fulfil, meet or comply with the conditions and requirements of any regulations which for the time being are in force and applicable to such persons under this Act;

...

(p) Enemy aliens or persons who have been alien enemies and who were or may be interned on or after the eleventh day of November, one thousand nine hundred and eighteen, in any part of His Majesty's dominions or by any of His Majesty's allies;

...

(q) Persons guilty of espionage with respect to His Majesty or any of His Majesty's allies;

(r) Persons who have been found guilty of high treason or treason or of conspiring against His Majesty, or of assisting His Majesty's enemies in time of war, or of any similar offence against any of His Majesty's allies;

[31] The power to reject potential immigrants on security grounds does not appear in this list. However,

et l'admission permanente de ce dernier en vertu du décret C.P. 3112 ou de la prérogative royale. Il s'agit d'une question de droit dont cette Cour, étant en possession de la preuve nécessaire, est en mesure de trancher. Puisqu'il n'existe aucune question sérieuse à instruire au niveau des faits relativement à la question mentionnée ci-dessus, il est possible de disposer de cette question de façon sommaire.

[30] L'article 3 de la *Loi de l'immigration* en vigueur à l'époque prévoyait des motifs précis de refoulement. Cet article se lisait en partie comme suit:

3. Nul immigrant, passager, voyageur, ni autre individu, à moins qu'il ne soit citoyen du Canada ou n'ait un domicile au Canada, n'est admis à entrer ou à débarquer au Canada, ou, s'il y est débarqué ou y est entré, n'est admis à y rester, s'il appartient à l'une des catégories suivantes, ci-après appelées «catégories interdites», savoir:

[...]

d) Les personnes qui ont été trouvées coupables ou ont avoué avoir perpétré quelque crime impliquant turpitude morale;

[...]

i) Les personnes qui n'observent pas les conditions et exigences de règlements alors en vigueur et qui sont applicables à ces personnes sous le régime de la présente loi, ou n'y répondent pas ou ne s'y conforment pas;

[...]

p) Les étrangers de nationalité ennemie ou les personnes qui ont été des étrangers de nationalité ennemie et qui étaient ou peuvent être internés dans toute partie des possessions de Sa Majesté, ou par tout allié de Sa Majesté, le ou après le onzième jour de novembre mil neuf cent dix-huit;

[...]

q) Les personnes coupables d'espionnage à l'égard de Sa Majesté ou de tout allié de Sa Majesté;

r) Les personnes jugées coupables de haute trahison ou de trahison ou de conspiration contre Sa Majesté, ou d'avoir aidé en temps de guerre les ennemis de Sa Majesté, ou de tout crime semblable contre tout allié de Sa Majesté;

[31] Le pouvoir de refouler des candidats pour des raisons de sécurité ne figure pas dans cette liste. Par

section 38 of that Act did give the Governor in Council discretionary authority to prohibit or limit, by proclamation or order, the admission to Canada of immigrants. Section 38 read as follows:

38. The Governor in Council may, by proclamation or order whenever he deems it necessary or expedient,

...

- (c) prohibit or limit in number for a stated period or permanently the landing in Canada, or the landing at any specified port or ports of entry in Canada, of immigrants belonging to any nationality or race or of immigrants of any specified class or occupation, by reason of any economic, industrial or other condition temporarily existing in Canada or because such immigrants are deemed unsuitable having regard to the climatic, industrial, social, educational, labour or other conditions or requirements of Canada or because such immigrants are deemed undesirable owing to their peculiar customs, habits, modes of life and methods of holding property, and because of their probable inability to become readily assimilated or to assume the duties and responsibilities of Canadian citizenship within a reasonable time after their entry.

[32] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), at paragraph 66, Mr. Justice McKeown briefly reviews the history of the issue of security screening:

In July 1946, when the security panel met for a second time, no Canadian organization existed for the security examination of prospective immigrants at the point of origin. It was decided that a committee would be struck to deal with regulations to permit refusal of undesirables on security grounds. The Government initially considered including security criteria either in the regulations or the Act, but then this idea was rejected and the Cabinet decided that the security screening of prospective immigrants should be dealt with by departmental administrative action rather than by legislation. There is no clear and direct evidence in the documents as to why this was done. However, the reason is clear when it is looked at in the context of Cabinet Directive 14, issued in 1949.

contre, l'article 38 de cette même Loi conférerait au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'interdire ou de restreindre, par proclamation ou arrêté, l'admission au Canada des immigrants. L'article 38 se lisait comme suit:

38. Le gouverneur en son conseil peut, par proclamation ou arrêté, lorsqu'il le juge nécessaire ou à propos,

[...]

- c) Interdire, pendant une période de temps déterminée ou d'une manière permanente, le débarquement au Canada ou le débarquement à tous les ports d'entrée désignés, au Canada, ou limiter le nombre d'immigrants appartenant à quelque nationalité ou race, ou d'immigrants d'une catégorie ou occupation particulière, à cause d'une situation économique, industrielle ou autre régnant temporairement au Canada, ou parce que ces immigrants sont jugés impropres, eu égard aux conditions ou exigences climatiques, industrielles, sociales, éducationnelles, ouvrières ou autres du Canada, ou parce que ces immigrants sont considérés comme non désirables par suite de leurs coutumes, habitudes, modes de vie et méthodes particulières de posséder des biens, et vu leur probable inaptitude à s'assimiler facilement ou à assumer les devoirs et les responsabilités du citoyen canadien dans un temps raisonnable après leur arrivée au pays.

[32] Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 66, le juge McKeown fait un bref historique de la question du contrôle sécuritaire:

En juillet 1946, lors de la deuxième rencontre du conseil de sécurité, il n'existait aucun organisme canadien qui s'occupait du contrôle de sécurité des candidats à l'immigration au point d'origine. On a décidé de former un comité chargé d'élaborer un règlement permettant de refouler les indésirables pour des raisons de sécurité. Le gouvernement a d'abord envisagé la possibilité de prévoir des critères de sécurité dans le règlement ou dans la Loi, mais cette idée a été écartée et le Cabinet a décidé que le contrôle de sécurité des candidats à l'immigration devait s'effectuer dans le cadre d'une structure administrative du Ministère plutôt que par voie législative. Les pièces versées au dossier ne renferment aucun élément de preuve clair et direct expliquant les motifs de cette décision. Les raisons en sont toutefois évidentes lorsqu'on les examine dans le contexte de la directive n° 14 que le Cabinet a donnée en 1949.

[33] Cabinet Directive No. 14 read as follows:

Cabinet Directive Circular No. 14

Rejection of Immigrants on Security Grounds, N.A. Robertson, October 28, 1949. Document 805.

Displaced persons and certain classes of prospective immigrants desiring to enter Canada are investigated under established procedures by the R.C.M. Police. Persons in specified categories (i.e., Communists, members of the Nazi or Fascist Parties or of any revolutionary organization, "collaborators", and users of false or fictitious names or documents) are regarded as inadmissible under the Immigration Act and are refused a visa. As some of the persons so rejected are not aware that their subversive records are known to security and intelligence agencies, disclosure of the reasons for their rejection as immigrants tends to excite suspicion and compromise valuable sources of information.

[34] Thus, Directive No. 14 provided that certain classes of persons, such as collaborators, were inadmissible. However, as Mr. Justice Noël states in paragraph 287 of the *Dueck* decision, *supra*, these decisions had to be made legally effective in one way or another:

The decisions made by Cabinet of August 5, 1946, and February 5, 1947, did set the government policy with respect to security screening and clearly were to the effect that prospective immigrants not be admitted unless they had been screened by the RCMP in accordance with the applicable security criteria. But Cabinet decisions once taken must be made legally effective in one way or another.

[35] His conclusion, in paragraph 298, is categorical:

. . . that in July 1948 there was no authority under the Immigration Act and the orders in council passed thereunder to reject prospective immigrants on the ground that they had collaborated with the enemy. [Emphasis added.]

[36] In Mr. Justice Noël's opinion, at paragraph 288, it was not until June 1950 that an order in council (P.C. 2856) was adopted giving the Minister the discretionary authority to refuse landing on security grounds by reference to the broad language contained in section 38.

[33] La directive n° 14 se lisait comme suit:

Directive du Cabinet: Circulaire no 14:

Refoulement d'immigrants pour raisons de sécurité, N. A. Robertson, 28 octobre 1949. Document 805.

[TRADUCTION] Les personnes déplacées ainsi que certaines catégories de candidats à l'immigration souhaitant entrer au Canada font l'objet d'une enquête conformément aux procédures établies par la GRC. Les personnes entrant dans certaines catégories (c.-à-d. les communistes, les membres du parti nazi ou d'un parti fasciste ou de tout groupe révolutionnaire, les «collaborateurs» et les personnes qui se servent de noms ou de documents faux ou fictifs) sont considérées inadmissibles au sens de la Loi de l'immigration et leur demande de visa est rejetée. Comme certaines des personnes ainsi refoulées ne savent pas que les agences de sécurité et les services secrets sont au courant de leurs antécédents subversifs, la divulgation des motifs de leur refoulement risquerait d'éveiller les soupçons et de compromettre des sources de renseignement précieuses.

[34] Ainsi, la directive n° 14 prévoyait que certaines catégories de personnes, comme les collaborateurs, étaient inadmissibles. Cependant, comme l'indique le juge Noël au paragraphe 287 de la décision *Dueck*, précitée, ces décisions devaient être rendues applicables d'une façon ou d'une autre:

Les décisions prises par le Cabinet le 5 août 1946 et le 5 février 1947 ont établi la politique du gouvernement en matière de contrôle de sécurité et prévoyaient clairement que les candidats à l'immigration ne pouvaient pas être admis à moins d'avoir fait l'objet d'un contrôle par la GRC conformément aux critères de sécurité applicables. Toutefois, une fois prises, les décisions du Cabinet doivent être rendues légalement applicables d'une façon ou d'une autre.

[35] Il conclut au paragraphe 298 de façon catégorique:

[. . .] qu'en juillet 1948, la Loi de l'immigration et les décrets pris en application de celle-ci ne permettaient pas le refoulement de candidats à l'immigration pour le motif qu'ils avaient collaboré avec l'ennemi. [Je souligne.]

[36] Pour le juge Noël, au paragraphe 288, ce n'est qu'en juin 1950 qu'un décret fut adopté (C.P. 2856) conférant au ministre le pouvoir discrétionnaire de refuser le débarquement d'immigrants pour raisons de sécurité par renvoi au libellé général contenu dans l'article 38.

There is no doubt that section 38 of the *Immigration Act* provided the required authority for doing so subject to the appropriate order being passed. But, it was not until June of 1950 that an order in council was passed giving the Minister the discretion to refuse landing by reference to the broad language contained in that section.

[37] Mr. Justice McKeown drew the same conclusion in paragraph 73 of the *Bogutin* decision:

Cabinet Directive 14 was implemented by Order in Council P.C. 2856, 9 June 1950, which prohibited the entry into Canada of all persons except for certain categories of persons such as British subjects and subjects of specified British colonies, citizens of the United States and France.

[38] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), Nadon J. subscribed to this opinion.

[39] The plaintiff contends that the fact that at some later period concerns were expressed about the legal authority to reject potential immigrants who were unsatisfactory in terms of security does not mean that the Cabinet had not adopted an order in council that granted legal authority to reject potential immigrants who were undesirable from a security standpoint when it adopted Order in Council P.C. 3112.

[40] In my opinion, Noël J. has already decided this question. His conclusion is equally applicable in the case at bar. It is a conclusion of law pertaining to the very meaning of the Act, the same sections and the same powers. The evidence in this case does not demonstrate that an order in council giving legal authority to reject potential immigrants who are undesirable from a security standpoint was adopted prior to June 1950.

[41] The plaintiff cites paragraph 1(a) of P.C. 3112 as the source of the plaintiff's power to reject potential immigrants on security grounds. This paragraph reads as follows:

1. The Minister of Labour is hereby authorized

(a) by arrangement with the Departments concerned to send representatives of the Departments of Mines and Resources

Il ne fait aucun doute que l'article 38 de la *Loi de l'immigration* conférait le pouvoir nécessaire pour le faire à la condition que le décret approprié soit pris, mais ce n'est qu'en juin 1950 qu'on a pris un décret conférant au ministre le pouvoir discrétionnaire de refuser le débarquement par renvoi au libellé général contenu dans cet article.

[37] Le juge McKeown tire la même conclusion au paragraphe 73 de la décision *Bogutin*:

La directive n° 14 du Cabinet a été mise en application par le décret C.P. 2856 du 9 juin 1950, qui interdisait l'entrée au Canada d'immigrants de toutes catégories, sauf ceux qui entraient dans certaines catégories comme les sujets britanniques et les ressortissants de colonies britanniques déterminées, les citoyens des États-Unis et les citoyens de France.

[38] Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Nadon souscrit à cet avis.

[39] La demanderesse prétend que le fait qu'à une époque ultérieure, des préoccupations ont été exprimées quant à l'autorité légale pour rejeter des candidats insatisfaisants au niveau de la sécurité ne signifie pas que le Cabinet n'avait pas adopté un décret qui conférerait l'autorité légale pour rejeter des candidats indésirables d'un point de vue sécuritaire lorsqu'il a adopté le décret C.P. 3112.

[40] À mon avis, le juge Noël a déjà tranché cette question. Sa conclusion est tout aussi applicable en l'espèce. Il s'agit d'une conclusion de droit portant sur le sens même de la loi, des mêmes articles et des mêmes pouvoirs. La preuve en l'espèce ne démontre pas qu'un décret conférant l'autorité légale pour rejeter des candidats indésirables d'un point de vue sécuritaire ait été adopté avant juin 1950.

[41] La demanderesse invoque le paragraphe 1(a) du décret C.P. 3112 comme source du pouvoir de la demanderesse de refouler des candidats à l'immigration pour des raisons de sécurité. Ce paragraphe se lit comme suit:

[TRADUCTION]

1. Le ministre du Travail peut:

a) en prenant des dispositions avec les ministères intéressés, envoyer au Royaume-Uni et en Italie des représentants du

and Labour and the Royal Canadian Mounted Police to the United Kingdom and Italy to interview and examine persons of the above-mentioned description for the purpose of selecting 4,000 of such persons for agricultural employment in Canada and to pay the necessary transportation and living expenses of such representatives while so engaged;

[42] I do not see how such authority can be inferred from the wording of this paragraph, which provides for the participation of three government departments in the selection of persons seeking to come and work in Canada in agriculture. It evidently does not authorize the rejection of immigrants on security grounds under the legally applicable criteria.

[43] However, P.C. 1950-2856 [SOR/50-232] gave the Minister in express and unambiguous terms the discretionary authority to refuse landing in Canada to a person unless it is demonstrated that this person:

4. . . .

- (a) . . . is a suitable immigrant having regard to the climatic, social, educational, industrial, labour, or other conditions or requirements of Canada; and
- (b) is not undesirable owing to his peculiar customs, habits, modes of life, methods of holding property, or because of his probable inability to become readily adapted and integrated into the life of a Canadian community and to assume the duties of Canadian citizenship within a reasonable time after his entry.

[44] This is particularly clear when this Order in Council is compared with section 38 of the *Immigration Act*, since P.C. 1950-2856 borrows the actual wording of section 38, which, let us recall, read in part as follows:

38. . . .

- (c) . . . immigrants are deemed unsuitable having regard to the climatic, industrial, social, educational, labour or other conditions or requirements of Canada or because such immigrants are deemed undesirable owing to their peculiar customs, habits, modes of life and methods of holding property, and because of

ministère des Mines et des Ressources, des représentants du ministère du Travail ainsi que de la Gendarmerie royale du Canada pour interroger des personnes décrites ci-dessus, dont 4 000 seront sélectionnées pour occuper un emploi agricole au Canada, et défrayer les frais de transport et de séjour qu'engageront ces représentants dans l'exercice de leurs fonctions;

[42] Je ne vois pas comment on puisse inférer un tel pouvoir du libellé de ce paragraphe qui prévoit la participation de trois ministères pour la sélection de personnes qui cherchaient à venir travailler au Canada dans l'agriculture. Il est évident qu'il n'autorise pas le refoulement des immigrants pour des raisons de sécurité selon des critères légalement applicables.

[43] Par contre le décret C.P. 1950-2856 [DORS/50-232] conférait au ministre en termes clairs et exprès le pouvoir discrétionnaire de refuser à une personne de débarquer au Canada à moins qu'il ne soit démontré que cette personne:

4. [. . .]

- a) [. . .] est un immigrant convenable, eu égard aux conditions climatiques, sociales, éducatives, industrielles, ouvrières ou autres, ainsi qu'aux besoins du Canada; et
- b) [. . .] n'est pas indésirable en raison de ses coutumes ou de ses habitudes particulières, ou de son mode d'existence ou de son régime de propriété particulier, ou à cause de son incapacité probable de s'adapter promptement à la vie d'une collectivité canadienne, de s'y intégrer et d'assumer les devoirs de la citoyenneté canadienne dans un délai raisonnable après son entrée.

[44] Ceci est d'autant plus clair lorsque l'on compare ce décret à l'article 38 de la *Loi de l'immigration* puisque le décret C.P. 1950-2856 emprunte le libellé même de l'article 38, qui, rappelons, se lisait en partie comme suit:

38. [. . .]

- c) [. . .] immigrants sont jugés impropres, eu égard aux conditions ou exigences climatiques, industrielles, sociales, éducationnelles, ouvrières ou autres du Canada, ou parce que ces immigrants sont considérés comme non désirables par suite de leurs coutumes, habitudes, modes de vie et méthodes particulières de

their probable inability to become readily assimilated or to assume the duties and responsibilities of Canadian citizenship within a reasonable time after their entry.

posséder des biens, et vu leur probable inaptitude à s'assimiler facilement ou à assumer les devoirs et les responsabilités du citoyen canadien dans un temps raisonnable après leur arrivée au pays.

[45] P.C. 3112 contemplated a specific group of persons. But, as Noël J. remarked, security screening was a measure of general application that was not limited to the immigrants covered by a particular order in council (*Dueck, supra*, in paragraph 281). Noël J. added:

[45] Le décret C.P. 3112 quant à lui visait un groupe précis de personnes. Or, comme le fait remarquer le juge Noël, le contrôle de sécurité était une mesure d'application générale qui ne se limitait pas aux immigrants visés par un décret en particulier (*Dueck, précitée*, au paragraphe 281). Le juge Noël ajoute ce qui suit:

. . . when the Governor in Council desired to exclude a specific class of undesirables in 1948, it did so in express and unambiguous terms. Third, the question as to the existence of authority under which security screening was being conducted was a matter of concern from the very beginning of the security screening program to 1950. At no time was it suggested that P.C. 1947-2180, or any other order in council in force during that period provided the required authority.

[. . .] lorsque le gouverneur en conseil a désiré exclure une catégorie précise de personnes indésirables en 1948, il l'a fait en termes clairs et exprès. Troisièmement, l'existence du pouvoir en vertu duquel le contrôle de sécurité était effectué a été une question préoccupante dès le tout début du programme de contrôle de sécurité jusqu'en 1950. Il n'a en aucun temps été suggéré que le décret C.P. 1947-2180 ou tout autre décret en vigueur pendant cette période conférait le pouvoir requis.

[46] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kisluk* (1999), 169 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), Lutfy J. (as he then was) was persuaded, in relying on Orders in Council P.C. 4849 and 4851, that in December 1948 immigration officers were legally authorized to prohibit entry and landing to immigrants on the ground that they were undesirable or constituted a risk to security. According to him, the blanket prohibition stipulated in the opening paragraph of the Order in Council, together with its use of the permissive "may", provided the immigration officer with the discretion to prohibit the entry of immigrants. With respect, I am unable in the case at bar to reach this conclusion.

[46] Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kisluk* (1999), 169 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.) le juge Lutfy (tel était alors son titre) était convaincu en se fondant sur les décrets C.P. 4849 et C.P. 4851, qu'en décembre 1948, les agents d'immigration avaient légalement le pouvoir d'interdire l'entrée et l'établissement d'immigrants au Canada au motif qu'ils étaient indésirables ou qu'ils constituaient un risque pour la sécurité. Selon le juge Lutfy, l'interdiction générale décrétée au paragraphe introductif de ce décret, jointe à l'emploi du terme «peut», accordait à l'agent d'immigration le pouvoir de refuser l'entrée à des immigrants. Avec égards, je suis incapable en l'espèce d'en venir à cette conclusion.

[47] In my opinion, since P.C. 3112 is silent in regard to collaborators, etc., there was no legal authority to reject the defendant on this basis. As Noël J. stated in *Dueck*, if the Governor in Council had intended P.C. 3112 to confer such authority, it would have done so in express and unambiguous terms.

[47] À mon avis, comme le décret C.P. 3112 est muet en ce qui concerne les collaborateurs, etc., aucun pouvoir légal de refuser le défendeur n'existait sur cette base. Comme l'indiquait le juge Noël dans *Dueck*, si le gouverneur en conseil avait voulu que le décret C.P. 3112 confère un tel pouvoir, il l'aurait fait en termes clairs et exprès.

[48] In short, when the defendant obtained permanent residence in April 1950, neither the *Immigration Act* nor any order in council prohibited his admission to Canada.

[48] Bref, lorsque le défendeur a acquis la résidence permanente en avril 1950, ni la *Loi de l'immigration*, ni aucun décret, n'interdisait son admission au Canada.

[49] With regard to the royal prerogative, the defendant submits that P.C. 3112, by explicitly referring to a right of residence, provided one was admissible under the *Immigration Act*, ruled out the use of the alleged royal prerogative (to reject potential immigrants on security grounds) in favour of the Act.

[50] That a royal prerogative may be abolished or limited by statute was recognized by the Supreme Court of Canada in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at pages 397-398:

It is beyond doubt that the prerogative power of the Crown can be abolished or limited by statute. Once a statute occupies the ground formerly occupied by the prerogative power, the Crown must comply with the terms of the statute. See, for example, Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 11. Thus, if the “recommendations” of the Committee, referred to in s. 52(2), are interpreted as a decision binding upon the Deputy Minister, then the Act will limit the prerogative powers formerly exercised by the Deputy Minister.

[51] In regard to the royal prerogative in the case at bar, the defendant relies on the decision of Noël J. in *Dueck, supra*, at paragraph 303, in which he held that the *Immigration Act* covers the whole of the prerogative claimed as authority for the rejection of potential immigrants on security grounds.

In my view, however, the *Immigration Act* covers the whole of the prerogative which the applicant claims as authority for the rejection of potential immigrants on security grounds. The *Immigration Act* in force in 1948 conferred upon the Minister of Mines and Resources the authority to determine who could enter Canada and by definition who could not. When regard is had to the scheme of the Act, there was no apparent limit to the grounds upon which the Minister could refuse entry. As we have seen, section 38 of the Act allowed the Minister to prohibit entry, by order or proclamation, by reason of “climatic, industrial, social, educational, labour or other conditions or requirements of Canada” or because of the immigrants’ “peculiar customs, habits, modes of life and methods of holding property, and because of their probable inability to become readily assimilated”. That is the authority under which Order in Council P.C. 1950-2856 was eventually adopted and there can be no doubt that this regulation provided the Minister concerned with the authority to reject immigrants

[49] En ce qui a trait à la prérogative royale, le défendeur soumet que le décret C.P. 3112, en faisant explicitement référence à un droit de résidence, à condition d’être admissible selon la *Loi de l’immigration*, écartait la prérogative royale alléguée (pour rejeter des candidats à l’immigration pour des motifs de sécurité) au profit de la Loi.

[50] Le fait qu’une prérogative royale peut être supprimée ou restreinte par voie législative a été établi par la Cour suprême du Canada dans *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, aux pages 397 et 398:

Il ne fait aucun doute que la prérogative de l’État peut être supprimée ou restreinte par voie législative. Dès qu’une loi régit un domaine qui relevait auparavant de la prérogative, l’État est tenu de s’y conformer. Voir à ce sujet Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 11. Ainsi, si les «recommandations» du comité visées au par. 52(2) sont assimilées à une décision liant le sous-ministre, alors la Loi a pour effet de restreindre la prérogative dont était auparavant investi le sous-ministre.

[51] En ce qui concerne la prérogative en l’espèce, le défendeur s’appuie sur la décision du juge Noël dans *Dueck*, précitée, au paragraphe 303 qui a conclu que la *Loi sur l’immigration* vise l’ensemble de la prérogative invoquée comme source du pouvoir de refouler des candidats à l’immigration pour des raisons de sécurité:

À mon avis toutefois, la *Loi sur l’immigration* vise l’ensemble de la prérogative que le demandeur invoque comme source du pouvoir de refouler des candidats à l’immigration pour des raisons de sécurité. La *Loi de l’immigration* en vigueur en 1948 habilitait le ministre des Mines et des Ressources à déterminer qui pouvait débarquer au Canada et qui, par définition, ne le pouvait pas. Lorsque l’on examine l’esprit de la Loi, on constate qu’il n’y avait apparemment aucune limite aux motifs que pouvait invoquer le ministre pour refuser l’admission au pays. Comme nous l’avons vu, l’article 38 de la Loi habilitait le ministre à interdire, par proclamation ou par arrêté, le débarquement au Canada en raison des «conditions ou exigences climatiques, industrielles, sociales, éducationnelles, ouvrières ou autres du Canada» ou en raison des «coutumes, habitudes, modes de vie et méthodes particulières de posséder des biens, et vu leur probable inaptitude à s’assimiler facilement [etc.]» de ces immigrants. C’est en vertu de cette disposition que le décret C.P. 1950-2856 a finalement été pris, et il est indubitable que

on security grounds.

[52] Counsel for the plaintiff submits that the question of the royal prerogative as a basis for the legal authority to reject potential immigrants on security grounds has not been definitively decided. He refers to comments by Lutfy J. in *Kishuk*, *supra*, suggesting that the *Immigration Act* may not have completely barred the use of the royal prerogative in relation to the exclusion of aliens on grounds of national security.

[53] In *Kishuk*, Lutfy J. did not rule definitively on the question of the royal prerogative. But Noël J. did clearly state that the *Immigration Act* covers the whole of the prerogative in relation to the exclusion of aliens on national security grounds. I agree with that statement.

[54] In view of this conclusion, it is not necessary to address the defendant's alternative submission concerning his temporary admission to Canada.

[55] To summarize, I find that the plaintiff, at the time of the defendant's admission to Canada, did not have legal authority to prohibit his entry and admission to Canada as a permanent resident on security grounds. The motion for summary judgment is allowed on this point. With costs.

ORDER

THE COURT ORDERS THAT

The Court finds that the plaintiff, at the time of the defendant's admission to Canada, did not have legal authority to prohibit his entry and admission to Canada as a permanent resident on security grounds. The motion for summary judgment is allowed on this point. With costs.

cette disposition réglementaire a conféré au ministre concerné le pouvoir de refouler des immigrants pour des raisons de sécurité.

[52] Le procureur de la demanderesse soumet que la question de la prérogative royale en tant que base de l'autorité légale pour rejeter des candidats à l'immigration pour des motifs de sécurité n'a pas été définitivement décidée. Il réfère aux propos du juge Lutfy dans l'arrêt *Kishuk*, précité, qui a laissé entendre que la *Loi de l'immigration* pourrait ne pas avoir complètement écarté la prérogative royale relative à l'exclusion des étrangers pour des raisons de sécurité nationale.

[53] Dans *Kishuk*, le juge Lutfy ne s'est pas prononcé de façon définitive sur la question de la prérogative royale. Le juge Noël, quant à lui, a clairement indiqué que la *Loi de l'immigration* vise l'ensemble de la prérogative royale relative à l'exclusion des étrangers pour des raisons de sécurité nationale. Je suis d'accord avec cette affirmation.

[54] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument subsidiaire du défendeur concernant son admission temporaire au Canada.

[55] En résumé, la Cour conclut que la demanderesse n'avait pas à l'époque de l'admission du défendeur au Canada l'autorité légale d'interdire son entrée et admission au Canada à titre de résident permanent pour des motifs de sécurité. La requête en jugement sommaire est accordée sur ce point. Le tout avec dépens.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE QUE

La Cour conclut que la demanderesse n'avait pas à l'époque de l'admission du défendeur au Canada l'autorité légale d'interdire son entrée et admission au Canada à titre de résident permanent pour des motifs de sécurité. La requête en jugement sommaire est accordée sur ce point. Le tout avec dépens.

T-185-99
2002 FCT 941

T-185-99
2002 CFPI 941

**IN THE MATTER OF section 88 of the *Excise Act*,
R.S.C., 1985, c. E-14**

**AND IN THE MATTER OF some cigars, raw and
manufactured tobacco and other materials in stock,
engines, machinery and utensils seized [Application
by CC Havanos Corporation Ltd.]**

INDEXED AS: CC HAVANOS CORP. (RE) (T.D.)

Trial Division, Rouleau J.—Montréal, May 28, 29, 30;
Ottawa, September 6, 2002.

*Customs and Excise — Excise Act — RCMP seizing from
plaintiff company's premises unstamped cigars,
manufacturing materials, equipment under Excise Act —
Illegal nature of seized products established — Seizure neither
discretionary nor unreasonable, malicious, excessive —
Forfeiture operated as of right once manufacturing cigars
without licence, in possession of cigars in contravention of Act
— Property seized ipso jure liable to forfeiture under Act, s.
88(1) — Seizure lawful.*

*Construction of Statutes — Excise Act, s. 116(2) giving
Court power to "release or condemn the goods or thing, as
the case requires" — Interpretation of words used in s. 116(2)
according to ordinary, grammatical meaning leading to
ambiguity — Necessary to resort to subsidiary principles of
statutory interpretation e.g. presumption ambiguities resulting
from lack of clarity in statute shall favour taxpayer — S.
116(2) must be given generous, liberal interpretation — Court
hearing claim for seized things having discretion to order
restoration of certain property lawfully seized depending on
circumstances.*

*Restitution — Plaintiff company seeking declaration interest
in property seized under Excise Act not affected by seizure —
Restitution of cigars, tobacco products not justified as
possession unlawful — Principles governing decision to
return seized property applicable under Excise Act, s. 116(2),
independently of validity of seizure — Special circumstances
favouring restitution of materials, equipment seized, although
forfeited as of right, lawfully seized.*

**AFFAIRE INTÉRESSANT l'article 88 de la *Loi sur
l'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-14**

**ET des cigares, du tabac brut et fabriqué et d'autres
matériaux en stock, machines, mécanismes et
ustensiles saisis [Action intentée par CC Havanos
Corporation Ltd.]**

RÉPERTORIÉ: CC HAVANOS CORP. (RE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rouleau—Montréal,
28, 29 et 30 mai; Ottawa, 6 septembre 2002.

*Douanes et accise — Loi sur l'accise — Saisie de la GRC
dans les locaux de la société demanderesse de cigares non
estampillés, de matériel et de l'équipement de fabrication en
vertu de la Loi sur l'accise — Le caractère illégal des
produits saisis a été établi — La saisie était ni discrétionnaire,
ni déraisonnable, malicieuse ou abusive — La confiscation
opérait de plein droit dès la fabrication de cigares sans
licence, et la possession de cigares non conforme à la Loi —
Les biens saisis étaient ipso jure susceptibles d'être
confisqués en application de l'art. 88(1) de la Loi — Saisie
légale.*

*Interprétation des lois — L'art. 116(2) de la Loi sur l'accise
donne à la Cour le pouvoir de «libérer ou déclarer confisqués
ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige» —
L'interprétation des mots utilisés à l'art. 116(2) suivant leur
sens ordinaire et grammatical mène à une ambiguïté — Il faut
recourir à des principes subsidiaires d'interprétation des lois,
par exemple la présomption selon laquelle les ambiguïtés
découlant du manque de clarté de la loi jouent en faveur du
contribuable — Il faut donner à l'art. 116(2) une
interprétation large et libérale — Le tribunal saisi d'une
demande de revendication d'objets confisqués a le pouvoir
discrétionnaire d'ordonner la remise de certains biens
légalement saisis, selon les circonstances.*

*Restitution — La compagnie demanderesse cherchait à
obtenir une ordonnance déclarant que son intérêt dans les
biens saisis en vertu de la Loi sur l'accise n'était pas affecté
par la saisie — La restitution des cigares et des produits du
tabac n'était pas justifiée puisque la possession était illégale
— Les principes régissant la décision de restituer les biens
saisis s'appliquent en vertu de l'art. 116(2) de la Loi sur
l'accise, indépendamment de la validité de la saisie — Les
circonstances particulières favorisaient la restitution du
matériel et de l'équipement saisis, même s'ils ont été
confisqués de plein droit et saisis légalement.*

This was an action by CC Havanos Corporation Ltd., seeking an order to declare that its interest in property seized by the RCMP under the *Excise Act* was not affected by the seizure. Dino Orsini is a businessman who wanted to manufacture high-quality cigars. He incorporated CC Havanos in May 1998 and retained the services of a management consultant who sought the advice and assistance of various federal and provincial officials. Following the instructions of his consultant, Mr. Orsini obtained his provincial tobacco importer's and manufacturer's licence and a federal tobacco import licence, but not the federal manufacturing licence required by the *Excise Act* for the manufacture of cigars. When Mr. Orsini opened his cigar shop in Montréal in December 1998, the RCMP was aware that CC Havanos was to manufacture some cigars and that it had not obtained its cigar manufacturing licence. On December 17, 1998, acting under sections 88, 89, 226 and 240 of the *Excise Act*, members of the RCMP seized all of the equipment located in the CC Havanos premises, including materials and equipment needed for the manufacture of cigars, a number of unstamped cigars, a quantity of tobacco, and documents proving that CC Havanos had been manufacturing cigars since at least October 1998. At no point prior to the seizure did the RCMP inform Mr. Orsini of his failure to procure the federal manufacturing licence. The latter subsequently applied for such a licence but his application was rejected for reasons of public policy. On the two offences under *Excise Act*, paragraphs 226(a) and 240(1)(b), the Superior Court of Quebec ruled that Mr. Orsini and his son had demonstrated that their error of law was the result of the advice solicited from a person in authority and of competent jurisdiction and consequently ordered a stay of proceedings on both counts. CC Havanos indicated its intention to claim all of the seized property. Two issues were raised: (1) whether the seizure of December 17, 1998 was illegal, which would justify the possible return of the seized property to CC Havanos; and (2) whether this Court had discretion under subsection 116(2) of the *Excise Act* to order that certain property be restored to its owner notwithstanding that it had been forfeited *ipso jure* and notwithstanding a valid seizure.

Held, the action should be allowed in part.

(1) The action by the plaintiff company could not be justified under section 88.2 of the *Excise Act* since that provision limits the appropriate proceeding to "any person, other than the person accused of an offence resulting in the seizure or person in whose possession the horse, vehicle, vessel or other appliance was seized". All of the seized property belonged to and was in the possession of CC Havanos at all times during the seizure, and it was the

Il s'agissait d'une action par laquelle CC Havanos Corporation Ltd. cherchait à obtenir une ordonnance déclarant que son intérêt dans les biens saisis par la GRC en vertu de la *Loi sur l'accise* n'était pas affecté par la saisie. Dino Orsini est un homme d'affaires qui voulait fabriquer des cigares haut de gamme. Il a constitué CC Havanos en société en mai 1998 et il a retenu les services d'un conseiller en gestion qui a sollicité l'aide et les conseils de différents fonctionnaires fédéraux et provinciaux. Suivant les instructions de son conseiller, Dino Orsini a obtenu son permis provincial d'importateur et de fabricant de tabac ainsi qu'une licence fédérale d'importation de tabac mais non la licence fédérale de fabrication exigée par la *Loi sur l'accise* pour la fabrication de cigares. Lorsque M. Orsini a ouvert sa boutique de cigares à Montréal en décembre 1998, la GRC savait que CC Havanos devait fabriquer des cigares et qu'elle n'avait pas obtenu sa licence de fabrication de cigares. Le 17 décembre 1998, agissant en vertu des articles 88, 89, 226 et 240 de la *Loi sur l'accise*, des membres de la GRC ont saisi tout le matériel qui se trouvait dans l'établissement de CC Havanos, notamment le matériel et l'équipement nécessaire à la fabrication de cigares, un certain nombre de cigares non estampillés, une quantité de tabac, et des documents prouvant que CC Havanos fabriquait des cigares depuis au moins octobre 1998. Jamais la GRC n'a, avant la saisie, informé M. Orsini de son défaut de s'être procuré la licence fédérale de fabrication. Ce dernier a par la suite présenté une demande pour obtenir une telle licence, mais sa demande a été refusée pour des motifs d'intérêt public. Concernant les deux infractions prévues aux alinéas 226a) et 240(1)b) de la *Loi sur l'accise*, la Cour supérieure du Québec a conclu que M. Orsini et son fils avaient démontré que leur erreur de droit avait été provoquée par l'avis sollicité d'une personne en autorité et compétente en la matière et, par conséquent, a ordonné l'arrêt des procédures quant aux deux chefs. CC Havanos a indiqué qu'elle avait l'intention de revendiquer tous les biens saisis. Deux questions ont été soulevées: 1) la saisie du 17 décembre 1998 était-elle illégale, ce qui justifierait la remise éventuelle des biens saisis à CC Havanos? et 2) la Cour avait-elle le pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise* d'ordonner que certains biens soient remis à leur propriétaire, malgré qu'ils aient été confisqués *ipso jure*, et malgré une saisie valide?

Jugement: l'action est accueillie en partie.

1) L'action de la compagnie demanderesse ne pouvait constituer un recours justifiable en vertu de l'article 88.2 de la *Loi sur l'accise* puisque cette disposition prescrit le recours approprié à «quiconque (sauf la personne accusée d'une infraction qui a eu pour résultat cette saisie ou la personne en la possession de qui ces chevaux, véhicules, vaisseaux ou autres dispositifs ont été saisis)». Tous les biens saisis appartenaient et étaient en possession de CC Havanos à tout

company which was claiming the property. The action could only be based on section 116 of the *Excise Act* and necessarily consisted of an action *in rem* to condemn the seized property. The lawfulness of the seizure could be questioned only if the property was not *ipso jure* liable to forfeiture under the *Excise Act*. The plaintiff company did not meet the burden of so proving. The 3,000 or so seized cigars were manufactured for sale or commercial use, as early as November 1998, and not for a personal use or to be given away free of charge. The plaintiff company acknowledged that the cigars were manufactured without a licence, and not packaged or stamped in accordance with the *Excise Act*, and that the excise duties in connection therewith had not been paid. The ingredients of the offences set out in paragraphs 226(a) and 240(1)(b) were established, which testified to the illegal nature of the seized products. Under subsection 88(1) of the Act, the RCMP officers had no discretionary authority during the seizure of December 17, 1998, and the seizure which was carried out could not be characterized as unreasonable, malicious or excessive. The forfeiture in regard to all the property seized operated as of right once there was a manufacture of cigars without a licence, and once the plaintiff company was in possession of cigars that had not been packaged and stamped in accordance with the *Excise Act*. CC Havanos' innocence of any wrongdoing, like the conduct of the RCMP officers following the seizure, had no influence over the fact that these things were by mere operation of the *Excise Act ipso jure* forfeited from the day when the offences under the Act were committed. All of the property seized was *ipso jure* forfeited to the Crown and consequently, the members of the RCMP, acting as excise officers, were entitled to seize them and even had to do so under subsection 88(1) of the *Excise Act*.

(2) The existence of the remedy sought, i.e. the return of seized materials and equipment used in the unlawful manufacture of the cigars, depended on the interpretation of the *Excise Act*. This was the first time that this Court was directly called on to interpret and apply subsection 116(2) of the *Excise Act*, which gives it the power to "release or condemn the goods or thing, as the case requires". Tax statutes such as *Excise Act* must be construed in the same way as other statutes but so applied, in case of ambiguity or reasonable doubt, as to favour the taxpayer. This turning point in the evolution of principles of interpretation of Canada's tax laws was motivated by the observation that the purpose of taxation statutes is no longer confined to the raising of funds to cover government expenditures, since these laws are also used for purposes of social and economic policy.

moment lors de la saisie, et c'était d'ailleurs cette dernière qui revendiquait les biens. L'action ne pouvait donc qu'être fondée sur l'article 116 de la *Loi sur l'accise* et consistait nécessairement en une action *in rem* en condamnation de biens saisis. La légalité de la saisie ne pouvait être remise en question que si les biens n'étaient pas *ipso jure* susceptibles d'être confisqués en vertu de la *Loi sur l'accise*. La compagnie demanderesse ne s'est pas déchargée du fardeau de le prouver. Les quelque 3 000 cigares saisis ont été fabriqués pour la vente ou un usage commercial et ce, dès novembre 1998, et non pour un usage personnel ou pour être distribués gratuitement. La compagnie demanderesse a reconnu qu'il s'agissait en l'espèce de cigares fabriqués sans licence, non emballés et non estampillés conformément à la *Loi sur l'accise* et concernant lesquels les droits d'accise n'avaient pas été acquittés. Les éléments constitutifs des infractions prévues aux alinéas 226a) et 240(1)b) ont été établis, ce qui témoignait du caractère illégal des produits saisis. Dans le cadre du paragraphe 88(1) de la Loi, les membres de la GRC ne jouissaient d'aucun pouvoir discrétionnaire lors de la saisie du 17 décembre 1998 et la saisie effectuée ne pouvait pas être qualifiée de déraisonnable, malicieuse ou abusive. La confiscation à l'égard de tous les biens saisis s'opérait de plein droit dès qu'il y avait fabrication de cigares sans licence et dès que la compagnie demanderesse était en possession de cigares non emballés et non estampillés conformément à la *Loi sur l'accise*. L'innocence de CC Havanos en l'instance, pas plus que le comportement des agents de la GRC à la suite de la saisie, n'a eu aucune incidence sur le fait que ces objets étaient par simple application de la *Loi sur l'accise* confisqués *ipso jure*, et ce, depuis le jour où les infractions à la Loi ont été commises. Tous les biens saisis étaient *ipso jure* confisqués au profit de Sa Majesté et, par conséquent, les membres de la GRC, agissant à titre de préposés d'accise, étaient en droit de les saisir, et même devaient le faire en vertu du paragraphe 88(1) de la *Loi sur l'accise*.

2) L'existence du remède recherché, à savoir la remise du matériel et de l'équipement saisis ayant servi à la fabrication illégale de cigares, dépendait de l'interprétation de la *Loi sur l'accise*. C'était la première fois que la Cour était directement appelée à interpréter et à appliquer le paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise*, qui lui confère le pouvoir de «libérer ou déclarer confisqués ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige». Les lois fiscales telles la *Loi sur l'accise* doivent être interprétées de la même manière que les autres lois, mais appliquées, en cas d'ambiguïté ou de doute raisonnable, de manière à favoriser le contribuable. Ce point tournant dans l'évolution des principes d'interprétation des lois fiscales au Canada a été motivé par le constat selon lequel le but des lois fiscales n'est plus confiné à la seule levée de fonds pour faire face aux dépenses gouvernementales, puisque ces lois servent aussi à des fins d'intervention sociale et économique.

Parliament's intention must be inferred from the words it elected to use. In the case at bar, however, it was impossible to decipher the meaning of subsection 116(2) by analyzing separately the various items contained therein since they are closely related and interdependent. An interpretation of the words used in subsection 116(2) according to their ordinary and grammatical meaning led inevitably to some ambiguity concerning the nature and scope of the power conferred on the courts in matters involving the forfeiture of property seized under the *Excise Act*. Therefore it was necessary to examine the legislative context of the *Excise Act* and subsection 116(2). The *Excise Act* constitutes a legislative provision for the regulation of certain activities adopted under the federal power of taxation which also includes enforcement provisions, and is not intended to impose punishment in the strictly conceptual sense. It is unlikely that Parliament intended to impose an absolute prohibition on the courts on exercising some discretion in their assessment of the facts of each case and deciding, for example, to release certain property the possession of which does not contravene the *Excise Act*. Given the ambiguity contained in subsection 116(2) of the Act, it was necessary to resort to one of the subsidiary principles of statutory interpretation, specifically the presumption that if the taxation statute is not explicit, uncertainties or ambiguities in the facts resulting from the lack of clarity in the statute shall favour the taxpayer. This principle was applicable in the present case where the Court was obliged to choose between two valid interpretations of the judicial authority over forfeiture under a taxation statute, the more restrictive of which would lead to an unfair and unreasonable result for the plaintiff company. Subsection 116(2) of the *Excise Act* must be given a generous and liberal interpretation according to which a court hearing a claim for seized things has the discretion to order the restoration of certain property that was lawfully seized, depending on the circumstances in each case. Subsection 116(2) seems to give the Court a discretion which authorizes it to take into account the illegal nature of the possession of the seized property for the purpose of determining whether it will "release or condemn the goods or thing as the case requires". This discretion must be exercised judiciously in light of the public policy objectives of the *Excise Act*, one of which is to prevent an offender from profiting from the proceeds of the offences he has committed. In some cases, the very unlawfulness of the possession of the seized property can constitute an absolute bar to its restitution. In the case at bar, the restitution of the cigars and tobacco products could not be justified and therefore could not be ordered or authorized by the Court, since their possession was otherwise unlawful. But the mere fact that materials and equipment were used to commit an offence under the *Excise Act* does not absolutely require that the Court condemn it without assessing all of the facts surrounding its seizure. Rather, proof of the unlawfulness of

L'intention du législateur doit être appréciée en fonction des mots qu'il a choisi d'employer. En l'espèce, il était toutefois impossible d'analyser séparément les divers éléments contenus dans le paragraphe 116(2) pour lui donner un sens puisqu'ils sont étroitement liés et interdépendants. Une interprétation des mots utilisés au paragraphe 116(2) suivant leur sens ordinaire et grammatical mène inéluctablement à une ambiguïté en ce qui a trait à la nature et à la portée du pouvoir conféré aux tribunaux en matière de confiscation de biens saisis en vertu de la *Loi sur l'accise*. Par conséquent, il était nécessaire d'examiner le contexte législatif de la *Loi sur l'accise* et du paragraphe 116(2). La *Loi sur l'accise* constitue une mesure législative de réglementation de certaines activités, adoptée en vertu du pouvoir fédéral de taxation, qui comporte, également, des dispositions d'exécution. Elle ne cherche aucunement à imposer un châtement sur le plan strictement conceptuel. Il est peu vraisemblable que le législateur entendait interdire de manière absolue aux tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des faits de chaque cas et de décider, par exemple, de libérer certains biens dont la possession ne contrevient en rien à la *Loi sur l'accise*. Étant donné l'ambiguïté du paragraphe 116(2) de la Loi, il était nécessaire de recourir à l'un des principes subsidiaires d'interprétation législative, en particulier la présomption selon laquelle si la loi fiscale n'est pas explicite, les incertitudes ou les ambiguïtés des faits découlant du manque de clarté de la loi doivent jouer en faveur du contribuable. Ce principe s'appliquait en l'espèce, où la Cour était contrainte de choisir entre deux interprétations valables du pouvoir judiciaire en matière de confiscation sous le régime d'une loi fiscale dont la plus restrictive mènerait à un résultat injuste et déraisonnable pour la compagnie demanderesse. Il faut donner au paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise* une interprétation large et libérale en vertu de laquelle un tribunal saisi d'une demande de restitution d'objets saisis a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la remise de certains biens légalement saisis, selon les circonstances de chaque espèce. Le paragraphe 116(2) semble conférer à la Cour un pouvoir discrétionnaire qui l'autorise à tenir compte du caractère illégal de la possession des biens saisis aux fins de déterminer si elle va «libérer ou déclarer confisqués ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige». Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé judicieusement à la lumière des objectifs d'ordre public de la *Loi sur l'accise* dont l'un d'eux est d'empêcher qu'un contrevenant puisse profiter du fruit des infractions qu'il a commises. Dans certains cas, l'illégalité même de la possession des biens saisis peut constituer un obstacle absolu à leur restitution. En l'espèce, la restitution des cigares et des produits du tabac ne saurait être justifiée et donc ne peut être ordonnée ou autorisée par la Cour car leur possession était par ailleurs illégale. Mais le simple fait que le matériel et l'équipement aient été utilisés pour commettre une infraction

the possession of the seized property constitutes a restrictive consideration of public policy and public interest which requires that the property be condemned by a court just as the absence of illegality of the possession would constitute an exceptional circumstance authorizing the court to release it, at its discretion, under the *Excise Act*. Some special circumstances argued in favour of the restitution of the materials and equipment seized, for example, the fact that the plaintiffs Dino Orsini and his son were successful in their defense of error of law in the criminal prosecutions and that they were at all times innocent and morally blameless, combined with the questionable conduct of the RCMP officers prior to the seizure and subsequently during the processing of the licence application. It was therefore appropriate and just, bearing in mind the spirit of the *Excise Act*, to order the restitution of all the materials and equipment used in the manufacture of the plaintiff company's cigars, although they were forfeited as of right and lawfully seized. Such a generous and liberal interpretation of the judicial authority in matters of forfeiture would thereby give subsection 116(2) a meaning that adequately allows the achievement of the obvious purpose of the *Excise Act*, while not unduly discriminating against the individual. This Court, in redefining the legislative policy underlying the *Excise Act*, was establishing a correct balance between the private rights of individuals not to be unjustifiably deprived of the enjoyment of their property and Parliament's interest in imposing excise taxes as an instrument for the control and regulation of the distribution and consumption of tobacco products and insuring the protection of the Crown's tax revenues through the forfeiture mechanism.

à la *Loi sur l'accise* n'exige pas absolument que la Cour les déclare confisqués sans apprécier tous les faits entourant leur saisie. La preuve de l'illégalité de la possession des biens saisis constitue plutôt un motif contraignant, d'ordre et d'intérêt publics, qui exige que les biens soient déclarés confisqués par un tribunal, tout autant que l'absence d'illégalité de la possession constituerait une circonstance exceptionnelle autorisant le tribunal à les libérer, à sa discrétion, en vertu de la *Loi sur l'accise*. Certaines circonstances spéciales militaient en faveur de la restitution du matériel et de l'équipement saisis, par exemple, le fait que les demandeurs Dino Orsini et son fils avaient bénéficié d'une défense d'erreur de droit dans le cadre des poursuites criminelles intentées contre eux et qu'ils avaient, à tout moment, été de bonne foi et moralement sans reproche, conjuguées au comportement discutable des agents de la GRC avant la saisie et subséquemment lors du traitement de la demande de licence. Il était donc convenable et juste, considérant l'esprit de la *Loi sur l'accise*, d'ordonner la restitution à la compagnie demanderesse de tout le matériel et de l'équipement ayant servi à la fabrication des cigares, même s'ils avaient été confisqués de plein droit et saisis légalement. Une telle interprétation large et libérale du pouvoir judiciaire en matière de confiscation donnerait ainsi un sens au paragraphe 116(2) qui permette amplement la réalisation de l'objet manifeste de la *Loi sur l'accise* tout en ne défavorisant pas indûment le particulier. La Cour, en redéfinissant la politique législative sous-jacente à la *Loi sur l'accise*, a établi un bon équilibre entre les droits privés des particuliers de ne pas se faire priver indûment de la jouissance de leurs biens et l'intérêt du législateur d'imposer des droits d'accise comme instrument de contrôle et de réglementation de la distribution et de la consommation des produits du tabac et de garantir la protection des recettes fiscales au profit de Sa Majesté par le biais du mécanisme de la confiscation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 16.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 68; S.C. 1994, c. 44, s. 36; 1997, c. 18, s. 41; c. 23, s. 12; 1999, c. 5, s. 16), 490.1 (as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 15).
- Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40.
- Excise Act*, R.S.C. 1927, c. 60, s. 125.
- Excise Act*, R.S.C. 1952, c. 99, ss. 114, 115.
- Excise Act*, R.S.C., 1985, c. E-14, ss. 10, 13 (as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 141), 71, 74, 88(1),(2) (as am. by

LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 68; L.C. 1994, ch. 44, art. 36; 1997, ch. 18, art. 41; ch. 23, art. 12; 1999, ch. 5, art. 16), 490.1 (édicé par L.C. 1997, ch. 23, art. 15).
- Loi concernant l'impôt sur le tabac*, L.R.Q., ch. I-2, art. 14a) (mod. par L.Q. 1991, ch. 16, art. 14).
- Loi de l'accise, 1934*, S.C. 1934, ch. 52, art. 87(1), 169A.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
- Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 16.

S.C. 1995, c. 36, s. 12), 88.2 (as enacted *idem*, s. 13), 89, 113, 116(1),(2), 117(1), 125, 226 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 46), 239.1(2) (as am. *idem*, s. 52; 1994, c. 37, s. 8; 1995, c. 41, s. 111; 1999, c. 17, s. 144), 240 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 52; 1994, c. 29, s. 15; 1995, c. 41, s. 112; 1999, c. 17, s. 144).

Excise Act, 1934 (The), S.C. 1934, c. 52, ss. 87(1), 169A.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, s. 41(1),(2).

Tobacco Tax Act, R.S.Q., c. I-2, s. 14(a) (as am. by S.Q. 1991, c. 16, s. 14).

Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), ch. E-14, art. 10, 13, 71, 74, 88(1), (2) (mod. par L.C. 1995, ch. 36, art. 12), 88.2 (édicte, *idem*, art. 13), 89, 113, 116(1), (2), 117(1), 125, 226 (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 46), 239.1(2) (mod., *idem*, art. 52; 1994, ch. 37, art. 8; 1995, ch. 41, art. 111), 240 (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 52; 1994, ch. 29, art. 15; 1995, ch. 41, art. 112).

Loi sur l'accise, S.R.C. 1927, ch. 60, art. 125.

Loi sur l'accise, S.R.C. 1952, ch. 99, art. 114, 115.

Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 41(1), (2).

Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Porter v. Canada, [1989] 3 F.C. 403; 48 C.C.C. (3d) 252; 40 C.R.R. 263; 26 F.T.R. 69; (1989), 2 T.C.T. 4141; [1989] 1 T.S.T. 2115 (T.D.).

CONSIDERED:

The King v. Central Railway Signal Co., [1933] S.C.R. 555; [1933] 4 D.L.R. 737; *The King v. Krakowec et al.*, [1932] S.C.R. 134; [1932] 1 D.L.R. 316; (1931), 57 C.C.C. 96; *Mayberry, Herbert Frederick v. The King*, [1950] Ex.C.R. 402; (1950), 98 C.C.C. 295; *Zarowney, Joe v. The Queen*, [1956] Ex.C.R. 16; [1956] C.T.C. 1; (1955), 56 DTC 1025; *Lawson v. R.*, [1980] 1 F.C. 767 (T.D.).

REFERRED TO:

Bank of Nova Scotia v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.), [2000] 10 W.W.R. 641; (2000), 197 Sask.R. 168; 1 P.P.S.A.C. (3d) 246 (Q.B.); *Daigneault v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1990), 44 F.T.R. 226; 4 T.C.T. 6003 (F.C.T.D.); *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; [1991] 1 W.W.R. 193; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 157; 61 C.C.C. (3d) 207; 1 C.R. (4th) 62; 50 C.R.R. 285; 121 N.R. 285; *Lajoie v. Godbout* (1993), 59 Q.A.C. 264; [1994] R.L. 387; *The King v. Bureau*, [1949] S.C.R. 367; (1949), 95 C.C.C. 1; *Allardice v. R.*, [1979] 1 F.C. 13 (T.D.); *Koschuk, John v. The King*, [1950] Ex.C.R. 332; (1950), 98 C.C.C. 183; *James, Earl Anglin v. The Queen*, [1952] Ex.C.R. 396; [1952] C.T.C. 187; *Gosselin, Marcel v. The Queen*, [1954] Ex.C.R. 658; *R. v. Martins* (1981), 36 A.R. 327 (N.W.T.S.C.); *Lacourse v. Canada* (1993), 65 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *Becta Transport Ltd. v. Canada* (1995), 93 F.T.R. 132 (F.C.T.D.); *Duchesne v. Canada* (1996), 120 F.T.R. 28 (F.C.T.D.); *Cohen v. Canada (Department of National Revenue, Customs and Excise—M.N.R.)*, [1998] F.C.J. No. 1204 (T.D.) (QL); *House of Giftwares Ltd. v.*

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Porter c. Canada, [1989] 3 C.F. 403; 48 C.C.C. (3d) 252; 40 C.R.R. 263; 26 F.T.R. 69; (1989), 2 T.C.T. 4141; [1989] 1 T.S.T. 2115 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

The King v. Central Railway Signal Co., [1933] R.C.S. 555; [1933] 4 D.L.R. 737; *The King v. Krakowec et al.*, [1932] R.C.S. 134; [1932] 1 D.L.R. 316; (1931), 57 C.C.C. 96; *Mayberry, Herbert Frederick v. The King*, [1950] R.C.É. 402; (1950), 98 C.C.C. 295; *Zarowney, Joe v. The Queen*, [1956] R.C.É. 16; [1956] C.T.C. 1; (1955), 56 DTC 1025; *Lawson c. R.*, [1980] 1 C.F. 767 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bank of Nova Scotia v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.), [2000] 10 W.W.R. 641; (2000), 197 Sask.R. 168; 1 P.P.S.A.C. (3d) 246 (B.R.); *Daigneault c. Ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1990), 44 F.T.R. 226; 4 T.C.T. 6003 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; [1991] 1 W.W.R. 193; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 157; 61 C.C.C. (3d) 207; 1 C.R. (4th) 62; 50 C.R.R. 285; 121 N.R. 285; *Lajoie c. Godbout* (1993), 59 C.A.Q. 264; [1994] R.L. 387; *The King v. Bureau*, [1949] R.C.S. 367; (1949), 95 C.C.C. 1; *Allardice c. R.*, [1979] 1 C.F. 13 (1^{re} inst.); *Koschuk, John v. The King*, [1950] R.C.É. 332; (1950), 98 C.C.C. 183; *James, Earl Anglin v. The Queen*, [1952] R.C.É. 396; [1952] C.T.C. 187; *Gosselin, Marcel v. The Queen*, [1954] R.C.É. 658; *R. v. Martins* (1981), 36 A.R. 327 (C.S.T.N.-O.); *Lacourse c. Canada* (1993), 65 F.T.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.); *Becta Transport Ltée c. Canada* (1995), 93 F.T.R. 132 (C.F. 1^{re} inst.); *Duchesne c. Canada* (1996), 120 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.); *Cohen c. Canada (Ministère du Revenu national, Douanes et Accise—M.N.R.)*, [1998] A.C.F. n° 1204 (1^{re} inst.) (QL); *House of Giftwares Ltd. c.*

Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.) (1998), 153 F.T.R. 269 (T.D.); *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] F.C. 471; [1971] C.T.C. 789; (1971), 71 D.T.C. 5461 (T.D.); affd [1972] F.C. 835; [1972] CTC 374; (1972), 72 DTC 6337 (C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *ECG Canada Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 415; (1987), 13 C.E.R. 281; [1987] 1 C.T.C. 205; 87 DTC 5133; 9 F.T.R. 1 (T.D.); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 287 N.R. 248 (S.C.C.); *R. c. Houle*, [2000] J.Q. n° 719 (C.Q.) (QL); *R. v. Tanaka* (1997), 38 O.T.C. 86 (Ont. Gen. Div.); *Crédit Ford du Canada Ltée v. Canada (Department of National Revenue—M.N.R.)*, [1996] R.J.Q. 2154; (1996) 141 D.L.R. (4th) 317 (C.A.); *Industrial Acceptance v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273; [1953] 4 D.L.R. 369; (1953), 107 C.C.C. 1; *Northwest Mortgage Co. v. Commissioner of Excise*, [1944] 3 D.L.R. 273; [1944] 2 W.W.R. 90; (1944), 52 Man.R. 361; 81 C.C.C. 294 (K.B.); affd [1945] 1 D.L.R. 561; [1945] 1 W.W.R. 182; (1945), 52 Man.R. 367; 83 C.C.C. 161 (C.A.); *Dobney Foundry Ltd. et al. v. R.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 465; 6 C.P.R. (3d) 195 (B.C.C.A.); *Re Regina and Lergie* (1981), 63 C.C.C. (2d) 508; 25 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.); *Lagiorgia v. Canada*, [1987] 3 F.C. 28; (1987), 42 D.L.R. (4th) 764; 35 C.C.C. (3d) 445; 16 C.P.R. (3d) 74; 57 C.R. (3d) 284; 33 C.R.R. 372; [1987] 1 C.T.C. 424; 87 DTC 5245; 77 N.R. 78 (C.A.); *Vincent v. Canada (Attorney General)*, [1996] R.J.Q. 2128; (1996), 140 D.L.R. (4th) 330; 110 C.C.C. (3d) 460 (C.A.); *R. v. Henderson*, [1997] B.C.J. No. 3168 (Prov. Ct.) (QL); *R. v. Spindloe*, [2002] 5 W.W.R. 239; (2001), 207 Sask.R. 3; 154 C.C.C. (3d) 8; 42 C.R. (5th) 58 (C.A.); *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41.

AUTHORS CITED

- Canada. Department of Finance. Excise Act Review: A Proposal for a Revised Framework for the Taxation of Alcohol and Tobacco Products., Ottawa: Government of Canada, 1997.
- Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2000.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2000.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994

Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.) (1998), 153 F.T.R. 269 (1^{re} inst.); *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 63 C.A.Q. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1971] C.F. 471; [1971] C.T.C. 789; (1971), 71 D.T.C. 5461 (1^{re} inst.); conf. par [1972] C.F. 835; [1972] CTC 374; (1972), 72 DTC 6337 (C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *ECG Canada Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 415; (1987), 13 C.E.R. 281; [1987] 1 C.T.C. 205; 87 DTC 5133; 9 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 287 N.R. 248 (C.S.C.); *R. c. Houle*, [2000] J.Q. n° 719 (C.Q.) (QL); *R. v. Tanaka* (1997), 38 O.T.C. 86 (Div. gén. Ont.); *Crédit Ford du Canada Ltée c. Canada (Ministère du Revenu national—M.R.N.)*, [1996] R.J.Q. 2154; (1996) 141 D.L.R. (4th) 317 (C.A.); *Industrial Acceptance v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273; [1953] 4 D.L.R. 369; (1953), 107 C.C.C. 1; *Northwest Mortgage Co. v. Commissioner of Excise*, [1944] 3 D.L.R. 273; [1944] 2 W.W.R. 90; (1944), 52 Man.R. 361; 81 C.C.C. 294 (B.R.); conf. par [1945] 1 D.L.R. 561; [1945] 1 W.W.R. 182; (1945), 52 Man.R. 367; 83 C.C.C. 161 (C.A.); *Dobney Foundry Ltd. et al. v. R.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 465; 6 C.P.R. (3d) 195 (C.A.C.-B.); *Re Regina and Lergie* (1981), 63 C.C.C. (2d) 508; 25 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.); *Lagiorgia c. Canada*, [1987] 3 C.F. 28; (1987), 42 D.L.R. (4th) 764; 35 C.C.C. (3d) 445; 16 C.P.R. (3d) 74; 57 C.R. (3d) 284; 33 C.R.R. 372; [1987] 1 C.T.C. 424; 87 DTC 5245; 77 N.R. 78 (C.A.); *Vincent c. Canada (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 2128; (1996), 140 D.L.R. (4th) 330; 110 C.C.C. (3d) 460 (C.A.); *R. v. Henderson*, [1997] B.C.J. n° 3168 (C. P.) (QL); *R. v. Spindloe*, [2002] 5 W.W.R. 239; (2001), 207 Sask.R. 3; 154 C.C.C. (3d) 8; 42 C.R. (5th) 58 (C.A.); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41.

DOCTRINE

- Canada. Ministère des Finances. *Révision de la Loi sur l'accise: proposition de révision du régime de taxation des produits du tabac et de l'alcool*. Ottawa: Gouvernement du Canada, 1997.
- Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2000.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

ACTION by CC Havanos Corporation Ltd. for declaration that its interest in property seized under the *Excise Act* was not affected by the seizure. Action allowed in part.

APPEARANCES:

Bruce Taub for plaintiff.
Jacques Mimar for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Bruce Taub, Montréal, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] ROULEAU J.: This litigation has to do with an opposition by the plaintiff company, CC Havanos Corporation Ltd. (CC Havanos) to an excise seizure carried out on December 17, 1998 by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) under the provisions of the *Excise Act*, R.S.C., 1985, c. E-14 as amended (the *Excise Act*). In its notice of claim filed in the Court record pursuant to subsection 117(1) of the *Excise Act*, the plaintiff company is seeking an order declaring that its interest in the seized property is not affected by this seizure and that it is innocent of any complicity in the commission of the offences under the *Excise Act* resulting in the seizure, a remedy that is justifiable under section 88.2 [as enacted by S.C. 1995, c. 36, s. 13] of the *Excise Act*.

The Facts

[2] Dino Orsini is a businessman who decided to become involved in the manufacture of high-quality cigars. He spent two years developing his project. He incorporated his firm CC Havanos in May 1998 and retained on a recommendation the services of a management consultant, Mr. Marc Larochelle, for the purpose of preparing a business plan including a market study and an analysis of the legal aspect. The consultant contacted Revenu Québec, which informed him of the applicable taxes and the need to obtain a provincial cigar manufacturing and tobacco importing licence.

ACTION intentée par CC Havanos Corporation Ltd. pour obtenir une ordonnance déclarant que son intérêt dans les biens saisis en vertu de la *Loi sur l'accise* n'a pas été affecté par la saisie. Action accueillie en partie.

ONT COMPARU:

Bruce Taub pour la demanderesse.
Jacques Mimar pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Bruce Taub, Montréal, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LE JUGE ROULEAU: Le présent litige porte sur la contestation par la compagnie demanderesse CC Havanos Corporation Ltd. (CC Havanos) d'une saisie d'accise effectuée le 17 décembre 1998 par la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) en vertu des dispositions de la *Loi sur l'accise*, L.R.C. (1985), c. E-14 et ses amendements (la *Loi sur l'accise*). Dans son avis de revendication déposé au dossier de la Cour en vertu du paragraphe 117(1) de la *Loi sur l'accise*, la compagnie demanderesse cherche à obtenir une ordonnance déclarant que son intérêt dans les biens saisis n'est pas affecté par cette saisie et qu'elle est innocente de toute complicité dans la commission des infractions à la *Loi sur l'accise* ayant donné lieu à la saisie, un recours justifiable en vertu de l'article 88.2 [édicte par L.C. 1995, ch. 36, art. 13] de la *Loi sur l'accise*.

Les faits

[2] Dino Orsini est un homme d'affaire qui décide de se lancer dans la fabrication de cigares haut de gamme. Il met deux ans à élaborer son projet. Il incorpore son entreprise CC Havanos en mai 1998 et retient sur recommandation les services d'un conseiller en gestion, M. Marc Larochelle, afin de préparer un plan d'affaires comprenant une étude de marché et une analyse de la question légale. Le conseiller contacte Revenu Québec qui l'informe des taxes applicables et de la nécessité d'obtenir un permis provincial de fabrication de cigares et d'importation de tabac.

[3] Mr. Larochelle, the consultant, was directed by both Revenu Québec and Revenue Canada to Customs and Excise Canada. There, an official prepared a table for him of all the applicable taxes and duties and gave him the relevant documents. It appears from the evidence that he was told he did not need a federal manufacturing licence but that he should however pay the excise duties and taxes to the federal government. It was Mr. Larochelle's understanding, therefore, that in terms of cigar manufacturing it was Quebec law that applied. He made no inquiries as to whether it was necessary to stamp the tobacco products. Wherever he went, he explained that he was operating on behalf of a business for the manufacture of high-quality cigars. He did not consult a lawyer since he saw no need for this and wanted to reduce costs.

[4] Following the instructions of his consultant, Dino Orsini obtained his provincial tobacco importer's and manufacturer's licence and a federal tobacco import licence, but not the federal manufacturing licence required by the *Excise Act* for the manufacture of cigars. He undertook the renovation of some premises and in December 1998 opened a luxurious high-end cigar shop on Sherbrooke Street West in Montréal. Customers could savour in a lounge some cigars manufactured on site and make their selections within a vast humidor.

[5] However, the RCMP were keeping an eye on Mr. Orsini since they were planning to deploy a major search operation against a number of shops in the Montréal area that they suspected were manufacturing and selling imitation Cuban cigars. They were also aware that CC Havanos was to manufacture some cigars and that it had not obtained its cigar manufacturing licence. In the summer of 1998, while the premises were being renovated, some officers of the customs and excise division conducted an initial inspection.

[6] On December 15, 1998, Constable Marc Archambault was asked to return to CC Havanos shortly after the opening for a second inspection. He arrived on the scene around 12:01 p.m. and found two men who appeared to be of Hispanic origin sitting at a table rolling cigars. Behind them, Constable Archambault noticed what he thought to be about 100 cigar boxes that

[3] Tant à Revenu Québec qu'à Revenu Canada, on dirige le conseiller Larochelle vers Douanes et Accise Canada. À cet endroit, un fonctionnaire lui dresse un tableau de toutes les taxes et droits applicables et on lui remet les documents pertinents. Il appert de la preuve qu'on lui aurait dit qu'il n'a pas besoin d'une licence fédérale de fabrication mais qu'il doit cependant acquitter les droits et taxes d'accise au fédéral. M. Larochelle a donc compris que, au niveau de la fabrication de cigares, c'est la loi du Québec qui s'appliquait. Il ne s'est pas informé s'il fallait estampiller les produits du tabac. À chaque endroit où il s'est rendu, il a expliqué qu'il avait un mandat d'une entreprise de fabrication de cigares haut de gamme. Il n'a pas consulté un avocat car il n'en voyait pas la nécessité et désirait réduire les coûts.

[4] Suivant les instructions de son conseiller, Dino Orsini obtient donc son permis provincial d'importateur et de fabricant de tabac ainsi qu'une licence fédérale d'importation de tabac mais non la licence fédérale de fabrication exigée par la *Loi sur l'accise* pour la fabrication de cigares. Il entreprend la rénovation d'un local et en décembre 1998, il ouvre une luxueuse boutique de cigares haut de gamme rue Sherbrooke ouest. Les clients peuvent ainsi déguster dans un salon des cigares fabriqués sur place et faire leur choix à l'intérieur d'un vaste humidor.

[5] La GRC avait toutefois M. Orsini à l'œil puisqu'elle prévoyait déployer une grande opération de perquisition contre plusieurs commerces de la région montréalaise qu'elle soupçonnait de fabriquer et vendre de faux cigares cubains. Elle savait également que CC Havanos devait fabriquer des cigares et qu'elle n'avait pas obtenu sa licence de fabrication de cigares, et dès l'été 1998, alors que le local était en rénovation, des officiers de la section des douanes et accise effectuèrent une première vérification.

[6] Le 15 décembre 1998, on demande au gendarme Marc Archambault de retourner à CC Havanos peu après l'ouverture pour une deuxième vérification. Ainsi, celui-ci se rendit sur place vers 12 h 01 et constata qu'il y avait deux hommes qui semblaient d'origine hispanique assis à une table en train de rouler des cigares. Derrière eux, le gendarme Archambault aperçut

did not bear any stamps confirming the payment of cigar manufacturing duties as required by subsection 240(1) [as am. by S.C. 1994, c. 29, s. 15] of the *Excise Act*. It subsequently turned out that these were cigar moulds. He also noted on the wall that some provincial permits were posted—manufacturer's, importer's and collections officer's—as well as some certificates concerning the sales tax and tobacco tax.

[7] Constable Archambault, who did not identify himself as a police officer, said he was interested in the possibility of purchasing a box of Cuban cigars but that it was very expensive. One of the two men who appeared to be of Hispanic origin answered that the tobacco was imported from Cuba and that they were manufacturing the cigars on site in the shop and selling them at less expensive prices because there were no taxes or duties to pay. Later, the same man introduced Constable Archambault to the employer, a young white man who turned out to be Ian Orsini, the son of Dino Orsini, and he offered Constable Archambault a box of 25 cigars for \$200. Constable Archambault also noted the presence on the premises of a large humidor, a specially designed container for regulating humidity for the purpose of preserving the cigars, which contained a large number of unstamped cigars spread out on a table. Since it was a Christmas gift, Mr. Ian Orsini suggested to Constable Archambault that he come back to get them on December 22 or 23, so they could be kept under cover in the humidor.

[8] On December 15, 1998, at around 2:20 p.m., Constable Archambault contacted Ms. Diane Demers of Revenue Canada, Montréal Excise Division, who confirmed, after a check in their commercial excise system, that as of December 14, 1998, CC Havanos had no cigar manufacturing licence and no steps had been taken by CC Havanos to obtain a licence pursuant to section 13 [as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 141] of the *Excise Act*.

[9] On December 17, 1998, acting pursuant to sections 88 [as am. by S.C. 1995, c. 36, s. 12], 89, 226 [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 46] and 240 [as am. *idem*,

ce qu'il croyait être environ une centaine de boîtes de cigares qui ne portaient aucune estampille de droits acquittés pour la fabrication de cigares en conformité avec le paragraphe 240(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 29, art. 15] de la *Loi sur l'accise*. Ceux-ci se sont avérés par la suite être des moules à cigares. Il remarqua également sur le mur que des permis provinciaux étaient affichés, soit de manufacturier, d'importateur, d'agent percepteur ainsi que des certificats concernant la taxe de vente et l'impôt sur le tabac.

[7] Le gendarme Archambault, qui ne s'est pas identifié comme un policier, s'est informé de la possibilité d'acheter une boîte de cigares cubains mais que c'était très dispendieux. Un des deux hommes qui semblaient d'origine hispanique aurait répondu que le tabac était importé de Cuba et qu'ils fabriquaient les cigares dans le commerce sur place et les vendaient moins cher parce qu'il n'y avait pas de taxes et droits à payer. Par la suite, le même homme aurait présenté le patron au gendarme Archambault, un jeune homme de race blanche qui s'est avéré être Ian Orsini, le fils de Dino Orsini, et celui-ci aurait offert au gendarme Archambault une boîte de 25 cigares pour la somme de 200 \$. Sur les lieux, le gendarme Archambault a aussi remarqué la présence d'un large humidor, récipient spécialement conçu pour régler l'humidité dans le but de conserver les cigares, contenant un grand nombre de cigares étalés sur une table qui ne portaient pas d'estampille. Puisqu'il s'agissait d'un cadeau de Noël, M. Ian Orsini aurait suggéré au gendarme Archambault de revenir les chercher le 22 ou le 23 décembre afin qu'ils puissent être conservés à l'abri dans l'humidor.

[8] Le 15 décembre 1998, vers 14 h 20, le gendarme Archambault a contacté M^{me} Diane Demers de Revenu Canada, section Accise Montréal qui confirma, après une vérification de leur système commercial de l'accise, qu'en date du 14 décembre 1998, CC Havanos n'avait aucune licence de fabrication de cigares et aucune démarche n'avait été entreprise pour l'obtention d'une licence par CC Havanos, conformément à l'article 13 de la *Loi sur l'accise*.

[9] Le 17 décembre 1998, agissant en vertu des articles 88 [mod. par L.C. 1995, ch. 36, art. 12], 89, 226 [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 46] et 240 [mod., *idem*,

s. 52; 1994, c. 29, s. 15; 1995, c. 41, s. 112; 1999, c. 17, s. 144] of the *Excise Act* as excise officers, some members of the RCMP carried out a seizure of all the equipment located in the CC Havanos premises: the materials and equipment needed for the manufacture of cigars, a total of 3,106 cigars not stamped as required by the *Excise Act*, and 448 pounds of tobacco, and some documents proving that CC Havanos had been manufacturing cigars since at least October 1998. This seizure was conducted under a search warrant issued by Mr. Jean Charles Hamelin, a justice of the peace, based on an affidavit in which Constable Archambault stated that he had reasonable grounds to believe that the objects sought, identified on the document entitled "Schedule of Property Seized", were located on the premises of CC Havanos and would provide evidence in relation to the perpetration of the offences set out in paragraphs 226(a) and 240(1)(b) of the *Excise Act*, namely, manufacturing cigars without the licence prescribed by the *Excise Act* and having in one's possession cigars that were not put up in packages and stamped in accordance with the *Excise Act*.

[10] Mr. Dino Orsini, his son Ian and his wife Louise Lemire-Orsini were arrested at the site of the search and escorted to the RCMP headquarters. They refused to make a statement in writing on the advice of their lawyer, who personally appeared at the RCMP office. However, Mr. Dino Orsini told Constable Archambault orally that his business for the past month or so had been manufacturing cigars and that he thought he was in legal compliance with his provincial licences. Later, Dino Orsini, Ian Orsini and Louise Lemire-Orsini, none of whom wished to make any statement, were released and advised of the possibility that criminal charges could be brought against them in the near future.

[11] It should be noted that at no point during their visits prior to the seizure of December 17, 1998 did the members of the RCMP inform Mr. Orsini of his failure to procure the federal manufacturing licence. On December 18, 1998, when Mr. Orsini learned for the first time that he had to obtain such a licence, he met with the licensing official of Revenue Canada, Montréal Excise Division, and explained to her that he wanted to

art. 52; 1994, ch. 29, art. 15; 1995, ch. 41, art. 112] de la *Loi sur l'accise* comme préposés de l'accise, des membres de la GRC effectuèrent une saisie de tout le matériel qui se trouvait dans l'établissement de CC Havanos, soit le matériel et l'équipement nécessaire à la fabrication de cigares, un total de 3 106 cigares ne portant pas l'estampille exigée par la *Loi sur l'accise* et 448 livres de tabac, et des documents prouvant que CC Havanos fabriquait des cigares depuis au moins octobre 1998. Cette saisie fut effectuée en vertu d'un mandat de perquisition délivré par M. Jean Charles Hamelin, juge de paix, sur foi d'un affidavit dans lequel le gendarme Archambault déclarait avoir des motifs raisonnables de croire que les objets recherchés identifiés sur le document intitulé «Liste des effets saisis» se trouvaient sur lieux de CC Havanos et fourniraient une preuve relative à la perpétration des infractions prévues aux articles 226(a) et 240(1)(b) de la *Loi sur l'accise*, soit le fait de fabriquer des cigares sans être muni de la licence prescrite par la *Loi sur l'accise* et le fait d'avoir en sa possession des cigares qui n'étaient pas emballés et ne portaient pas les estampilles conformément à la *Loi sur l'accise*.

[10] M. Dino Orsini, son fils Ian, et son épouse Louise Lemire-Orsini furent arrêtés sur les lieux de la perquisition et escortés au quartier général de la GRC. Ceux-ci refusèrent de faire une déclaration par écrit sur les conseils de leur avocat qui s'est lui-même présenté au bureau de la GRC. M. Dino Orsini a néanmoins déclaré verbalement au gendarme Archambault que son commerce fabriquait des cigares depuis environ un mois et qu'il se croyait dans la légalité avec ses licences provinciales. Par la suite, Dino Orsini, Ian Orsini et Louise Lemire-Orsini, ne voulant faire aucune déclaration, ont été relâchés et avisés de la possibilité que des accusations criminelles soient portées contre eux dans un avenir rapproché.

[11] Il convient de noter que jamais les membres de la GRC n'ont au cours de leurs visites avant la saisie du 17 décembre 1998 informé M. Orsini de son défaut de s'être procuré la licence fédérale de fabrication. Dès le 18 décembre 1998, date à laquelle M. Orsini a appris pour la première fois qu'il devait obtenir une telle licence, celui-ci a rencontré la préposée aux licences de Revenu Canada, section Accise Montréal, et lui a

obtain a federal licence for the manufacture of cigars. She gave him all the relevant information and a form. To get a licence, Mr. Orsini had to pay \$50 in excise tax and obtain a bond from an insurance company, which he did. However, Mr. Orsini's application was rejected five months later, on April 16, 1999, for reasons of public policy. It was carefully explained to him that this decision would be reviewed once the criminal proceedings in the Superior Court of Quebec had been concluded.

[12] On January 6, 1999, a check with the Quebec government by Constable Archambault confirmed the invalidity of the provincial permits owing to the fact that they were issued in 1997 for 575 Lomme Street in St-Jean sur Richelieu, the street address of Mr. Dino Orsini's personal residence, and that the government had never been notified of the place of business of CC Havanos, which was situated at 1541 Sherbrooke Street West in Montréal. This was an offence under paragraph 14(a) [as am. by S.Q. 1991, c. 16, s. 14] of the Quebec *Tobacco Tax Act*, R.S.Q., c. I-2.

[13] Mr. Dino Orsini and his son Ian were tried on the two aforesaid counts. In a decision handed down September 21, 1999 (docket No. 500-73-000980-991), Mr. Justice Sirois of the Superior Court of Quebec ruled that the accused had demonstrated by a preponderance of evidence that their error of law was the result of the advice solicited from a person in authority and of competent jurisdiction and consequently ordered a stay of proceedings on both counts.

[14] On April 23, 1999, CC Havanos, Dino Orsini, Louise Lemire-Orsini and Ian Orsini brought an action in damages in the Superior Court of Quebec against Her Majesty the Queen and various government employees for \$25,000,000 (docket No. 500-05-049776-998). The plaintiff company's claim was based on its loss of business, the loss of its investment, income and profits, and the illegal and unreasonable nature of the seizure and confiscation by the RCMP of the property of its business. The CC Havanos claim was likewise based on

expliqué qu'il voulait obtenir une licence fédérale pour la fabrication de cigares. Celle-ci lui a donné toute l'information pertinente et remis un formulaire. Pour obtenir une licence, M. Orsini devait déboursier 50 \$ de droit d'accise et obtenir un cautionnement d'une compagnie d'assurance, ce qu'il fit d'ailleurs. La demande de M. Orsini fut cependant refusée cinq mois plus tard, soit le 16 avril 1999, pour des motifs d'intérêt public. On prit bien soin de lui indiquer que cette décision ferait l'objet d'une révision lorsque les procédures pénales intentées devant la Cour supérieure du Québec verraient leur dénouement.

[12] En date du 6 janvier 1999, une vérification auprès du gouvernement du Québec faite par le gendarme Archambault confirma l'invalidité des permis provinciaux dû au fait que ceux-ci furent émis en 1997 pour le 575 rue Lomme à St-Jean sur Richelieu, adresse physique de la résidence personnelle de M. Dino Orsini, et que le gouvernement ne fut jamais avisé de la place d'affaire de CC Havanos située au 1541 Sherbrooke Ouest à Montréal, ce qui constitue une infraction en vertu du paragraphe 14a) [mod. par L.Q. 1991, ch. 16, art. 14] de la *Loi concernant l'impôt sur le tabac*, L.R.Q., ch. I-2 du Québec.

[13] M. Dino Orsini et son fils Ian ont subi leur procès sur les deux chefs d'accusation précités. Dans une décision rendue le 21 septembre 1999 (dossier no. 500-73-000980-991), l'honorable juge Sirois de la Cour supérieure du Québec conclut que les accusés ont démontré par prépondérance de preuve que leur erreur de droit a été provoquée par l'avis sollicité d'une personne en autorité et compétente en la matière et, par conséquent, ordonna l'arrêt des procédures sur les deux chefs.

[14] Le 23 avril 1999, CC Havanos, Dino Orsini, Louise Lemire-Orsini et Ian Orsini intentèrent en Cour supérieure du Québec une action en dommages et intérêts contre sa Majesté la Reine et différents employés gouvernementaux pour une somme de 25 000 000 \$ (dossier no. 500-05-049776-998). La réclamation de la compagnie demanderesse est fondée sur la perte de son commerce, la perte de son investissement, revenus et profits et sur la nature illégale et abusive de la saisie et la confiscation des biens de son

the unreasonable refusal of the Revenue Canada officers, following the seizure, to issue a cigar manufacturing licence to it as required by the *Excise Act*. The individual claims were based on the personal and non-economic loss suffered as a result of the seizure, unlawful arrests, detentions, etc.

[15] On January 15, 1999, CC Havanos, represented by its counsel, gave notice within 30 days of the seizure, pursuant to subsection 117(1) of the *Excise Act*, indicating that it intended to claim all of the seized property. On February 8, 1999, the Deputy Attorney General of Canada, on behalf of the defendant, filed in the record of this Court a notice of information and an information under subsection 116(1) of the *Excise Act* seeking the forfeiture of the things seized on December 17, 1998. On or about February 15, 1999, the plaintiff company commenced proceedings in this Court under subsection 116(2) and around March 17, 1999 the defendant filed its defence. The validity of the seizure made on December 17, 1998 by the RCMP is the subject of parallel proceedings in this Court and the Superior Court of Quebec.

The issues

[16] I hasten to explain, as I stated at the hearing, that the action by the plaintiff company cannot by any means constitute in this case a justifiable proceeding under section 88.2 of the *Excise Act*, since that provision limits the appropriate proceeding to “any person, other than the person accused of an offence resulting in the seizure or person in whose possession the horse, vehicle, vessel or other appliance was seized” [underlining added]. It is apparent from the record that all of the seized property belonged to and was in the possession of CC Havanos at all times during the seizure, and it is this company which is claiming the property. Furthermore, the purpose of this provision is to protect innocent third parties such as equipment rental companies, carriers, banks and other secured creditors, etc., which is not the case in this instance: *Bank of Nova Scotia v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [2000] 10 W.W.R. 641 (Sask. Q.B.), at paragraph 49. Accordingly, the statement of claim filed in the record of this Court

commerce effectuée par la GRC. La réclamation de CC Havanos est également fondée sur le refus abusif des agents de Revenu Canada, après la saisie, de lui délivrer une licence de fabrication de cigares telle qu’exigée par la *Loi sur l’accise*. Quant aux réclamations individuelles, celles-ci sont basées sur le préjudice moral et physique subi suite à la saisie, les arrestations illégales, les détentions, etc.

[15] Le 15 janvier 1999, CC Havanos, représentée par son avocat, donna un avis dans les 30 jours de la saisie en vertu du paragraphe 117(1) de la *Loi sur l’accise* indiquant qu’elle avait l’intention de revendiquer tous les biens saisis. Le 8 février 1999, le sous-procureur général du Canada, au nom de la défenderesse, produisit au dossier de cette Cour un avis de dénonciation et une dénonciation en vertu du paragraphe 116(1) de la *Loi sur l’accise* pour demander la confiscation des objets saisis le 17 décembre 1998. Vers le 15 février 1999, la compagnie demanderesse intenta un recours fondé sur l’article 116(2) auprès de cette Cour et vers le 17 mars 1999, la défenderesse déposa sa défense. La validité de la saisie effectuée le 17 décembre 1998 par la GRC fait l’objet de recours parallèles auprès de cette Cour et la Cour supérieure du Québec.

Les questions en litiges

[16] Je précise immédiatement, comme je l’ai déclaré lors de l’audition, que l’action de la compagnie demanderesse ne saurait certes constituer en l’instance un recours justifiable en vertu de l’article 88.2 de la *Loi sur l’accise* puisque cette disposition prescrit le recours approprié à «quiconque (sauf la personne accusée d’une infraction qui a eu pour résultat cette saisie ou la personne en la possession de qui ces chevaux, véhicules, vaisseaux ou autres dispositifs ont été saisis)» [soulignement ajouté]. Or, il appert de la preuve que tous les biens saisis appartenaient et étaient en possession de CC Havanos à tout moment lors de la saisie, et c’est d’ailleurs cette dernière qui revendique les biens. De plus, cette disposition vise à protéger l’intérêt de tiers innocents tels des compagnies de location d’équipement, de transport, des banques et autres créditeurs garantis, etc., ce qui n’est pas le cas en l’espèce: *Bank of Nova Scotia v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [2000] 10 W.W.R. 641

by the plaintiff company seeks conclusions that are not proper to the action in claim provided in section 116 of the *Excise Act*, which is for the purpose of having the seized property released or condemned. Finally, even if this proceeding were available to the plaintiff company, which is not the case in this instance, the time for bringing it is prescribed, since the statement of claim was filed with the Court on February 12, 1999, close to 60 days after the seizure was made.

[17] At trial, the plaintiff company attempted to show that the search warrant and the seizure executed under its authority, itself issued under section 487 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68; S.C. 1994, c. 44, s. 36; 1997, c. 18, s. 41; c. 23, s. 12; 1999, c. 5, s. 16] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, were void and unlawful, and it asked that the seized property be remitted to it. As no ground based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] was cited in challenging the validity of the excise seizure, this action by the plaintiff company can only be based on section 116 of the *Excise Act* and necessarily consists of an action *in rem* to condemn the seized property. At trial, the plaintiff company simply sought to have the seizure of December 17, 1998 declared illegal by trying to demonstrate the void and illegal nature of the search warrant and the unreasonableness of the seizure itself. It did not emphasize its own innocence and its ignorance of the unlawful activity alleged against it, defences for which—unfortunately for the plaintiff company—evidence is irrelevant in an action *in rem* directed against property and which therefore cannot result in the return of the seized property any more than can a stay of criminal proceedings in the Superior Court of Quebec: see *Daigneault v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1990), 44 F.T.R. 226 (F.C.T.D.). In my opinion, the lawfulness of the seizure can be questioned only if the property was not *ipso jure* liable to forfeiture under the *Excise Act*.

(B.R. Sask.), au paragraphe 49. Ainsi, la déclaration déposée au dossier de cette Cour par la compagnie demanderesse recherche des conclusions qui ne sont pas propres à l'action en revendication prévue à l'article 116 de la *Loi sur l'accise* qui, elle, vise à faire libérer ou faire déclarer confisqués les biens saisis. Enfin, quand bien même que ce recours serait ouvert à la compagnie demanderesse, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, le délai pour l'intenter est prescrit puisque la déclaration a été produite au dossier de la Cour le 12 février 1999, soit près de 60 jours après que la saisie ait été effectuée.

[17] Au procès, la compagnie demanderesse a tenté de démontrer que le mandat de perquisition et la saisie exécutée sous l'autorité de ce mandat, lui-même émis en vertu de l'article 487 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 68; L.C. 1994, ch. 44, art. 36; 1997, ch. 18, art. 41; ch. 23, art. 12; 1999, ch. 5, art. 16] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, sont nuls et illégaux et demanda que les biens saisis lui soient restitués. Aucun motif basé sur 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] n'ayant été invoqué pour contester la validité de la saisie d'accise, cette action de la compagnie demanderesse ne peut donc qu'être fondée sur l'article 116 de la *Loi sur l'accise* et consiste nécessairement en une action *in rem* en condamnation de biens saisis. Au procès, la compagnie demanderesse a tout simplement cherché à faire déclarer illégale la saisie effectuée le 17 décembre 1998 en tentant de démontrer le caractère nul et illégal du mandat de perquisition ainsi que le caractère abusif de la saisie elle-même. Elle n'a pas mis d'emphase sur sa bonne foi et son ignorance de l'activité illégale qui lui était reprochée, défenses dont la preuve n'ont, malheureusement pour la compagnie demanderesse, aucune pertinence dans une action *in rem* dirigée contre des biens et qui ne peuvent donc pas, pas plus que l'arrêt des procédures criminelles devant la Cour supérieure du Québec, donner lieu à la remise des biens saisis: voir *Daigneault c. Ministre du Revenu national (Douanes et accise)* (1990), 44 F.T.R. 226 (C.F. 1^{re} inst.). À mon avis, la légalité de la saisie ne peut être remise en question que si les biens n'étaient pas *ipso jure* susceptibles d'être confisqués en vertu de la *Loi sur l'accise*.

[18] In this context, this appeal raises only two very specific issues. First, was all of the property seized in the December 17, 1998 search liable to forfeiture *ipso jure* and through the application of the *Excise Act*? This question points to a further one. Should this first question be answered in the affirmative, would the fact that the possession of certain property at issue was not intrinsically unlawful be possible grounds for it to be legitimately returned to the plaintiff company even in the wake of a valid seizure under the *Excise Act*?

Submissions by the parties

[19] The plaintiff company claims not only that the December 17, 1998 seizure was unlawful and unreasonable but that it was itself the object of a conspiracy that effectively put an end to its business.

[20] First, the plaintiff company argues that the search warrant that was issued, and on which the seizure was based, was void and illegal since it was itself based on false allegations contained in the affidavit of Constable Archambault. For example, one of the reasons cited in the information was that there were some boxes of cigars piled up in the CC Havanos commercial establishment that did not display the stamps required by the *Excise Act*, while in reality these were cigar moulds. Furthermore, the cigars located on the site, which according to the information contained in Constable Archambault's affidavit were not packaged and stamped as required, were not yet ready for sale and consequently were not subject to excise. Thus, given these errors and the obvious insufficiency of the information in support of the issuance of the search warrant, the plaintiff company argues that the warrant and the subsequent seizure were unlawful and void and consequently all the property that was seized should be returned to it.

[21] Second, the plaintiff company claims that the acts of the RCMP members during the seizure were

[18] Dans un tel contexte, le présent pourvoi ne soulève que deux questions très spécifiques: tout d'abord, est-ce que tous les biens saisis lors de la perquisition du 17 décembre 1998 étaient par l'application de la *Loi sur l'accise* et *ipso jure* susceptibles d'être confisqués? Cette question en appelle une autre. Dans l'éventualité où on répond à cette première question par l'affirmative, le fait que la possession de certains biens en cause n'aurait pas un caractère intrinsèquement illégal donnerait-il ouverture à la possibilité qu'ils soient légitimement remis à la compagnie demanderesse même à la suite d'une saisie valide, en vertu de la *Loi sur l'accise*?

Les prétentions des parties

[19] La compagnie demanderesse prétend que non seulement la saisie exécutée le 17 décembre 1998 était illégale et abusive, mais qu'elle a elle-même fait l'objet d'un complot qui a eu pour effet de mettre un terme à son entreprise.

[20] Tout d'abord, la compagnie demanderesse soutient que le mandat de perquisition émis et sur lequel était basée la saisie était nul et illégal puisque lui-même fondé sur de fausses allégations contenues dans l'affidavit du gendarme Archambault. Ainsi, un des motifs contenus aux dénonciations était à l'effet qu'il y avait dans l'établissement du commerce de CC Havanos des boîtes de cigares empilés qui n'arboraient pas les estampilles requises par la *Loi sur l'accise*, alors qu'en réalité, il s'agissait de moules à cigares. De plus, les cigares qui se trouvaient sur le site et qui, selon les dénonciations contenues dans l'affidavit du gendarme Archambault, n'étaient pas emballés et n'arboraient pas les estampilles requises n'étaient pas encore destinés à la vente et, par conséquent, n'étaient pas sujets à l'accise. Ainsi, vu ces erreurs et l'insuffisance évidente des dénonciations à l'appui de l'émission du mandat de perquisition, la compagnie demanderesse soutient que le mandat ainsi que la saisie subséquente sont illégaux et nuls et, par conséquent, tous les biens saisis devraient lui être remis.

[21] En second lieu, la compagnie demanderesse prétend que les actes des membres de la GRC lors de la

excessive and went far beyond the limits set by the legislation. For example, in executing the search warrant, the RCMP could have exercised some discretion which would have had the effect of mitigating the damages, by seizing only the cigars and tobacco rather than all the materials and equipment used in the manufacture of the cigars. This is particularly true, the plaintiff submits, when one considers the language of subsection 88(2) of the *Excise Act*, which stipulates that “all such goods, materials or apparatus may likewise be seized as forfeited” [underlining added].

[22] Furthermore, the plaintiff company argues that it, along with Mr. Dino Orsini who was at all times the director, employer and majority shareholder of the firm, were misled in regard to the need to obtain the federal manufacturing licence and that they were peremptorily refused that licence when they requested one as well as later, after the stay of the criminal proceedings in the Superior Court of Quebec. Accordingly, the plaintiff company submits that this error of law defence, combined with the malicious conduct of the RCMP members during the seizure and subsequently, is a sufficient reason for this Court to vacate the seizure and order the return to it of all the property that was seized. In the alternative, it argues that this Court enjoys a certain latitude in the application of the *Excise Act* and asks that all of the seized property with the exception of the cigars and tobacco be restored to it.

[23] The Minister, for his part, submits that all of the property seized on December 17, 1998 was seized through the application of the *Excise Act* and *ipso jure* forfeited to the Crown from the time when the plaintiff company manufactured cigars without the requisite licence under the *Excise Act*. Accordingly, this property was forfeited even before the seizure was made, and not by some subsequent action taken by the RCMP. The Minister argues that the seizure in execution of the search warrant was entirely legal under section 88 of the *Excise Act* since the offences under paragraphs 226(a) and 240(1)(b) were committed by the plaintiff company. In these conditions, the RCMP members acting as excise officers not only could but had to seize the cigars,

saisie étaient excessifs et de loin dépassaient les limites fixées par la loi. Ainsi, en exécutant le mandat de perquisition, la GRC pouvait exercer une discrétion qui aurait eu pour effet de mitiger les dommages, soit en saisissant uniquement les cigares et le tabac plutôt que l'ensemble du matériel et l'équipement ayant servi à la fabrication des cigares. Ceci est d'autant plus vrai, selon la demanderesse, lorsque l'on considère le libellé de l'article 88(2) de la *Loi sur l'accise* qui stipule que ces objets «peuvent être également saisis, avec ces marchandises, matières ou appareils, comme confisqués» [soulignement ajouté].

[22] De plus, la compagnie demanderesse soutient qu'elle, ainsi que M. Dino Orsini qui était à tout moment l'administrateur, le patron et l'actionnaire majoritaire de l'entreprise, étaient induits en erreur en ce qui a trait à la nécessité d'obtenir la licence fédérale de fabrication et qu'ils se sont fait refuser de façon laconique cette licence lorsqu'ils en ont fait la demande et, ultérieurement, après l'arrêt des procédures criminelles intentées devant la Cour supérieure du Québec. Ainsi, la demanderesse soutient que cette défense d'erreur de droit conjugué au comportement malicieux des membres de la GRC lors de la saisie et subséquemment est un motif suffisant pour que cette Cour annule la saisie et ordonne la remise de tous les biens saisis à celle-ci. Subsidiairement, elle prétend que cette Cour jouit d'une certaine latitude dans l'application de la *Loi sur l'accise* et demande que tous les biens saisis, à l'exception des cigares et du tabac, lui soient restitués.

[23] Le ministre, pour sa part, prétend que tous les biens saisis le 17 décembre 1998 étaient par l'application de la *Loi sur l'accise* et *ipso jure* confisqués au profit de sa Majesté la Reine à partir du moment où la compagnie demanderesse fabriquait des cigares sans la licence requise par la *Loi sur l'accise*. Ainsi, ces biens étaient confisqués avant même que la saisie soit effectuée, et non par quelque geste subséquent posé par la GRC. Il prétend que la saisie en exécution du mandat de perquisition était entièrement légal en vertu de l'article 88 de la *Loi sur l'accise* puisque les infractions prévues aux paragraphes 226(a) et 240(1)(b) étaient commises par la compagnie demanderesse. Dans ces conditions, les membres de la

the tobacco, the materials and equipment being used in the manufacture, etc. under subsection 88(1) of the *Excise Act*. In any event, the Minister submits, the plaintiff has not demonstrated that the discretion exercised by the RCMP officers was unreasonable or that their conduct was malicious in the circumstances.

[24] Furthermore, the Minister argues that the claim proceeding under subsection 117(1) is in the nature of a proceeding *in rem* and not *in personam*, and that neither ignorance of the law, the *Excise Act*, nor ignorance of certain facts could present an obstacle to the forfeiture of the property that was seized in this case, nor could they serve as a legal basis for this Court to order their return. Finally, the Minister submits that this Court has no discretion to mitigate the damages and asks that all of the seized property be declared forfeited.

Relevant statutory provisions

[25] Before getting into the analysis, it would be worthwhile reproducing the relevant provisions of the *Excise Act*:

- 88.** (1) Any of the following things, namely,
- (a) all grain, malt, raw tobacco and other material in stock,
 - (b) all engines, machinery, utensils, worms, stills, mash-tubs, fermenting-tuns, tobacco presses or knives,
 - (c) all tools or materials suitable for the making of stills, worms, rectifying or similar apparatus, and
 - (d) all spirits, malt, beer, tobacco, cigars and other manufactured articles,

that are at any time found in any place or premises where anything is being done that is subject to excise, and for which a licence is required under this Act, but in respect of which no licence has been issued, shall be seized by any officer having a knowledge thereof and be forfeited to the Crown, and may either be destroyed when and where found or removed to a place for safe-keeping, in the discretion of the seizing officer.

GRC agissant à titre de préposés d'accise non seulement pouvaient, mais devaient saisir les cigares, le tabac, le matériel et l'équipement ayant servi à la fabrication, etc. en vertu du paragraphe 88(1) de la *Loi sur l'accise*. À tout événement, le ministre soutient que la demanderesse n'a pas démontré que la discrétion exercée par les membres de la GRC était déraisonnable ou que leur comportement était malicieux dans les circonstances.

[24] De surcroît, le ministre prétend que le recours en revendication prévu au paragraphe 117(1) étant de la nature d'une procédure *in rem* et non *in personam*, ni l'ignorance de la *Loi sur l'accise* ni l'ignorance de certains faits ne pourraient poser un obstacle à la confiscation des biens saisis en l'instance, et ne pourraient servir de base légale pour que cette Cour ordonne leur remise. Enfin, le ministre prétend que cette Cour ne jouit d'aucune discrétion pour mitiger les dommages et demande que soient déclarés confisqués tous les biens saisis.

Dispositions législatives pertinentes

[25] Avant d'aborder l'analyse, il serait utile de reproduire les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'accise*:

- 88.** (1) Les articles suivants:
- a) les grains, le malt, le tabac brut et les autres matières en magasin;
 - b) les machines, mécanismes, ustensiles, serpentins, alambics, cuves-matière, tonneaux à fermentation, presses ou hachoirs à tabac;
 - c) les outils ou matériaux propres à la fabrication d'alambics, de serpentins, de rectificateurs ou d'appareils similaires;
 - d) l'eau-de-vie, le malt, la bière, le tabac, les cigares et autres articles fabriqués,

qui se trouvent dans un lieu ou établissement où il se poursuit des opérations sujettes à l'accise, et pour lequel une licence est exigée en vertu de la présente loi mais n'a pas été émise, doivent être saisis par un préposé qui en a connaissance et être confisqués au profit de Sa Majesté, et ils peuvent être soit détruits dans l'endroit et au moment où ils sont trouvés, soit transportés en lieu sûr, à la discrétion du préposé qui opère la saisie.

(2) All horses, vehicles, vessels and other appliances that have been or are being used for the purpose of transporting in contravention of this Act or the regulations, or in or on which are found any goods subject to excise, or any materials or apparatus used or to be used in contravention of this Act or the regulations in the production of any goods subject to excise and all such goods, materials or apparatus shall likewise be seized as forfeited by the seizing officer and may be dealt with in the manner described in subsection (1).

...

88.2 (1) Where a horse, vehicle, vessel or other appliance has been seized as forfeited under this Act, any person, other than the person accused of an offence resulting in the seizure or person in whose possession the horse, vehicle, vessel or other appliance was seized, who claims an interest in the horse, vehicle, vessel or other appliance as owner, mortgagee, or holder of a lien or other like interest may, within thirty days after the seizure, apply to any judge of any superior court of a province or to a judge of the Federal Court for an order declaring the claimant's interest.

...

116. (1) As soon as an information has been filed in any court for the condemnation of any goods or things seized under this Act, notice thereof shall be posted in the office of the registrar, clerk or prothonotary of the court, and in the office of the collector or chief officer in the excise division in which the goods or things has been seized.

(2) Where the owner or person claiming the goods or thing referred to in subsection (1) presents a claim to the court, gives security and complies with all the requirements of this Act in that behalf, the court at its sitting immediately after the notice referred to in that subsection has been posted during one month may hear and determine any claim that has been duly made and filed in the meantime and release or condemn the goods or thing, as the case requires, otherwise the goods or thing shall, after the expiration of that month, be deemed to be condemned and may be sold without any formal condemnation thereof. [Underlining added.]

Analysis

1. Was the seizure of December 17, 1998 illegal, which would justify the possible return of the seized property to CC Havanos?

(2) Tous les chevaux, véhicules, vaisseaux et autres dispositifs qui, en contravention avec la présente loi ou les règlements, servent ou ont servi au transport de marchandises assujetties à l'accise ou de matières ou appareils employés ou à employer, en contravention avec la présente loi ou les règlements, à la production de quelque article assujetti à l'accise, ou sur ou dans lesquels sont trouvés de tels marchandises, matières ou appareils, peuvent être également saisis, avec ces marchandises, matières ou appareils, comme confisqués par tout préposé et peuvent être traités de la même manière.

[. . .]

88.2 (1) Lorsque des chevaux, véhicules, vaisseaux ou autres dispositifs ont été saisis comme confisqués sous le régime de la présente loi, quiconque (sauf la personne accusée d'une infraction qui a eu pour résultat cette saisie ou la personne en la possession de qui ces chevaux, véhicules, vaisseaux ou autres dispositifs ont été saisis) réclame, à l'égard de ces chevaux, véhicules, vaisseaux ou autres dispositifs, un intérêt à titre de propriétaire, de créancier hypothécaire, de détenteur de gage ou de détenteur d'un intérêt similaire peut, dans les trente jours suivant cette saisie, s'adresser à un juge d'une cour supérieure ou à un juge de la Cour fédérale afin de faire rendre une ordonnance déclarant son intérêt.

[. . .]

116. (1) Aussitôt qu'une dénonciation a été déposée auprès d'un tribunal pour demander la confiscation de marchandises ou d'objets saisis en vertu de la présente loi, avis doit en être affiché dans le bureau du registraire, du greffier ou du protonotaire du tribunal, et dans le bureau du receveur ou du préposé en chef de la division d'accise dans laquelle les marchandises ou les objets ont été saisis.

(2) Si le propriétaire des marchandises ou objets ou la personne qui prétend y avoir droit les revendique et donne une garantie, et observe toutes les autres formalités de la présente loi à cet égard, le tribunal, à sa prochaine séance après que l'avis a été affiché pendant un mois, peut entendre et juger toute revendication qui a été régulièrement faite et présentée dans l'intervalle, et libérer ou déclarer confisqués ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige; autrement, après l'expiration du mois, ils sont censés confisqués et peuvent être vendus sans déclaration formelle de confiscation. [Soulignement ajouté.]

Analyse

1) La saisie du 17 décembre 1998 était-elle illégale, ce qui justifierait la remise éventuelle des biens saisis à CC Havanos?

[26] To succeed on this point, the plaintiff company, which has the burden of proof under section 113 of the *Excise Act*, had to prove in full that the property seized in the December 17, 1998 search was not *ipso jure* liable to forfeiture by mere application of the *Excise Act* and consequently could not be seized. In my opinion, it has not done so.

[27] If we examine, first, the merits of the first submission by the plaintiff, the issue for determination is whether the record indicates that the 3,000 or so cigars seized by the RCMP were manufactured for commercial purposes and intended for sale. If that was the case, they could be seized under subsection 88(1) of the *Excise Act* as being subject to excise and requiring a manufacturing licence. By a preponderance of evidence, I find that they were so manufactured for sale or commercial use, as early as November 1998, and not for a personal use or to be given free of charge. Consequently, it was necessary to obtain a licence to manufacture them, as provided in section 10 of the *Excise Act*.

[28] In regard to the argument based on the lack of evidence of the illegal and non-regulatory nature of the tobacco products seized in this case, I hasten to point out that after a careful review of the evidence filed in the Court record, including the testimony of the witnesses at the hearing, whose credibility I have no reason to doubt, I can say that the plaintiff company definitely, if only implicitly, acknowledges that these were cigars manufactured without a licence, and not packaged or stamped in accordance with the *Excise Act*, and that the excise duties in connection therewith had not been paid. Can any better and more definitive argument than that be imagined? Accordingly, this evidence generally persuades me that the ingredients of the offences set out in paragraphs 226(a) and 240(1)(b) have been established, and this testifies to the illegal nature of the seized products. Finally, let us note that the plaintiff company at no time claimed to benefit from any of the exclusions set out in subsections 239.1(2) [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 52; 1994, c. 37, s. 8; 1995, c. 41, s. 111; 1999, c. 17, s. 144] and 240(2) of the *Excise Act*.

[26] Pour réussir sur ce point, la compagnie demanderesse, chargée du fardeau de la preuve en vertu de l'article 113 de la *Loi sur l'accise*, devait strictement prouver que les biens saisis lors de la perquisition du 17 décembre 1998 n'étaient pas par simple application de la *Loi sur l'accise* et *ipso jure* susceptibles d'être confisqués et, par conséquent, ne pouvaient être saisis. À mon avis, elle ne l'a pas fait.

[27] Si nous examinons tout d'abord le bien-fondé du premier argument soulevé par la demanderesse, la question à trancher est de déterminer si la preuve indique que les quelques 3 000 cigares saisis par la GRC ont été fabriqués à des fins commerciales et destinés à la vente. Si c'était, le cas, ils pouvaient être saisis en vertu du paragraphe 88(1) de la *Loi sur l'accise* comme étant sujets à l'accise et exigeant une licence de fabrication. Selon la prépondérance de la preuve, je conclus qu'ils l'ont été pour la vente ou un usage commercial et ce, dès novembre 1998, et non pour un usage personnel ou pour être donnés gratuitement. Par conséquent, il était nécessaire d'obtenir une licence pour les fabriquer, tel que prévu à l'article 10 de la *Loi sur l'accise*.

[28] Quant à l'argument fondé sur l'absence de preuve du caractère illégal et non réglementaire des produits de tabac saisis en l'instance, je précise immédiatement qu'un examen minutieux de la preuve déposée au dossier de cette Cour, y compris le témoignage des témoins à l'audience dont je n'ai aucune raison de douter de la crédibilité, permet d'affirmer que la compagnie demanderesse reconnaît certainement, ne serait-ce qu'implicitement, qu'il s'agissait en l'espèce de cigares fabriqués sans licence, non emballés et non estampillés conformément à la *Loi sur l'accise* et concernant lesquels les droits d'accise n'avaient pas été acquittés. Peut-on en effet imaginer un argument meilleur et plus définitif que celui-là? Ainsi, cette preuve me convainc largement que les éléments constitutifs des infractions prévues aux paragraphes 226(a) et 240(1)(b) ont été établis, ce qui témoigne du caractère illégal des produits saisis. Soulignons enfin que la compagnie demanderesse n'a prétendu en aucun moment pouvoir bénéficier de l'une ou l'autres des exclusions prévues aux paragraphes 239.1(2) [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 52; 1994, ch.

[29] As to the sufficiency of the informations contained in the affidavits pursuant to which the search warrant was issued, I must confess that the plaintiff's submissions do not persuade me. It seems to me that in this case we are a long way from mere allegations of vague "suspicion" for the purpose of conducting a "fishing expedition", as in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at page 29. Indeed, the statement of facts in this case appears to me to justify the rationality of the belief that the offences contemplated in paragraphs 226(a) and 240(1)(b) of the *Excise Act* were being committed in the CC Havanos facilities. As to the error in observation committed by Constable Archambault during his visit of December 15, 1998, this is entirely a *bona fide* error that cannot have the effect of invalidating the search warrant. In my opinion, the informations, the affidavit and the description of the things to be seized left Justice of the Peace Hamelin with enough information to validly exercise his judicial discretion in verifying the reasonableness of the grounds for issuing the search warrant, in accordance with section 74 of the *Excise Act*: see also *Lajoie v. Godbout* (1993), 59 Q.A.C. 264, at paragraphs 10-11.

[30] The plaintiff further contends, citing the text of subsection 88(2) of the *Excise Act*, that in executing the search warrant the members of the RCMP had some discretion, which could be used to mitigate the damages suffered by the plaintiff; they could have seized only the cigars and tobacco instead of all the materials and equipment used in the manufacture of the cigars. The Minister's position is that subsection 88(2) of the *Excise Act* applies only to those assets that have been or are being used "for the purpose of transporting in contravention of this Act or the regulations", and that it therefore does not cover any of the assets seized on December 17, 1998. Thus, in the case at bar it is subsection 88(1) that would apply and it provides that all the things that are found in a place or premises where anything is being done that is subject to excise, and for which a licence is required under the *Excise Act*, but in

37, art. 8; 1995, ch. 41, art. 111] et 240(2) de la *Loi sur l'accise*.

[29] Quant à la suffisance des dénonciations contenues dans l'affidavit en vertu desquelles le mandat de perquisition fut émis, je dois admettre que l'argumentation de la demanderesse ne me convainc pas. Il me paraît que nous sommes loin, en l'espèce, de simples allégations de «vague soupçon» dans le but d'effectuer une «expédition de pêche» comme dans l'affaire *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, à la page 29. En effet, l'exposé des faits en l'instance me paraît plutôt justifier la rationalité de la croyance que les infractions prévues aux paragraphes 226a) et 240(1)b) de la *Loi sur l'accise* se commettaient dans l'établissement de CC Havanos. Quant à l'erreur d'observation commise par le gendarme Archambault lors de sa visite du 15 décembre 1998, il s'agit entièrement d'une erreur de bonne foi qui ne peut avoir pour effet de vicier le mandat de perquisition. À mon avis, les dénonciations, l'affidavit et la description des objets à saisir laissaient au juge de paix Hamelin suffisamment d'informations pour lui permettre d'exercer valablement sa discrétion judiciaire dans la vérification des motifs raisonnables justifiant l'émission du mandat de perquisition, conformément à l'article 74 de la *Loi sur l'accise*: voir aussi *Lajoie c. Godbout* (1993), 59 Q.A.C. 264 (C.A.), aux paragraphes 10 et 11.

[30] De plus, la demanderesse prétend, en se fondant sur le libellé du paragraphe 88(2) de la *Loi sur l'accise*, qu'en exécutant le mandat de perquisition, les membres de la GRC pouvaient exercer une discrétion qui aurait eu pour effet de mitiger les dommages qu'elle a subis, soit en saisissant uniquement les cigares et le tabac plutôt que l'ensemble du matériel et l'équipement ayant servi à la fabrication des cigares. La position du ministre est que le paragraphe 88(2) de la *Loi sur l'accise* ne s'applique qu'aux éléments d'actif qui servent ou ont servi «au transport [. . .] en contravention avec la présente loi ou les règlements» et qu'il ne vise donc aucun des éléments d'actif saisis le 17 décembre 1998. Ainsi, en l'espèce, c'est le paragraphe 88(1) qui trouverait application et prévoit que tous les articles qui se trouvent dans un lieu ou établissement où il se poursuit des opérations sujettes à l'accise, et pour lequel

respect of which no licence has been issued, shall be seized by any officer having a knowledge thereof and be forfeited to the Crown.

[31] The *Excise Act* is divided into six parts and has some 260 sections. Part I, entitled “General”, comprises sections 8 to 128. Many of these sections are preceded by a short description of their content. For example, subsection 88(1) is preceded by the marginal note “Goods and apparatus forfeited if no licence”, while subsection 88(2) is preceded by the marginal note “Horses, vehicles, etc.” This distinction turns out to be quite important in this case since these two provisions cover different classes of property.

[32] In order to succeed, the plaintiff had to persuade the Court that the words “other appliances” used in subsection 88(2) encompass the manufacturing materials and equipment seized on December 17, 1998. However, a careful reading of this provision reveals that the “appliances” in question are things “that have been or are being used for the purpose of transporting . . . goods subject to excise” or transporting “any materials or apparatus used or to be used in contravention of this Act or the regulations in the production of any goods subject to excise”, or “in or on which are found any goods subject to excise”. Thus, the presence of this restrictive language shows that this provision covers only the seizure of means of transportation and not the seizure of the items themselves. In the case at bar subsection 88(2) is inapplicable since no vehicle used in the transportation or storage of the unpackaged and unstamped cigars or the transportation of the materials and equipment used in their manufacture was seized.

[33] I agree with the Minister’s position that it is rather subsection 88(1) that applies to all the property seized in this case, since that section expressly provides that the raw tobacco, engines, machinery, utensils, tobacco presses or knives and manufactured cigars that were found in the CC Havanos premises where cigar manufacturing activities were being carried on for which a licence is required under the *Excise Act*, but in respect of which no licence had been issued, were to be seized

une licence est exigée en vertu de la *Loi sur l’accise* mais n’a pas été émise, doivent être saisis par un préposé qui en a connaissance et être confisqués au profit de Sa Majesté.

[31] La *Loi sur l’accise* se divise en six parties et comporte quelque 260 articles. La Partie I s’intitule «Dispositions générales» et comporte les articles 8 à 128. Plusieurs de ces articles sont précédés par une brève description de leur contenu. Ainsi, le paragraphe 88(1) est précédé par note marginale «Confiscation des marchandises et appareils, à défaut de licence» alors que l’article 88(2) est précédé par note marginale «Chevaux, voitures, etc.». Cette distinction s’avère fort importante en l’espèce puisque ces deux dispositions visent des catégories différentes de biens.

[32] Pour avoir gain de cause, la demanderesse devait convaincre la Cour que les mots «autres dispositifs» utilisés au paragraphe 88(2) englobent le matériel de fabrication et l’équipement saisis le 17 décembre 1998. Or, une lecture attentive de cette disposition révèle que les «dispositifs» en question sont des objets qui «servent ou ont servi au transport de marchandises assujetties à l’accise» ou au transport de «matières ou appareils employés ou à employer, en contravention avec la présente loi ou les règlements, à la production de quelque article assujetti à l’accise», ou «sur ou dans lesquels sont trouvés de tels marchandises, matières ou appareils». Ainsi, la présence de ces mots limitatifs illustre que cette disposition ne vise que la saisie des moyens de transport et non celle des articles eux-mêmes. En l’instance, puisqu’aucun véhicule ayant servi au transport ou à l’entreposage des cigares non emballés et non estampillés ou au transport du matériel et de l’équipement ayant servi à leur fabrication n’a été saisi, le paragraphe 88(2) ne trouve pas application.

[33] Je suis en accord avec la position du ministre à l’effet que c’est plutôt au paragraphe 88(1) qui s’applique à tous les biens saisis en l’espèce puisqu’il prévoit expressément que le tabac brut, les machines, mécanismes, ustensiles, presses ou hachoirs à tabac et les cigares fabriqués qui se trouvaient dans l’établissement de CC Havanos où il se poursuivait des opérations de fabrication de cigares, et pour lesquels une licence est exigée en vertu de la *Loi sur l’accise* mais

by the excise officers. The RCMP officers had no discretionary authority during the seizure of December 17, 1998. Finally, even if the excise officers did have discretion to seize only the cigars and tobacco, I am far from being persuaded that the seizure of all the property that was carried out in this instance can be characterized as unreasonable, malicious or excessive.

[34] That being said, what about the issue in dispute and the real problem posed in this case, namely, whether all the property seized on December 17, 1998 was forfeited as of right, which would justify its seizure under the *Excise Act*. This requires an analysis of the legal consequences of a finding that the offences in paragraphs 226(a) and 240(1)(b) were committed by the plaintiff company.

[35] The doctrine of forfeiture in the laws of Canada and more particularly in the *Excise Act* has remained unchallenged for many generations and been upheld by the courts even when challenged. It has become firmly rooted in our consciousness as a measure of both compliance with and regulation of certain activities and reflects age-old principles of the action *in rem*, connecting the offence primarily to the thing and entailing its forfeiture through the straightforward operation of the *Excise Act*, whether the offence is a *malum in se* or a *malum prohibitum*: *Porter v. Canada*, [1989] 3 F.C. 403 (T.D.), at page 416. From the standpoint of the *Excise Act*, an action *in rem* is therefore very much a reality which, in a sense, creates a personality out of the *res*. That personality is such that the blameworthy or unblemished behaviour of its owner is of no concern to the Act. The forfeiture itself is a legal fiction created by the Act and not a physical reality. It pertains to the jurisdiction over tax revenues and is designed to protect the Crown's interest in the revenues collected through excise taxes. The theory holds that property becomes forfeited by right to the Crown once an offence is committed in regard to the property, and the subsequent seizure by the excise officers restores this property, which already belongs to the Crown, to the Crown's estate until the property is declared definitively forfeited or is returned by a competent authority: *The King v. Bureau*, [1949] S.C.R. 367, at

n'a pas été émise, devaient être saisis par les préposés d'accise. Les membres de la GRC ne jouissaient d'aucun pouvoir discrétionnaire lors de la saisie du 17 décembre 1998. Enfin, quand bien même que les préposés d'accise aient eu discrétion pour saisir uniquement les cigares et le tabac, je suis loin d'être convaincu que la saisie de tous les biens effectuée en l'instance puisse être qualifiée de déraisonnable, malicieuse ou abusive.

[34] Ceci dit, qu'en est-il de la question en litige et du véritable problème que pose ce dossier, à savoir si tous les biens saisis le 17 décembre 1998 étaient confisqués de plein droit, ce qui justifierait leur saisie en vertu de la *Loi sur l'accise*? Il s'agit ici d'analyser les conséquences juridiques d'une conclusion que les infractions prévues aux paragraphes 226a) et 240(1)b) ont été commises par la compagnie demanderesse.

[35] La théorie de la confiscation que l'on trouve dans les lois du Canada, et plus particulièrement dans la *Loi sur l'accise*, est demeurée incontestée pendant de nombreuses générations et reconnue par les tribunaux même lorsque contestée. Elle s'est implantée dans notre conscience en tant qu'outil de respect de la loi et de réglementation de certaines activités, et elle reflète les principes séculaires de l'action *in rem*, qui rattachent l'infraction principalement à la chose et entraînent la confiscation de cette dernière par simple application de la *Loi sur l'accise*, et ce, que l'infraction soit un *malum in se* ou un *malum prohibitum*: *Porter c. Canada*, [1989] 3 C.F. 403 (1^{re} inst.), à la page 416. Aux yeux de la *Loi sur l'accise*, une action *in rem* est donc une réalité bien concrète qui, en un sens, insuffle une personnalité à la chose. Cette personnalité est telle que le comportement répréhensible ou sans tache de son propriétaire n'intéresse nullement la *Loi sur l'accise*. La confiscation, quant à elle, est une fiction juridique créée par la *Loi sur l'accise* et non une réalité physique. Elle relève de la compétence du fisc en matière de recettes et vise à protéger au profit de Sa Majesté les recettes réalisées grâce aux taxes d'accise. Suivant cette théorie, un bien devient confisqué de droit au profit de Sa Majesté dès qu'une infraction est commise à son égard, et la saisie intervient par la suite par les préposés d'accise qui remettent dans le patrimoine de Sa Majesté ce bien qui lui appartient déjà, jusqu'à ce que celui-ci

page 377; *Allardice v. R.*, [1979] 1 F.C. 13 (F.C.T.D.), at page 23 (although these decisions were rendered under the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, the notions of “seizure” and “forfeiture” remain the same).

[36] Subsection 88(1), under which all the property was seized in this case, in language identical to that in subsection 87(1) enacted in 1934 [*The Excise Act, 1934*, S.C. 1934, c. 52] provides that all articles that are at any time found in any place or premises where anything is being done that is subject to excise, and for which a licence is required under the *Excise Act*, but in respect of which no licence has been issued, “shall be seized” by any officer having a knowledge thereof “and be forfeited to the Crown”. The wording of this provision is hardly an example of precision and eloquence, and the somewhat clumsy language can certainly be confusing in regard to the time from which the forfeiture of these articles operates. However, this does not alter the fact that the forfeiture in regard to all the property seized on December 17, 1998 operated as of right once there was a manufacture of cigars without a licence and once the plaintiff company was in possession of cigars that had not been put up in packages and stamped in accordance with the *Excise Act*. It was only subsequently that the plaintiff was dispossessed of its property without its consent to the benefit of the Crown.

[37] This is clear from an analysis of the various provisions of the *Excise Act*. Subsection 88(1) was enacted by reference to paragraph 239.1(2), which provides that “Manufactured tobacco or cigars that are not put up in packages and stamped with tobacco stamps or cigar stamps as required by this Act and the ministerial regulations. . . shall be forfeited to Her Majesty in right of Canada and shall be seized by any officer and dealt with accordingly.” [underlining added]. Section 226 [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 46] replicates the language of subsection 239.1(2) and stipulates that “all goods subject to excise found on the premises in which the offence is committed shall be forfeited to Her Majesty in right of Canada and shall be seized by any

soit déclaré confisqué de façon définitive ou restitué par une autorité compétente: *The King v. Bureau*, [1949] R.C.S. 367, à la page 377; *Allardice c. R.*, [1979] 1 C.F. 13 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 23 (bien que ces décisions soient rendues sous le régime de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, ch. C-40, les notions de «saisie» et de «confiscation» demeurent les mêmes».

[36] Le paragraphe 88(1), en vertu duquel tous les biens ont été saisis en l’espèce, et dont le libellé est identique à celui du paragraphe 87(1) édicté en 1934 [*Loi de l’accise, 1934*, S.C. 1934, ch. 52], prévoit que tous les articles qui se trouvent dans un lieu ou établissement où il se poursuit des opérations sujettes à l’accise, et pour lequel une licence est exigée en vertu de la *Loi sur l’accise* mais n’a pas été émise, «doivent être saisis» par un préposé qui en a connaissance «et être confisqués» au profit de Sa Majesté. Le libellé de cette disposition n’est guère un exemple de précision et d’éloquence, et le langage quelque peu boiteux utilisé peut certes porter à confusion en ce qui concerne le moment à partir duquel opère la confiscation de ces objets. Ceci ne change toutefois en rien le fait que la confiscation à l’égard de tous les biens saisis le 17 décembre 1998 opéra de droit dès qu’il y avait fabrication de cigares sans licence et dès que la compagnie demanderesse était en possession de cigares non emballés et non estampillés conformément à la *Loi sur l’accise*. C’est uniquement par après que la demanderesse s’est vue dépossédée de ses biens sans son consentement au profit de Sa Majesté.

[37] Ceci ressort d’ailleurs clairement d’une analyse des différentes dispositions de la *Loi sur l’accise*. Le paragraphe 88(1) a été édicté par renvoi au paragraphe 239.1(2) lequel prévoit que «sont confisqués au profit de Sa Majesté du chef du Canada et saisis par un préposé, et il en est disposé en conséquence, le tabac fabriqué ou les cigares qui ne sont pas emballés et qui ne portent pas l’estampille de tabac ou l’estampille de cigares en conformité avec la présente loi et les règlements ministériels» [soulignement ajouté]. L’article 226 [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 46] reprend les termes du paragraphe 239.1(2) et stipule que «[t]outes les marchandises assujetties à l’accise trouvées dans l’établissement où cette infraction est commise sont

officer” [underlining added]. Section 71 complements the two aforesaid provisions: “[W]here any stock, steam-engine, boiler, still, fermenting-tun, machinery, apparatus, vessel or utensil, boat, vessel, vehicle or other article or commodity is forfeited under this Act, for any contravention thereof, it may be seized by the collector or other officer, or by any other person acting on the authority of that officer, at any time after the commission of the offence for which it is forfeited.” [underlining added]. Finally, subsection 117(1), a provision dealing with the final automatic forfeiture of the unclaimed property, is categorical that its area of application extends to “[A]ll vehicles, vessels, goods and other things seized as forfeited under this Act or any other Act relating to excise” [underlining added]. The expression “seized as forfeited” was, incidentally, construed as follows in *The King v. Central Railway Signal Co.*, [1933] S.C.R. 555, a decision concerning the interpretation of section 125 of the 1927 *Excise Act* (now section 117), in which the Supreme Court of Canada held, at pages 558, 560 and 561:

It is not open to question on that evidence, that the goods were seized, and “seized as forfeited” for violation of the *Excise Act*. Nor is there any room for doubt as to the effect of such a seizure. It proceeds upon the assumption that the goods, having been forfeited *ipso jure*, in consequence of the violation of the Act, are at the time of seizure, and not as a consequence of it, the property of the Crown. There are several provisions of the statute under which forfeiture supervenes upon the commission of the offence, as a legal consequence of the offence, independently of any act on the part of the officers of excise or any conviction or other judgment of a court.

...

There does not appear to be any ground of substance for imputing ambiguity or obscurity to this language or even doubt as to what it signifies. In light of the provisions of the statute the phrase “seized as forfeited” can have only one meaning, as already indicated. It can only mean a seizure in consequence of the goods having been forfeited, the title to which has, by virtue of the forfeiture, become vested to the

confisquées au profit de Sa Majesté du chef du Canada et saisies par un préposé» [soulignement ajouté]. De plus, l’article 71 vient compléter les deux dispositions précitées et prévoit que «[s]i des marchandises, machines à vapeur, chaudières, alambics, tonneaux à fermentation, mécanismes, appareils, vaisseaux ou ustensiles, bateaux, navires ou véhicules, ou autres articles ou denrées, sont confisqués pour infraction à la présente loi, le receveur ou autre préposé, ou toute autre personne qui agit sous l’autorisation de ce préposé, peut les saisir en tout temps après que l’infraction a été commise» [soulignement ajouté]. Enfin, le paragraphe 117(1), disposition traitant de la confiscation finale automatique des biens non revendiqués, est catégorique à l’effet que son champ d’application s’étend aux «véhicules, vaisseaux, marchandises et autres objets saisis comme confisqués en vertu de la présente loi ou de toute autre loi relative à l’accise» [soulignement ajouté], ce qui englobe clairement les biens saisis en l’instance. L’expression «saisi comme confisqués» a par ailleurs fait l’objet d’une interprétation dans l’arrêt *The King v. Central Railway Signal Co.*, [1933] R.C.S. 555, une décision concernant l’interprétation de l’article 125 de la *Loi sur l’accise* de 1927 (maintenant l’article 117), où la Cour suprême du Canada conclut ainsi aux pages 558, 560 et 561:

[TRADUCTION] Au vu de la preuve, il est indiscutable que les marchandises ont été saisies et «saisi[e]s comme confisqué[e]s» pour une violation à la *Loi sur l’accise*. Il n’existe pas non plus d’ambiguïté quant à l’effet d’une telle saisie. Celle-ci part de l’hypothèse que les biens, confisqués *ipso jure*, en raison d’une violation à la Loi, appartiennent à Sa Majesté au moment de la saisie et non en conséquence de celle-ci. Il y a plusieurs dispositions de la loi qui donnent lieu à une confiscation en cas de perpétration d’une infraction, à titre de conséquence juridique de l’infraction, indépendamment de tout acte posé par les préposés d’accise or de toute déclaration de culpabilité ou de tout autre jugement d’un tribunal.

[. . .]

Il ne semble exister aucun moyen substantiel d’attribuer une ambiguïté ou une obscurité au texte ou d’entretenir des doutes quant à ce qu’il signifie. Compte tenu des dispositions de la loi, l’expression «saisi comme confisqués» ne peut avoir qu’un seul sens, comme nous l’avons déjà indiqué. Cette expression ne peut viser qu’une saisie effectuée à la suite de la confiscation des biens dont le titre, en raison de cette

Crown. The context shews also that it does not contemplate a forfeiture which has occurred in consequence of a condemnation, and beyond question it includes a forfeiture following, without any act or proceeding of the Crown's officers, the commission of the offence, in cases in which the statute under which the forfeiture takes effect so provides.

What then follows? "All . . . goods . . . seized as forfeited", the section declares, "shall be deemed and taken to be condemned and may be dealt with accordingly", unless the owner or the person from whom they are taken gives notice within one month that he intends to claim them. The consequence that the goods shall "be deemed and taken to be condemned" is declared, in unqualified words, to be the consequence of the seizure unless the notice provided for is given within the specified time. If the notice is given, the seizing officer may deliver up the goods to the owner on receiving security by bond with sureties for double the value of the goods, to be available in the event of condemnation. In the absence of notice within one month, condemnation follows by force of the statute. If notice is given, the statute contemplates the usual proceedings for establishing the grounds of forfeiture and condemnation accordingly.

[38] Thus, in the case of the seizure in the case at bar, the prosecution is, at least according to the traditional theory, brought against the cigars, tobacco, materials and equipment themselves as articles liable to forfeiture to the Crown: in the case of the cigars, because of their unlawful manufacture and possession by the plaintiff and, in the case of the other articles and materials, because of their use in committing the *Excise Act* offences. As the case law holds, *CC Havanos'* innocence of any wrongdoing in this case, like the conduct of the RCMP officers following the seizure, debatable as it may be, has no influence over the fact that these things were by mere operation of the *Excise Act ipso jure* forfeited, from the day when the offences under the *Excise Act* were committed: *The King v. Krakowec et al.*, [1932] S.C.R. 134, at pages 140-143; *Porter, supra*, at pages 411-413. The record having shown that the offences under paragraphs 226(a) and 240(1)(b) of the *Excise Act* were committed on the CC Havanos premises, all of the property seized in the search of December 17, 1998 was *ipso jure* forfeited to the Crown and consequently the members of the RCMP, acting as excise officers, were entitled to seize them and even had to do so under

confiscation, devient acquis à Sa Majesté. Le contexte illustre également que cette expression ne vise pas une confiscation résultant d'une déclaration de confiscation, et il ne fait aucun doute qu'elle comprend une confiscation résultant de la perpétration d'une infraction, sans qu'un préposé de Sa Majesté ne prenne une mesure ou n'intente une procédure.

Que se passe-t-il ensuite? «Les [. . .] marchandises [. . .] saisi[e]s comme confisqué[e]s», prévoit la disposition «sont censé[e] confisqué[e]s, et il en est disposé en conséquence», à moins que le propriétaire ou la personne entre les mains de qui ils ont été saisis ne donne avis dans un mois à compter de la saisie qu'il se propose de les revendiquer. Le fait que les marchandises sont «censé[e] déclaré[e]s confisqué[e]s» est déclaré inconditionnellement être la conséquence de la saisie à moins qu'un avis ait été donné dans le délai prévu. Dans un tel cas, le préposé saisissant peut restituer les marchandises au propriétaire pourvu que celui-ci signe un cautionnement pour le double de leur valeur en cas de déclaration de confiscation. En l'absence d'un avis dans un délai d'un mois, il s'ensuit par l'effet de la loi une déclaration de confiscation. Si un avis est donné, la loi expose les procédures habituelles pour l'établissement des motifs de confiscation et de déclaration de confiscation.

[38] Ainsi, dans le cas de la saisie en l'instance, la poursuite est, du moins suivant la théorie traditionnelle, intentée contre les cigares, le tabac, le matériel et l'équipement eux-mêmes en tant qu'objets susceptibles d'être confisqués au profit de Sa Majesté en raison, dans le cas des cigares, de leur fabrication et possession illégale par la demanderesse et, dans le cas des autres objets et matériaux, en raison de leur utilisation pour commettre des infractions à la *Loi sur l'accise*. Ainsi que la jurisprudence l'enseigne, l'innocence de CC Havanos de tout méfait en l'instance, pas plus que le comportement des agents de la GRC suite à la saisie, aussi discutable soit-il, n'a aucune incidence sur le fait que ces objets étaient par simple application de la *Loi sur l'accise ipso jure* confisqués, et ce, depuis le jour où les infractions à la *Loi sur l'accise* ont été commises: *The King v. Krakowec et al.*, [1932] R.C.S. 134, aux pages 140 à 143; *Porter, supra*, aux pages 411 à 413. La preuve ayant démontré que les infractions prévues aux paragraphes 226a) et 240(1)b) de la *Loi sur l'accise* ont été commises dans l'établissement de CC Havanos, tous les biens saisis lors de la perquisition du 17 décembre 1998 étaient *ipso jure* confisqués au profit de Sa Majesté et, par conséquent, les membres de la GRC, agissant à

subsection 88(1) of the *Excise Act*.

2. Since the Federal Court's jurisdiction under subsection 116(2) of the *Excise Act* allows it to "release or condemn the goods or thing, as the case requires", does this Court have discretion to order that certain property be restored to its owner notwithstanding that it is forfeited *ipso jure* and notwithstanding a valid seizure?

[39] The plaintiff company is trying to obtain from this Court a decision ordering the return of certain seized property, in this instance all materials and equipment used in the unlawful manufacture of the cigars, a remedy the existence of which inevitably depends on the interpretation of the *Excise Act*.

[40] The Minister acknowledges that the Court has jurisdiction to rule on the issue of the restitution of the seized property, but he argues that it should refuse to grant the remedy requested by the plaintiff company on the ground that since the proceeding is an action *in rem* in condemnation of seized property, the Court cannot alleviate the effects of a forfeiture and a seizure carried out in accordance with the *Excise Act*. As I understand the argument, only a seizure that is declared unlawful by this Court would erase the effects of the forfeiture of the property and be cause for their restitution. However, should the Court conclude that both the forfeiture and the seizure of the plaintiff company's property were consistent with the *Excise Act*, then it has no discretion to order the return of particular property and has no alternative but to condemn all of the seized property without exception. I do not agree.

[41] In support of his position, the Minister cites a number of court decisions holding that there was no discretionary authority to allow a court to grant relief to the *bona fide* owner of a vehicle or the person whose conviction for the transportation of illicit alcohol or tobacco was ultimately set aside. For example, in the *Krakowec* decision, *supra*, at pages 141-143, the Supreme Court of Canada had the following to say in

titre de préposés d'accise, étaient en droit de les saisir, et même devaient le faire en vertu du paragraphe 88(1) de la *Loi sur l'accise*.

2) Puisque la compétence conférée à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise* lui permet de «libérer ou déclarer confisqués ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige», cette Cour a-t-elle discrétion d'ordonner que certains biens soient remis à leur propriétaire, malgré qu'ils soient confisqués de plein droit, et malgré une saisie valide?

[39] La compagnie demanderesse tente d'obtenir de cette Cour une décision ordonnant la remise de certains biens saisis, en l'occurrence tout le matériel et l'équipement ayant servi à la fabrication illégale des cigares, remède dont l'existence dépend inévitablement de l'interprétation de la *Loi sur l'accise*.

[40] Le ministre reconnaît que la Cour a compétence pour statuer sur la question de la restitution des biens saisis, mais il fait valoir qu'elle doit refuser d'accorder le remède demandé par la compagnie demanderesse au motif que la procédure étant une action *in rem* en condamnation contre des biens saisis, la Cour ne peut mitiger les effets d'une confiscation et d'une saisie effectuées en conformité avec la *Loi sur l'accise*. S'il faut en croire cette théorie, seule une saisie déclarée illégale par cette Cour effacerait les effets de la confiscation des biens et donnerait lieu à leur restitution. Si la Cour conclut cependant que tant la confiscation que la saisie des biens de la compagnie demanderesse étaient conformes à la *Loi sur l'accise*, alors celle-ci n'aurait aucune discrétion d'ordonner la remise de certains biens et n'aurait d'autre alternative que de déclarer confisqués tous les biens saisis sans exception. Je ne suis pas d'accord.

[41] Au soutien de sa position, le ministre cite plusieurs décisions des tribunaux ayant reconnu qu'il n'existait pas de pouvoir discrétionnaire qui permette à un tribunal d'accorder un redressement au propriétaire de bonne foi d'un véhicule ou à la personne dont la condamnation pour transport d'alcool ou de tabac illicite était finalement annulé. Ainsi, dans l'arrêt *Krakowec*, *supra*, aux pages 141 à 143, la Cour suprême du Canada

regard to the scope of the courts' power in matters involving the forfeiture of property under the *Excise Act*:

Upon the bare words of the enactment it must, therefore, follow that any vehicle used for the purpose of removing spirits unlawfully manufactured or imported is subject to the forfeiture therein prescribed, unless, something be found in the context or in the general scope of the Act to justify a departure from the well known rule that the intention of the legislature must be determined from the words it has selected to express it. Here we find nothing of the kind in the context or in the subject-matter of the statute.

...

Whether such a thing exists as what is referred to by Lord Cairns (in *Partington v. Attorney-General* ((1869) L.R. 4 H.L. 100, at 122)) as the "equitable construction" of a statute, we cannot see that this is a case for its application, and we find no reason why we should not simply adhere to the words of the enactment.

It is not for the court to say if, in some cases,—such as, for example, when the vehicle utilized was stolen from its owner—the forfeiture may effect a hardship. Such cases are specially provided for in subs. 2 of sec. 133 of the *Excise Act*. The power to deal with them is thereby expressly vested in the Governor in Council thus leaving full play to the operation of sec. 91 of the *Consolidated Revenue and Audit Act* (c. 178 of R.S.C., 1927), for the remission of forfeitures. We are unable to agree with the decision in *Le Roi v. Messervier* ((1928) Q.R. 34 R.L.n.s. 436), already referred to, that the discretionary power is also vested in the court under sec. 124 of the Act. In our view, that section means nothing more than this:

After the vehicles, vessels, goods and other things have been seized as forfeited under sec. 181, the person from whom they were seized, or the owner thereof, may prevent the automatic condemnation of the said vehicles, etc., by giving notice as provided for in sec. 125 "that he claims or intends to claim the same"; whereupon, an information for the condemnation of the vehicles, etc., having been filed (as was done in this case), the court may hear and determine the claim made by the person from whom they were seized or from the owner, and the court may release or condemn the vehicles, etc., as the case requires, i.e., according as they come or not under the provisions of the Act. The court thereunder is vested with no discretion, it must decide according to law. [Emphasis added.]

[42] In *Mayberry, Herbert Frederick v. The King*, [1950] Ex.C.R. 402, the Exchequer Court went even

affirma ce qui suit quant à la portée du pouvoir dont sont investis les tribunaux en matière de confiscation de biens en vertu de la *Loi sur l'accise*:

[TRADUCTION] À partir du texte de la disposition, il doit par conséquent s'ensuire que tout véhicule utilisé pour transporter de l'eau-de-vie illégalement fabriquée ou importée est visé par la confiscation y prévue, sauf s'il existe quelque chose dans le contexte ou la portée générale de la Loi qui justifie que l'on s'écarte de la règle bien établie selon laquelle il faut dégager l'intention du législateur des termes qu'il a choisis pour s'exprimer. En l'espèce, nous ne trouvons rien de la sorte dans le contexte ou dans l'objet de la loi.

[. . .]

Quant à savoir si une telle chose existe relativement à que lord Cairns (dans *Partington v. Attorney-General* ((1869) L.R. 4 H.L. 100, à la p. 122)) a qualifié d'«interprétation équitable» d'une loi, à notre avis, il ne s'agit pas d'un cas exigeant une telle interprétation, et nous ne voyons aucune raison de ne pas tout simplement respecter le texte de la loi.

Il n'appartient pas au tribunal de dire si, dans certains cas, — comme par exemple lorsque le véhicule utilisé a été volé à son propriétaire — la confiscation peut causer des difficultés. De telles situations sont expressément prévues au par. 2 de l'art. 133 de la *Loi sur l'accise*. Le pouvoir de trancher ces situations est expressément dévolu au gouverneur en conseil, laissant ainsi plein effet à l'application de l'art. 91 de la *Loi du revenu consolidé et de la vérification* (ch. 178, S.R.C. 1927), relativement à la remise des objets confisqués. Nous ne pouvons souscrire à la décision rendue dans *Le Roi v. Messervier* ((1928) Q.R. 34 R.L.n.s. 436), déjà mentionnée, selon laquelle le pouvoir discrétionnaire est également conféré au tribunal en vertu de l'art. 124 de la Loi. À notre avis, cette disposition ne signifie rien de plus que ce qui suit:

Une fois que les véhicules, vaisseaux, marchandises et autre objets sont saisis comme confisqués en vertu de l'art. 181, la personne entre les mains de qui ils ont été saisis ou leur propriétaire peut en empêcher la déclaration automatique de confiscation en donnant avis, comme le prévoit l'art. 125 «qu'elle les revendique ou se propose de les revendiquer»; après quoi, sur dépôt (comme ce fut le cas en l'espèce) d'une dénonciation portant déclaration de confiscation des véhicules et autres, le tribunal peut entendre et juger la revendication faite par la personne entre les mains de qui ils ont été saisis ou leur propriétaire et il peut en ordonner la mainlevée ou la confiscation, selon le cas, c'est-à-dire selon qu'ils sont visés ou non par les dispositions de la Loi. Le tribunal ne possède sous ce régime aucun pouvoir discrétionnaire, il doit statuer conformément aux règles de droit. [Mes soulignés.]

[42] La Cour de l'Échiquier est allée encore plus loin pour circonscrire la portée du pouvoir des tribunaux

further in circumscribing the scope of the courts' power in such cases. At pages 407, 409 and 410 it states:

The facts of the matter in my opinion are those stated by the claimant, but unfortunately that finding does not entitle him to the relief which he now claims. This matter is in the nature of a proceeding in rem and, if it be established—as I think has been done in the instant case—that the vehicle “had been or was being used for the purpose of transporting spirits unlawfully manufactured” the court is vested with no discretion in the matter, but must declare the vehicle condemned as forfeited, and that is so even when the owner had no knowledge that such spirits were carried in his vehicle. The only exception to that statement is the partial relief afforded under the provisions of section 169(A), which section is not available to the claimant herein, inasmuch as the vehicle was seized in his possession.

...

Had I any authority under the Act to exercise any discretion in dealing with the established facts I would unhesitatingly have granted relief to the claimant and directed that his car be returned to him. But no such authority exists and it is my duty to apply the law as found in the statute and in the light of the interpretation placed on it in the case which I have cited. I must therefore find that as the Crown has established the fact that the vehicle was used in the transportation of spirits admittedly of unlawful manufacture, judgment must go declaring the said automobile condemned as forfeited to the Crown by virtue of the provisions of the Excise Act.

Counsel for the claimant submitted that while the vehicle undoubtedly was used “in the transportation” of spirits unlawfully manufactured, it could not be said that it was used “for the purpose” of transporting spirits unlawfully manufactured. He argued that as the driver and owner had no knowledge of the presence of spirits in his car, he therefore lacked the intention or purpose of using his car for such transportation. I am unable to interpret the section in that way. The obvious purpose under the Act is to provide something more drastic in the way of penalties than fines or imprisonment and to provide for the forfeiture of vessels and vehicles illicitly engaged in the liquor traffic. If in such proceedings the Crown officers had to prove the intention or purpose of the owner or driver of such vehicle in transporting the illicit spirits they would face a very difficult task and the whole intention of the subsection might readily be evaded.

dans de tels cas dans *Mayberry, Herbert Frederik v. The King*, [1950] R.C.É. 402, en affirmant ceci aux pages 407, 409 et 410:

[TRADUCTION] À mon avis, les faits de l'affaire sont ceux relatés par le demandeur, mais malheureusement cette conclusion ne lui donne pas droit à la réparation qu'il sollicite maintenant. L'affaire est de la nature d'une procédure in rem et, s'il est établi—comme je pense que cela le fut en l'espèce—que le véhicule «[a] servi ou ser[ra] aux fins de transporter l'eau-de-vie [...] [illégalement] fabriquée», le tribunal n'est investi d'aucun pouvoir discrétionnaire en cette matière, mais il doit déclarer le véhicule confisqué, et ce même si le propriétaire n'était pas au courant que l'eau-de-vie était transportée dans son véhicule. La seule exception à cet énoncé est la réparation partielle accordée en vertu de la section 169(A), dont ne peut se prévaloir le demandeur en l'espèce puisque le véhicule était en sa possession au moment où il a été saisi.

[. . .]

Si je bénéficiais, en vertu de la Loi, d'un pouvoir discrétionnaire dans l'examen des faits établis, j'aurais sans hésitation accordé au demandeur la réparation sollicitée et ordonné que sa voiture lui soit remise. Cependant, comme je ne possède pas ce pouvoir, il est de mon devoir d'appliquer les règles de droit se dégageant de la loi et à la lumière de l'interprétation qui leur a été donnée dans la décision que j'ai mentionnée. Par conséquent, puisque le ministère public a établi le fait que le véhicule avait été utilisé pour le transport d'eau-de-vie, on l'a reconnu, illégalement fabriquée, je dois donc conclure que ladite automobile est déclarée confisquée au profit de Sa Majesté en vertu des dispositions de la Loi de l'accise.

Selon l'avocat du demandeur, même s'il ne fait aucun doute que le véhicule a été utilisé «dans le transport» d'eau-de-vie illégalement fabriquée, on ne saurait affirmer qu'il l'a été «aux fins» de transporter l'eau-de-vie ainsi fabriquée. À son avis, puisque le conducteur et propriétaire n'était pas au courant de la présence d'eau-de-vie dans sa voiture, il n'avait en conséquence pas l'intention ou ne visait pas la fin d'utiliser sa voiture pour un tel transport. Je ne suis pas en mesure de retenir cette interprétation. L'objet évident que vise la Loi est d'établir des peines plus sévères que des peines d'amendes ou d'emprisonnement et de prévoir la confiscation des navires et véhicules illégalement engagés dans le trafic d'alcool. Si, dans de telles circonstances les préposés de Sa Majesté devaient prouver l'intention ou la fin visée par le propriétaire ou conducteur d'un tel véhicule dans le transport d'eau-de-vie illicite, ils seraient aux prises avec une tâche très difficile et tout l'objet de la disposition pourrait facilement être escamoté.

The finding which I have made will doubtless work a great hardship to the claimant. I realize also that it could create very substantial difficulties for motorists who may “give a lift” to strangers who may be in possession of a very small quantity of illicit spirits, concealed possibly on their persons. Notwithstanding the lack of any discretion in the court under the Excise Act as it now stands, there is power to deal with such cases of hardship under the Consolidated Revenue and Audit Act, 1931, c. 27, s. 33, such powers for the remission of forfeitures being expressly reserved to the Governor in Council under s. 124 of the Excise Act. I cannot leave the matter without suggesting that this is a case where consideration might well be given to any such claim as may be advanced by the claimant herein. [Emphasis added.]

See also *Koschuk, John v. The King*, [1950] Ex. C.R. 332; *James, Earl Anglin v. The Queen*, [1952] Ex. C.R. 396; *Gosselin, Marcel v. The Queen*, [1954] Ex. C.R. 658.

[43] In *Zarowney, Joe v. The Queen*, [1956] Ex. C.R. 16, a decision in relation to sections 114 and 115 of the *Excise Act* [R.S.C. 1952, c. 99] then in force (now sections 116 and 117), the Exchequer Court stated, at pages 21-24:

Were I dealing with an application under section 164 of the Excise Act I would have no hesitation in ordering that the claimant’s interest be not affected by the seizure. The situation is different, however, when considering a claim under sections 114 and 115 under which the claimant has chosen to proceed. The statutory enactment must be adhered to. Sections 114 and 115 confer on the Court no discretionary power such as is contained in section 164. I must release or condemn the truck “as the case requires”.

The words of section 163(3) of the *Excise Act* are unequivocal. The fact that the use of the truck for the purpose of transporting unlawfully manufactured spirits was without the consent or knowledge of the owner or of the driver of the truck cannot affect the application or effect of section 163(3) of the statute. Condemnation is mandatory. There is no room for doubt as to the meaning of the words, “all vehicles that have been used for the purpose of transporting the spirits so manufactured shall be forfeited to the Crown.”

Ma conclusion créera sans aucun doute de graves difficultés pour le demandeur. Je me rends également compte qu’elle pourrait créer de très grandes difficultés pour un automobiliste qui prend dans sa voiture un étranger susceptible d’avoir en sa possession une très petite quantité d’eau-de-vie illicite, dissimulée sur sa personne. Nonobstant l’absence de pouvoir discrétionnaire du tribunal en vertu de la Loi de l’accise actuelle, il existe un pouvoir de trancher de telles situations difficiles en vertu de la Loi du revenu consolidé et de la vérification, 1931, ch. 27, art. 33, de tels pouvoirs de remise de l’objet confisqué étant expressément réservés au gouverneur en conseil en vertu de l’art. 124 de la Loi de l’accise. Je ne peux terminer sans laisser entendre qu’il s’agit d’un cas où l’on pourrait bien examiner une telle revendication susceptible d’être présentée par le demandeur en l’espèce. [Mes soulignés.]

Voir aussi *Koschuk, John v. The King*, [1950] R.C.É. 332; *James, Earl Anglin v. The Queen*, [1952] R.C.É. 396; *Gosselin, Marcel v. The Queen*, [1954] R.C.É. 658.

[43] Dans *Zarowney, Joe v. The Queen*, [1956] R.C.É. 16, une décision relative aux articles 114 et 115 de la *Loi sur l’accise* [S.R.C. 1952, ch. 99] alors en vigueur (maintenant les articles 116 et 117), la Cour de l’Échiquier indiqua ceci aux pages 21 à 24:

[TRADUCTION] Si je devais trancher une demande en vertu de l’article 164 de la Loi sur l’accise, je n’hésiterais pas à rendre une ordonnance déclarant que l’intérêt du demandeur n’est pas affecté par cette saisie. Cependant, la situation est différente lorsque l’on examine une revendication sous le régime des articles 114 et 115 auxquels le demandeur a choisi d’avoir recours en l’espèce. Il faut respecter le texte législatif. Les articles 114 et 115 ne confèrent au tribunal aucun pouvoir discrétionnaire comme c’est le cas dans l’article 164. Il me faut libérer ou déclarer confisqué le camion «selon que le cas l’exige».

Le texte du paragraphe 163(3) de la Loi sur l’accise ne laisse pas d’équivoque. Le fait que le camion a été utilisé pour le transport de l’eau-de-vie illégalement fabriquée sans le consentement du propriétaire ou du conducteur du camion ou sans que l’un ou l’autre en ait connaissance ne peut avoir une incidence sur l’application ou l’effet du paragraphe 163(3) de la loi. La confiscation est obligatoire. L’interprétation de l’expression «tous [...] véhicules [...] qui ont servi [...] aux fins de transporter l’eau-de-vie ainsi fabriquée [...] sont confisqués au profit de la Couronne.»

As my brother Cameron did under somewhat similar circumstances in *Mayberry v. The King*, (1950) Ex. C.R. 402, I must apply the words of the statute and order the condemnation of the truck. [Emphasis added.]

[44] The Supreme Court decision in *Krakowec* was also cited by Mahoney J. in *Lawson v. R.*, [1980] 1 F.C. 767 (T.D.), a decision concerning an application for review of the forfeiture of a truck and another vehicle by the Minister under the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40. At pages 771-772 of the decision, Mahoney J. noted:

In considering an application to vacate a forfeiture, the Court is bound to consider all grounds under which the evidence discloses the goods might have been forfeited. It cannot limit its consideration only to the stated grounds of the forfeiture. The Court is, however, limited to a determination of whether or not the goods were, in fact and law, liable to forfeiture. [reference omitted]. The power to remit a forfeiture lies only with the Governor in Council; the Court can only order a release of the goods or declare that they remain forfeited. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[45] A fair number of more recent decisions have applied the principles laid down in the afore-cited decisions and refused to restore the seized property even if this imposed a heavy loss on the applicants: *R. v. Martins* (1981), 36 A.R. 327 (N.W.T.S.C.); *Lacourse v. Canada* (1993), 65 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *Becta Transport Ltd v. Canada* (1995), 93 F.T.R. 132 (F.C.T.D.); *Duchesne v. Canada* (1996), 120 F.T.R. 28 (F.C.T.D.); *Cohen v. Canada (Department of National Revenue, Customs and Excise—M.N.R.)*, [1998] F.C.J. No. 1204 (T.D.) (QL); *House of Giftwares Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (1998), 153 F.T.R. 269 (F.C.T.D.). In short, all of these decisions show that the *Excise Act* required and still requires that the vehicle used for the transportation of illicit alcohol or tobacco products is declared forfeited to the Crown by the courts once the essential ingredients of the offence have been proved.

[46] However, I am not disposed to accept the interpretation given by these decisions to the courts' forfeiture power under the scheme of the *Excise Act* as determinative of the issue in this particular case. The

Comme mon collègue le juge Cameron l'a fait dans des circonstances quelque peu semblables dans la décision *Mayberry v. The King*, (1950) R.C.É. 402, je dois appliquer le texte de la loi et ordonner la confiscation du camion. [Mes soulignés.]

[44] La décision de la Cour suprême dans *Krakowec* a également été citée par le juge Mahoney dans *Lawson v. R.*, [1980] 1 C.F. 767 (1^{re} inst.), une décision concernant une demande de réexamen de la confiscation d'une camionnette et d'un autre véhicule faite par le ministre en vertu de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, ch. C-40. Aux pages 771 et 772 de la décision, le juge Mahoney nota ce qui suit:

Aux fins de l'examen d'une demande de remise de confiscation, la Cour doit examiner dans la preuve tous les motifs en vertu desquels les marchandises auraient pu être confisquées. Elle ne peut restreindre son examen aux motifs énoncés de la confiscation. La Cour doit toutefois se limiter à déterminer si les marchandises étaient en fait et en droit passibles de confiscation [référence à la décision *Krakowec*]. Le pouvoir de remettre une telle confiscation appartient au gouverneur en conseil; la Cour peut seulement ordonner la restitution des marchandises ou déclarer qu'elles demeurent confisquées. [Mes soulignés; notes omises.]

[45] Bon nombre de décisions plus récentes ont appliqué les principes énoncés par les décisions précitées et refusé de restituer les biens saisis, même si cela faisait subir une lourde perte aux demandeurs: *R. v. Martins* (1981), 36 A.R. 327 (C.S.T.N.-O.); *Lacourse c. Canada* (1993), 65 F.T.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.); *Becta Transport Ltée c. Canada* (1995), 93 F.T.R. 132 (C.F. 1^{re} inst.); *Duchesne c. Canada* (1996), 120 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.); *Cohen c. Canada (Ministère du Revenu national, Douanes et Accise—M.R.N.)*, [1998] A.C.F. n° 1204 (1^{re} inst.) (QL); *House of Giftwares Ltd. c. Canada (Ministre du revenu national—M.R.N.)* (1998), 153 F.T.R. 269 (1^{re} inst.). En résumé, toutes ces décisions démontrent que la *Loi sur l'accise* exigeait et exige toujours que le véhicule utilisé pour le transport d'alcool ou de produits de tabac illicite soit déclaré confisqué au profit de Sa Majesté par les tribunaux dès que les éléments constitutifs de l'infraction ont été prouvés.

[46] Je ne suis cependant pas disposé à accepter l'interprétation donnée par ces décisions au pouvoir des tribunaux en matière de confiscation sous le régime de la *Loi sur l'accise* comme déterminante pour sceller

decision of the Supreme Court of Canada in *Krakowec*, on which the subsequent decisions of the Exchequer Court are based, was rendered before section 169A. (now section 88.2) was inserted in the *Excise Act* in 1934. It is in fact conceded that since that judgment the *Excise Act* has been amended to allow a *bona fide* innocent third party to apply to a court for an order declaring his or its interest in the seized property, thus marking the passage from a position of complete rigidity to a relatively reasonable and fair position. Moreover, the Supreme Court was not confronted with an application for restitution of certain property like the one with which we are concerned here, and the remarks made at the very end of the decision are, to say the least, ambiguous and in any event constitute only *obiter dictum*. I do not, therefore, consider this decision to be conclusive as to the issue with which we are confronted. As to the subsequent decisions of the Exchequer Court and this Court, they are in my opinion based on a very restrictive interpretation of the Supreme Court's remarks in *Krakowec* and do not address in any detail the issue of the courts' power in matters involving the forfeiture of property seized under the prescriptive and regulatory scheme of the *Excise Act*. Indeed, there is to my knowledge no decision bearing directly on the question of the interpretation of subsection 116(2). In any event, those decisions are not binding on this Court.

A. Principles of statutory construction of the *Excise Act*

[47] As mentioned previously, the scope of the courts' discretionary authority in matters involving forfeiture under the *Excise Act*, if such authority exists, has already been examined in some decisions which, in my opinion, remain vestiges of a time when the principles of statutory interpretation were employed in a rigid and mechanical way by the courts. This approach, while once employed, is clearly in conflict with the contemporary theory of interpretation of legislation, which consists of examining the purpose of statutes. However, this is the first time that this Court has been directly called on to interpret and apply subsection 116(2) of the *Excise Act*, which gives it the power to "release or condemn the goods or thing, as the case

l'issue du présent litige. La décision de la Cour suprême du Canada dans *Krakowec*, sur laquelle reposent les décisions subséquentes de la Cour de l'Échiquier, a été rendue avant que l'article 169A. (maintenant l'article 88.2) soit inséré dans la *Loi sur l'accise* en 1934. Il est en effet admis que depuis cet arrêt, la *Loi sur l'accise* a été modifiée pour permettre à un tiers innocent et de bonne foi de s'adresser à un tribunal pour faire rendre une ordonnance déclarant son intérêt dans les biens saisis, ce qui marque le passage d'une position de rigidité complète à une position davantage raisonnable et juste. De plus, la Cour suprême n'était pas confrontée à une demande de restitution de certains biens comme celle qui nous préoccupe en l'espèce, et les propos tenus à la toute fin de la décision sont pour le moins ambigus et ne constituent, à tout événement, qu'un *obiter dictum*. Je ne considère donc pas cette décision comme concluante en ce qui concerne la question à laquelle nous sommes confrontés. Quant aux décisions subséquentes de la Cour de l'Échiquier et de notre Cour, elles se fondent, à mon avis, sur une interprétation très restrictive des propos de la Cour suprême dans *Krakowec* et ne traitent pas de façon approfondie de la question du pouvoir des tribunaux en matière de confiscation de biens saisis sous le régime normatif et réglementaire de la *Loi sur l'accise*. En effet, il n'y a, à ma connaissance, aucune décision qui se prononce directement sur la question de l'interprétation du paragraphe 116(2). À tout événement, ces décisions ne lient pas cette Cour.

A. Principes d'interprétation législative de la *Loi sur l'accise*

[47] Tel que mentionné précédemment, la portée du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de confiscation sous le régime de la *Loi sur l'accise*, s'il y en a un, a déjà été examinée dans quelques décisions qui, à mon avis, demeurent les vestiges d'une époque où les principes d'interprétation législatives étaient employés par les tribunaux de façon rigide et mécanique. Cette façon de faire, si elle était employée jadis, va clairement à l'encontre de la théorie contemporaine d'interprétation des lois qui consiste à examiner le but qu'elles visent. C'est cependant la première fois que notre Cour est directement appelée à interpréter et appliquer le paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise* qui lui confère le pouvoir de «libérer ou

requires". In tax matters, the dominant tendency has traditionally favoured an interpretation that is both literal and restrictive, in the interest of favouring the taxpayer. It now seems trite law that tax statutes such as the *Excise Act* must be construed in the same way as other statutes but so applied, in case of ambiguity or reasonable doubt, as to favour the taxpayer: *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at page 20. This turning point in the evolution of the principles of interpretation of Canada's tax laws was motivated by the observation that the purpose of taxation statutes is no longer confined solely to the raising of funds to cover government expenditures. It is acknowledged that these laws are also used for purposes of social and economic policy.

[48] Here is how Professor Ruth Sullivan states the applicable and now authoritative principle in statutory interpretation, at page 131 of her work, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed., 1994):

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the legislative text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the legislative purpose; and (c) its acceptability, that is, the outcome is reasonable and just. [Emphasis added.]

[49] This Court has on many occasions favoured the modern rule of statutory interpretation proposed by Driedger, and in various contexts including in tax cases: *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] F.C. 471 (T.D.); affirmed [1972] F.C. 835 (C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.); *ECG Canada Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 415 (T.D.). I would also point out that in so far as federal legislation is concerned, the soundness

déclarer confisqués ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige». En matière fiscale, la tendance dominante a traditionnellement favorisé une interprétation à la fois littérale et restrictive ayant eu pour effet de favoriser le contribuable. Désormais, il semble acquis que les lois fiscales telles la *Loi sur l'accise* doivent être interprétées de la même manière que les autres lois, mais appliquées, en cas d'ambiguïté ou de doute raisonnable, de manière à favoriser le contribuable: *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, à la page 20. Ce point tournant dans l'évolution des principes d'interprétation des lois fiscales au Canada a été motivé par le constat selon lequel le but des lois fiscales n'est plus confiné à la seule levée de fonds pour faire face aux dépenses gouvernementales. Il est reconnu que ces lois servent aussi à des fins d'intervention sociale et économique.

[48] Voici comment, à la page 131 de son ouvrage *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd., 1994), le professeur Ruth Sullivan a énoncé le principe applicable en matière d'interprétation législative, de la manière qui fait maintenant autorité:

[TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif dans son contexte global, en tenant compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte législatif. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte législatif, b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisation de l'objet du texte législatif, et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste. [Soulignement ajouté.]

[49] Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes, y compris en matière fiscale: *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1971] C.F. 471 (1^{er} inst); confirmé par [1972] C.F. 835 (C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.); *ECG Canada Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 415 (1^{er} inst.). Je tiens également à souligner que, pour ce qui est

of the rule favoured by this Court is reinforced by section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that every enactment “is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.” Other principles of interpretation—such as the strict construction of taxation statutes against the taxing authorities and in favour of the taxpayer since they place restrictions on the enjoyment and ownership of property—apply only if the meaning of a provision is ambiguous or if some reasonable doubt subsists as to its meaning. And we should not be quick to find ambiguity. It is therefore necessary, in every case, “for the court charged with interpreting a provision to undertake the contextual and purposive approach set out by Driedger, and thereafter to determine if ‘the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning’” [underlining added]: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.), at paragraphs 29-30.

B. Application to the facts of this case

[50] Since the primary objective of tax legislation is the collection of revenue for the Crown, a method of construction of subsection 116(2) focussed on the objectives of the *Excise Act* will tend to work in favour of the taxing authority, while the prevalence of the literal meaning of the provision will instead tend to favour the taxpayer. Since it is difficult in this case to choose between the meaning of the rule suggested by the ordinary meaning of the words and the meaning of the rule that would best ensure the achievement of its objectives, I would assign equivalent weight to these arguments. Accordingly, in the context of this appeal, my analysis is presented under three major heads.

(1) The ordinary and grammatical meaning

[51] Before beginning my analysis, I wish to point to an important aspect that is peculiar to the forfeiture of seized property under the scheme of the *Excise Act*. As mentioned, forfeiture is the act of taking, on behalf of and for the benefit of the taxing authority, property that

de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui dispose que tout texte «est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». D’autres principes d’interprétation—telle l’interprétation stricte des lois fiscales contre le fisc et en faveur du contribuable puisqu’elles posent des restrictions à la jouissance des biens et du droit de propriété—ne s’appliquent que si le sens d’une disposition est ambiguë ou si un doute raisonnable subsiste quant à son sens. On ne saurait conclure hâtivement cependant à l’existence d’une d’ambiguïté. Il est donc nécessaire, dans chaque cas, «que le tribunal appelé à interpréter une disposition législative se livre à l’analyse contextuelle et téléologique énoncée par Driedger, puis se demande si [TRADUCTION] “le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes”» [soulignement ajouté]: *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1 (C.S.C.), aux paragraphes 29 et 30.

B. Application aux faits de l’espèce

[50] Puisque la législation fiscale a pour principal objectif la perception de revenus au profit de Sa Majesté, une méthode d’interprétation du paragraphe 116(2) centrée sur les objectifs de la *Loi sur l’accise* aura tendance à jouer en faveur du fisc, alors que la prévalence du sens littéral de la disposition aura tendance à favoriser plutôt le contribuable. Puisqu’il est malaisé en l’espèce de choisir entre le sens de la règle suggéré par le sens ordinaire des mots et le sens de la règle qui assurerait mieux la réalisation de ses objectifs, j’accorderais un poids équivalent à ces arguments. Ainsi, dans le contexte du présent pourvoi, mon analyse est divisée en trois grandes rubriques.

1) Le sens ordinaire et grammatical

[51] Avant d’amorcer mon analyse, je tiens à mettre en relief un élément important propre à la confiscation des biens saisis sous le régime de la *Loi sur l’accise*. Tel que mentionné, la confiscation est le fait de prendre, au nom et au profit du fisc, le ou les biens qui

belongs to someone through a punitive measure or security precaution: see G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8th ed. (Paris: Presses universitaires de France, 2000). It operates at two specific moments: (a) by operation of law or *ipso jure* from the time when an offence is committed in regard to the property, which can appropriately be referred to as a “temporary forfeiture”, and which gives rise to the “legal” seizure of the property; and (b) it also operates judicially when a competent authority declares the property forfeited after verification, which can appropriately be referred to as “permanent forfeiture”. For example, under subsection 116(2) of the *Excise Act*, a court may hear and determine any claim that has been duly made and rule definitively on whether seized property has been “condemned” or not.

[52] Essentially, subsection 116(2) of the *Excise Act* is a provision that empowers a court hearing a claim for things seized to release or condemn these things. Since our Court is not a superior court of inherent jurisdiction, any power conferred on it under the *Excise Act* must be express or by necessary implication.

[53] If I clearly understand this provision, it confers authority on the Court and is drafted in terms which, *prima facie*, appear to imply no constraint, no obligation whatsoever to exercise the authority in question (“the court. . . may”). Moreover, it spells out the nature (“release or condemn . . . , as the case requires”) and the object (“the goods or thing”). It should be noted that the object of this judicial authority is not accompanied by any qualification or limitative language (is it all the seized property, or also certain property at the court’s discretion?). Both the English and French versions of this provision include these four elements, in the same order.

[54] Parliament’s intention must be inferred from the words it has elected to use. In the case at bar, however, it is impossible in my view to decipher the meaning of this provision by analyzing separately the various items contained in subsection 116(2) since they are closely related and interdependent, and extreme prudence is

appartiennent à quelqu’un par une mesure de punition ou de sûreté: voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris: Presses universitaires de France, 2000. Elle opère à deux moments spécifiques; a) de plein droit à partir du moment où une infraction est commise à l’égard du bien, ce qu’il conviendrait d’appeler une «confiscation temporaire», et ce qui donne lieu à la saisie «légale» du bien; b) elle opère également par voie judiciaire lorsqu’une autorité compétente déclare les biens confisqués après vérification, ce qu’il conviendrait d’appeler une «confiscation permanente». Ainsi, en vertu du paragraphe 116(2) de la *Loi sur l’accise*, il appartient à un tribunal d’entendre et juger toute revendication qui a été régulièrement faite et de se prononcer en définitive sur la nature «confisqué» ou non d’un bien saisi.

[52] Essentiellement, le paragraphe 116(2) de la *Loi sur l’accise* se présente comme une disposition attributive de compétence aux tribunaux entendant une demande de revendication d’objets saisis de libérer ou déclarer confisqués ces objets. Notre Cour n’étant pas une cour supérieure ayant une compétence inhérente, tout pouvoir qui lui est conférée en vertu de la *Loi sur l’accise* doit l’être en termes exprès ou par implication nécessaire.

[53] Si je comprends bien cette disposition, celle-ci confère un pouvoir à la Cour et est rédigée dans des termes qui, à première vue, paraissent n’impliquer aucune contrainte, aucune obligation quelconque d’exercer le pouvoir en question («le tribunal peut»). Elle en précise d’ailleurs la nature («libérer ou déclarer confisqués, selon que le cas l’exige») et l’objet («ces marchandises ou objets»). Il convient de noter que l’objet de ce pouvoir judiciaire n’est assorti d’aucune qualification ou terme limitatif (s’agit-il de tous les biens saisis, ou également certains biens, à la discrétion du tribunal?). La version anglaise énonce elle aussi ces quatre éléments, dans le même ordre.

[54] L’intention du législateur doit être appréciée en fonction des mots qu’il a choisi d’employer. En l’espèce, il m’apparaît toutefois impossible d’analyser séparément les divers éléments contenus dans le paragraphe 116(2) pour lui donner un sens puisqu’ils sont étroitement liés et interdépendants, et il faudra faire

advisable in making this analysis. In the first place, if the words “the goods or thing” is to mean all of the goods or things that were seized, without exception, which is a completely plausible interpretation, the use of the word “may” as opposed to “shall” in this provision seems to indicate that Parliament wished to confer some discretion on the court to decide to release certain property. In practice, however, it can often be concluded from the context or object of the statute or provision that the authority is not absolutely discretionary. It may be that an authority is accompanied by a duty to exercise the authority in question in a specific way when certain circumstances exist in combination.

[55] This is what happens, for example, when the words in question are jurisdictional in nature. In the instant case, then, it may very well be that Parliament intended to prescribe a remedy whereby a person could appear before a court charged with condemning the seized property, in a context in which the court would have no discretion to exercise but would have to release the property if and only if the essential ingredients of the offences giving rise to the forfeiture did not exist to the court’s satisfaction. In other words, through the remedy under this provision, the Minister would apply to the court asking that it uphold the temporary forfeiture of the seized property once it had been demonstrated to the court’s satisfaction that this property was in fact forfeited by right and thus lawfully seized. However, it may also be the case that Parliament actually intended to give the court discretion to release certain property seized as forfeited even when all the essential ingredients of the offences giving rise to the forfeiture did exist. Both of these interpretations of the court’s authority in matters of forfeiture are completely reasonable, but neither appears *a priori* determinative.

[56] Moreover, the juxtaposition of the words “as the case requires” with “release or condemn the goods or thing” is also open to two interpretations that differ according to the meaning one chooses to give to the words “the goods or thing”. If, as mentioned earlier, these words mean “all the goods or things without

preuve de grande prudence dans notre analyse. Tout d’abord, s’il faut entendre par les mots «ces marchandises ou objets», toutes les marchandises ou objets saisis, sans exception, ce qui serait une interprétation tout à fait plausible, l’emploi du terme «peut» par opposition à «doit» dans cette disposition semble démontrer que le législateur ait voulu conférer une discrétion au tribunal de décider de libérer certains biens. Toutefois, en pratique, il arrivera assez fréquemment que le contexte ou l’objet de la loi ou de la disposition permettront de conclure que le pouvoir conféré n’est pas absolument discrétionnaire. Il se peut en effet qu’un pouvoir soit assorti d’un devoir d’exercer le pouvoir en question d’une manière précise lorsque certaines circonstances sont réunies.

[55] Il en est ainsi par exemple lorsque les mots en question sont attributifs d’une compétence judiciaire. Dans le cas en l’espèce, il se peut donc fort bien que le législateur ait voulu prescrire un recours par lequel une personne se présente devant un tribunal chargé de sanctionner les biens saisis, et dans le cadre duquel le tribunal n’aurait pas de discrétion à exercer mais devrait libérer les biens si et seulement si les éléments constitutifs des infractions ayant donné lieu à la confiscation ne sont pas réunis à sa satisfaction. Autrement dit, par le recours prévu dans cette disposition, le ministre s’adresserait au tribunal pour que celui-ci confirme la confiscation temporaire des biens saisis après qu’il eût été démontré à sa satisfaction que ces biens étaient effectivement confisqués de plein droit et donc saisis légalement. Il se peut aussi cependant que le législateur ait réellement voulu attribuer une discrétion à un tribunal de libérer certains biens saisis comme confisqués, et ce, même lorsque les éléments constitutifs des infractions ayant donné lieu à la confiscation sont réunis. Ces deux interprétations du pouvoir judiciaire en matière de confiscation sont tout à fait raisonnables, mais aucune ne semble *a priori* déterminante.

[56] Par ailleurs, la juxtaposition des termes «selon que le cas l’exige» à «libérer ou déclarer confisqués ces marchandises ou objets» donne également ouverture à deux interprétations différentes selon le sens que l’on choisit de donner aux mots «ces marchandises ou objets». Si, tel que mentionné plus haut, l’on entend par

distinction” then the only two conceivable cases would be, on the one hand, that the Court release all the seized property, and on the other that it condemn all the property. However, if these words mean “some or all of the goods or things seized as forfeited, as the case requires”, then a spectrum of possibilities can be conceived, each requiring different decisions by the court, which would be vested with discretionary authority to release certain property and condemn the remainder, or to release all the property, or to condemn all of it, as the case might be. It should in fact be noted that if Parliament intended to limit the applicability of subsection 116(2) to all of the seized property and render its forfeiture mandatory under certain circumstances, it could have expressly said so.

[57] I cannot help seriously questioning, however, the logic that would underlie the option of strictly limiting the function of a court hearing a property claim under the *Excise Act* to verifying whether in fact an offence had been committed in regard to that property, in which case the court would have no choice but to condemn the property definitively. Is that really what Parliament intended to do when it gave the court the power to “release or condemn the goods or thing, as the case requires”? Would it not be more logical to conclude that the express choice of these words instead of such imperative words as “shall release or condemn all of the goods or things, as the case requires” denotes an intention by Parliament to give the courts not only a power of forfeiture but a power that is discretionary? For example, section 16 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, the language of which is identical to that in section 490.1 [as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 15] of the *Criminal Code*, provides that “where a person is convicted of a designated substance offence” the court has the power to order that the offence-related property be forfeited to the Crown. There is moreover nothing discretionary about this power, since it is inherent in the object and true nature of this legislation, which is to denounce, dissuade and prevent the commission of such acts as the trafficking, production and possession of drugs: see *R. c. Houle*, [2000] J.Q. No. 719 (C.Q.) (QL), at paragraphs 27 and 30. See also subsections 41(1) and (2) of the *Tobacco Act*, S.C. 1997 c. 13 pertaining to an analogous

ces termes «toutes les marchandises ou objets saisis sans distinction», alors les deux seuls cas envisageables seraient, d’une part, que la Cour libère tous les biens saisis et, d’autre part, qu’elle déclare tous les biens confisqués. Par contre, si ces mots signifient «certaines ou toutes les marchandises ou objets saisis comme confisqués, selon que le cas l’exige», alors l’on peut imaginer un spectre de possibilités appelant différentes décisions de la part du tribunal qui serait investi d’un pouvoir discrétionnaire de libérer certains biens et déclarer le reste confisqué, ou libérer tous les biens, ou les déclarer tous confisqués, selon le cas. En effet, il convient de noter que si le législateur entendait limiter le champ d’application du paragraphe 116(2) à tous les biens saisis, il aurait pu l’indiquer expressément.

[57] Je ne puis toutefois m’empêcher de questionner sérieusement la logique qui sous-tendrait le choix de limiter strictement la fonction d’un tribunal saisi d’une demande de revendication d’un bien sous le régime de la *Loi sur l’accise* à vérifier si effectivement une infraction a été commise à son égard, auquel cas celui-ci n’aurait d’autre choix que de déclarer le bien confisqué définitivement. Est-ce réellement ce que le législateur a voulu faire en conférant au tribunal le pouvoir de «libérer ou déclarer confisquer ces marchandises ou objets, selon que le cas l’exige»? Ne serait-il pas plus logique de conclure que le choix exprès de ces mots plutôt que des termes impératifs «doit libérer ou déclarer confisqués toutes les marchandises ou objets saisis, selon que le cas l’exige» dénote une volonté du législateur non seulement d’attribuer un pouvoir de confiscation aux tribunaux, mais un pouvoir qui soit discrétionnaire? Ainsi, à titre d’exemple, l’article 16 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, dont le libellé est identique à celui de l’article 490.1 [édicé par L.C. 1997, ch. 23, art. 15] du *Code criminel*, confère au «tribunal qui déclare une personne coupable d’une infraction désignée» un pouvoir de confiscation des biens infractionnels liés à la perpétration de cette infraction. Ce pouvoir ne revêt par ailleurs aucun caractère discrétionnaire puisqu’il s’inscrit dans l’objectif et la nature véritable de cette loi qui est de dénoncer, dissuader et prévenir la commission d’actes tels le trafic, la production et la possession de drogues: voir *R. c.*

non-discretionary power of forfeiture conferred upon the courts in relation to seized tobacco products. I reproduce the text of section 16 for ease of reference:

16. (1) Subject to sections 18 and 19, where a person is convicted of a designated substance offence and, on application of the Attorney General, the court is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is offence-related property and that the offence was committed in relation to that property, the court shall

(a) in the case of a substance included in Schedule VI, order that the substance be forfeited to Her Majesty in right of Canada and disposed of by the Minister as the Minister thinks fit; and

(b) in the case of any other offence-related property,

(i) where the prosecution of the offence was commenced at the instance of the government of a province and conducted by or on behalf of that government, order that the property be forfeited to Her Majesty in right of that province and disposed of by the Attorney General or Solicitor General of that province in accordance with the law, and

(ii) in any other case, order that the property be forfeited to Her Majesty in right of Canada and disposed of by such member of the Queen's Privy Council for Canada as may be designated for the purposes of this subparagraph in accordance with the law.

(2) Where the evidence does not establish to the satisfaction of the court that the designated substance offence of which a person has been convicted was committed in relation to property in respect of which an order of forfeiture would otherwise be made under subsection (1) but the court is satisfied, beyond a reasonable doubt, that that property is offence-related property, the court may make an order of forfeiture under subsection (1) in relation to that property.
[My underlining.]

[58] If we adopt a strict construction of subsection 116(2) of the *Excise Act*, the language of which clearly differs from that of the afore-cited provisions, this would be giving the court an authority that is not actually an authority but resembles more a disguised

Houle, [2000] J.Q. n° 719 (C.Q.) (QL), aux paragraphes 27 et 30. Voir également les paragraphes 41(1) et (2) de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13 quant à la nature non-dscretionnaire d'un pouvoir analogue des tribunaux en matière de confiscation de produits de tabac saisis. Je reproduis le libellé de l'article 16 par souci de commodité:

16. (1) Sous réserve des articles 18 et 19 et sur demande du procureur général, le tribunal qui déclare une personne coupable d'une infraction désignée et qui est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que des biens infractionnels sont liés à la perpétration de cette infraction ordonne:

a) dans le cas de substances inscrites à l'annexe VI, que celles-ci soient confisquées au profit de Sa Majesté du chef du Canada pour que le ministre en dispose à sa guise;

b) que les autres biens infractionnels soient confisqués au profit:

(i) soit de Sa Majesté du chef de la province où les procédures relatives à l'infraction ont été engagées, si elles l'ont été à la demande du gouvernement de cette province et menées par ce dernier ou en son nom, pour que le procureur général ou le solliciteur général de la province en dispose en conformité avec la loi,

(ii) soit de Sa Majesté du chef du Canada pour que le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l'application du présent sous-alinéa en dispose en conformité avec la loi, dans tout autre cas.

(2) Le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation aux termes du paragraphe (1) à l'égard de biens dont il n'est pas convaincu qu'ils sont liés à l'infraction désignée dont la personne a été reconnue coupable, à la condition toutefois d'être convaincu, hors de tout doute raisonnable, qu'il s'agit de biens infractionnels. [Mes soulignés.]

[58] S'il l'on adopte une interprétation stricte du paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise*, dont le libellé diffère nettement de celui des dispositions précitées, il s'agirait là d'un pouvoir judiciaire qui, effectivement, n'en est pas un, mais qui ressemble davantage à une

obligation to act in a precise sense as dictated by the circumstances of the case.

[59] In the final analysis, I conclude that an interpretation of the words used in subsection 116(2) according to their ordinary and grammatical meaning leads inevitably to some ambiguity concerning the nature and scope of the power conferred on the courts in matters involving the forfeiture of property seized under the *Excise Act*, an ambiguity that I would attempt to dispel by examining the legislative context of the *Excise Act* and this particular provision of the Act.

(2) The expanded legislative context

[60] Although the *Excise Act* unfortunately has no provision spelling out its purpose, it obviously fits within a wider framework. As Joyal J. relevantly notes, in *Porter, supra*, it provides a means of protection by the taxing authority of the Crown's revenues through the mechanism of *ipso jure* forfeiture and the so-called judicial forfeiture of property that is illegally manufactured or in regard to which one or more offences have been committed: see also *R. v. Tanaka* (1997), 38 O.T.C. 86 (Ont. Gen. Div.), at paragraph 9. It simply constitutes a legislative provision for the regulation of certain activities adopted under the federal power of taxation which also includes enforcement provisions, and is not intended to impose punishment in the strictly conceptual sense: *Crédit Ford du Canada Ltée v. Canada (Department of National Revenue—M.N.R.)*, [1996] R.J.Q. 2154 (C.A.), at paragraphs 16, 19; Canada, Department of Finance, *Excise Act Review: A Proposal for a Revised Framework for the Taxation of Alcohol and Tobacco Products*, Ottawa: Government of Canada, 1997.

[61] A reading of the above decisions in which offences under the *Excise Act* had been committed through the use of a vehicle, for example the illicit importation of cigarettes or alcohol, it is revealing, to say the least, that in none of these was this article restored to its owner. There is, however, a certain absurdity in attributing complicity to a vehicle or a piece of equipment in a proceeding *in rem* for the purpose of

obligation déguisée d'agir dans un sens précis selon ce que dictent les circonstances de l'espèce.

[59] En fin de compte, j'arrive à la conclusion qu'une interprétation des mots utilisés à l'article 116(2) suivant leur sens ordinaire et grammatical mène inéluctablement à une ambiguïté en ce qui a trait à la nature et la portée du pouvoir conféré aux tribunaux en matière de confiscation de biens saisis en vertu de la *Loi sur l'accise*, ambiguïté que je chercherais à dissiper en examinant le contexte législatif de la *Loi sur l'accise* et de cette disposition.

2) Le contexte législatif élargi

[60] Bien que la *Loi sur l'accise* ne comporte malheureusement pas de disposition précisant son objet, elle s'inscrit évidemment dans un cadre plus large. Comme le souligne pertinemment le juge Joyal dans *Porter, supra*, elle prévoit, à travers le mécanisme de la confiscation *ipso jure* et la confiscation dite judiciaire des biens fabriqués illégalement ou à l'égard desquels une ou des infractions sont commises, un moyen de protection par le fisc des recettes de la Couronne: voir aussi *R. v. Tanaka* (1997), 38 O.T.C. 86 (Div. gén. Ont.), au paragraphe 9. Elle constitue simplement une mesure législative de réglementation et de régulation de certaines activités adoptée en vertu du pouvoir fédéral de taxation qui comporte, également, des dispositions d'exécution, et ne cherche aucunement à imposer un châtement sur le plan strictement conceptuel: *Crédit Ford du Canada Ltée c. Canada (Ministère du Revenu national—M.R.N.)*, [1996] R.J.Q. 2154 (C.A.), aux paragraphes 16 et 19; Canada: Ministère des Finances, *Révision de la Loi sur l'accise: proposition de révision du régime de taxation des produits du tabac et de l'alcool*, Ottawa: Gouvernement du Canada, 1997.

[61] À la lecture des décisions précitées où des infractions à la *Loi sur l'accise* avaient été commises par l'usage d'un véhicule, notamment l'importation illicite de cigarettes ou d'alcool, il est à tout le moins révélateur que dans aucune d'elles cet objet n'a-t-il été restitué à son propriétaire. Il y a néanmoins une certaine absurdité dans le fait d'imputer une complicité à un véhicule ou à une pièce d'équipement dans une poursuite *in rem* dans

having them condemned by a court. If one of the principal functions of the *Excise Act* was indeed to regulate the transportation of illicit alcohol and tobacco products, the best way to achieve this objective would be to guarantee forfeiture in every case, irrespective of the guilt or innocence of the owner or driver of the vehicle. Yet, even if it is true, as we noted earlier, that the forfeiture is not based on a conviction but rather, through the *Excise Act*, on the fact that the vehicle is used to transport illicit products, it is clear that the legislation itself provides, in the interest of respecting the economic rights of innocent third parties, a means of enabling the owner or lien-holder who is entirely *bona fide* and innocent of any collusion or complicity to escape the consequences that he would otherwise suffer. Nevertheless, all of the above decisions seem to have held that the theory of forfeiture was too solidly anchored in the country's law enforcement and reformatory jurisprudence to now attenuate the drastic effects by distinguishing among classes of property, all legally seized as forfeited, according to whether they are a *malum in se* or a *malum prohibitum*.

[62] Perhaps Parliament intended that the court's power of forfeiture should reach all property used for illicit purposes, that is, in contravention of the *Excise Act*, and this supports a strict and absolute construction of the provisions pertaining to forfeiture, including subsection 116(2). Thus, according to this interpretation, the *Excise Act* would not only avoid making any distinction between different classes of property—i.e. between property of an illegal nature and property used in the commission of an offence—but it would also avoid any distinction between a person who is morally blameless and one who is not. The *Excise Act*, through its permanent forfeiture mechanism, is not as obviously regulatory as one might be inclined to think, but it does contain a punitive aspect: *Industrial Acceptance v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273, at page 278. However, there is reason to question the necessity for a measure as draconian as the forfeiture of all of the plaintiff company's materials and equipment in the case at bar

le but de les faire déclarer confisqués par un tribunal. Si l'une des principales fonctions de la *Loi sur l'accise* était réellement de réglementer le transport d'alcool et de produits de tabac illicites, la meilleure façon d'atteindre cet objectif serait de garantir la confiscation dans tous les cas, sans égard à la culpabilité ou l'innocence du propriétaire ou du conducteur du véhicule. Or, même s'il est vrai, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que la confiscation ne se fonde pas sur une déclaration de culpabilité mais bien, de par la *Loi sur l'accise*, sur le fait que le véhicule est utilisé pour transporter des produits illicites, il est clair que la loi elle-même prévoit, en vue d'assurer le respect des droits économiques des tiers innocents, une mesure afin de permettre au propriétaire et au titulaire de privilèges qui sont entièrement de bonne foi et innocents de toute collusion et complicité d'échapper aux conséquences qu'ils devraient autrement subir. Néanmoins, toutes les décisions précitées semblent avoir conclu que la théorie de la confiscation était trop solidement ancrée dans la jurisprudence du pays en matière de mesures répressives et de redressement pour que l'on puisse maintenant en atténuer les effets drastiques en distinguant entre des catégories de biens tous légalement saisis comme confisqués, selon qu'ils soient un *malum in se* ou un *malum prohibitum*.

[62] Peut-être le législateur voulait-il que le pouvoir judiciaire en matière de confiscation atteigne tous les biens qui ont été utilisés pour des fins illicites, c'est-à-dire pour contrevenir à la *Loi sur l'accise*, ce qui appuierait une reconnaissance stricte et absolue des dispositions relatives à la confiscation, y compris le paragraphe 116(2). Ainsi, selon cette interprétation, la *Loi sur l'accise* éviterait non seulement de faire une distinction entre différentes catégories de biens, soit les biens de nature illégale et les biens ayant servi à la commission d'une infraction, mais aussi de distinguer entre celui qui est moralement sans reproche et celui qui ne l'est pas. La *Loi sur l'accise*, à travers son mécanisme de confiscation permanente, n'est pas aussi manifestement réglementaire que l'on serait porté à le croire mais comporte un aspect punitif: *Industrial Acceptance v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273, à la page 278. Il convient toutefois de s'interroger sur la nécessité d'une mesure aussi draconienne que la

when the company has already lost the cigars and tobacco that were seized owing to their possession and manufacture without a licence. Isn't the State's interest in preventing individuals from manufacturing or being in possession of things that are in contravention of the *Excise Act*, in frustrating criminal undertakings and in guaranteeing the Crown's revenues, out of social and economic policy considerations, adequately served by their judicial forfeiture, without the need to extend the latter to property that was used only once to commit an illegal act, particularly when the offender was acting in good faith? Doesn't such forfeiture actually constitute double punishment for the same offence? In the case of a vehicle or piece of equipment used to commit an offence under the *Excise Act*, can it not be said that in some circumstances it would be appropriate to restore this property to its owner since it has never been unlawfully possessed or owned? These observations inevitably bring us right back to square one. If the forfeiture of cigars manufactured without a licence or of alcohol illegally imported into Canada is primarily designed to regulate such activities and protect the Crown's revenues, that is one thing. If the forfeiture of an individual's vehicle or manufacturing materials used to illegally import alcohol or manufacture cigars without a licence is designed simply to punish the offenders, that is quite another thing which, to my way of thinking, is not at all compatible with Parliament's actual purpose in enacting the *Excise Act*, i.e. to protect the revenues the Crown derives from excise duties: see, in this sense, the comments of Mr. Justice Dysart in *Northwest Mortgage Co. v. Commissioner of Excise*, [1944] 3 D.L.R. 273 (Man. K.B.); affirmed [1945] 1 D.L.R. 561 (Man. C.A.).

[63] How to interpret the provision giving the courts the power to "release or condemn the goods or thing, as the case requires" is not an easy judgment call to make, to be sure. Having reviewed the overall context of subsection 116(2) of the *Excise Act* and construed the words therein according to their ordinary and grammatical meaning, in accordance with the legislative

confiscation de tout le matériel et équipement de la compagnie demanderesse en l'espèce, lorsque cette dernière perd déjà les cigares et le tabac saisis en raison de leur possession et fabrication sans licence. L'intérêt qu'a l'État à empêcher les particuliers de fabriquer ou d'être en possession d'objets en contravention de la *Loi sur l'accise*, à déjouer des entreprises criminelles et à garantir les recettes de la Couronne, ceci à des fins d'intervention sociale et économique, n'est-il pas adéquatement servi par leur confiscation judiciaire, sans besoin d'étendre cette dernière à des biens ayant été utilisés une seule fois pour commettre un acte illégal, notamment lorsque le contrevenant était de bonne foi? Une telle confiscation ne constituerait-elle pas réellement un double châtement pour la même infraction? Dans le cas d'un véhicule ou d'une pièce d'équipement ayant servi à commettre une infraction à la *Loi sur l'accise*, ne peut-on pas dire qu'il y aurait lieu, selon les circonstances, à les restituer à leur propriétaire puisqu'ils n'ont jamais fait l'objet d'une possession ou une propriété illégale? Ces observations nous ramènent inévitablement à la case départ. Déclarer confisqués les cigares fabriqués sans licence ou l'alcool importé illégalement au Canada principalement dans le but de réglementer ces activités et protéger les recettes de la Couronne est une chose; déclarer confisqué le véhicule ou le matériel de fabrication d'un particulier qui a été utilisé pour importer illégalement de l'alcool ou pour fabriquer des cigares sans permis simplement dans le but de punir les contrevenants en est une toute autre qui, à mon sens, n'est pas du tout compatible avec le but réel poursuivi par le législateur en adoptant la *Loi sur l'accise*, soit le souci de protéger les recettes réalisées par Sa Majesté grâce aux droits d'accise: voir en ce sens les commentaires du juge Dysart dans *Northwest Mortgage Co. v. Commissioner of Excise*, [1944] 3 D.L.R. 273 (B.R. Man.); confirmé par [1945] 1 D.L.R. 561 (C.A. Man.).

[63] L'interprétation de la disposition conférant un pouvoir aux tribunaux de «dibérer ou condamner ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige» est certes une question difficile à trancher. Après examen du contexte global du paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise* et interprétation des mots qui le composent suivant leur sens ordinaire et grammatical, en

framework surrounding this provision and the purpose of the provision, I conclude that it contains an ambiguity. In my opinion it is unlikely, or at least I am unable to conclude with certainty, that Parliament intended to impose an absolute prohibition on the courts on exercising some discretion in their assessment of the facts of each case and deciding, for example, to release certain property the possession of which does not in any way contravene the *Excise Act*. It is therefore necessary, in the circumstances, to resort to one or another of the subsidiary principles of statutory interpretation.

(3) The subsidiary principles of statutory interpretation

[64] Since a reasonable doubt not resolved by the ordinary rules of interpretation subsists in regard to the interpretation of subsection 116(2) of the *Excise Act*, that doubt will be settled by recourse to the presumption that if the taxation statute is not explicit, any reasonable uncertainty or ambiguity in the facts resulting from the lack of clarity in the statute shall favour the taxpayer: Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000), at pages 497-499. This residuary principle shall apply by way of exception in regard to taxation statutes such as the *Excise Act* that have the effect of forfeiting property since the courts will insist that a legislature that wishes to forfeit seized property and limit the enjoyment of such property must express itself very clearly to that effect. The application of this principle is particularly recommended in a case such as the instant one, in which the Court is obliged to choose between two valid interpretations of the judicial authority over forfeiture under a taxation statute, the more restrictive of which would lead to an unfair and unreasonable result for the plaintiff company. Although this fact by itself is not sufficient to dispose of the question of interpretation, it does eliminate the problem of whether the *Excise Act* includes, as a basic precept, a punitive intention or regulatory objective. I am therefore of the opinion that subsection 116(2) of the *Excise Act* must be given a generous and liberal interpretation according to which a court hearing a claim for seized things has the discretion to order the restoration of certain property that was lawfully seized, depending on the

conformité avec le cadre législatif dans lequel s'inscrit cette disposition et l'objet de la disposition, j'arrive à la conclusion que celle-ci recèle une ambiguïté. Il m'apparaît peu vraisemblable, ou du moins je ne puis conclure avec certitude, que le législateur entendait interdire de manière absolue aux tribunaux d'exercer une discrétion dans l'appréciation des faits de chaque cas et décider, par exemple, de libérer certains biens dont la possession ne contrevient en rien à la *Loi sur l'accise*. Il est donc nécessaire, dans les circonstances, de recourir à l'un ou l'autre des principes subsidiaires d'interprétation législative.

3) Les principes subsidiaires d'interprétation législative

[64] Puisqu'un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation subsiste quant à l'interprétation du paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise*, celui-ci sera résolu par le recours à la présomption selon laquelle si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable: Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999, aux pages 627 à 628. Ce principe résiduel doit s'appliquer de façon exceptionnelle à l'égard de lois fiscales telles la *Loi sur l'accise* qui ont pour effet de confisquer des biens puisque les tribunaux exigeront du législateur qui veut opérer une confiscation de biens saisis et une restriction à la jouissance de ces biens qu'il s'exprime très clairement à cet effet. Il est particulièrement indiqué d'appliquer ce principe dans un cas, comme celui en l'espèce, où la Cour est contrainte de choisir entre deux interprétations valables du pouvoir judiciaire en matière de confiscation sous le régime d'une loi fiscale dont la plus restrictive mènerait à un résultat injuste et déraisonnable pour la compagnie demanderesse. Bien que ce fait à lui seul ne suffise pas pour trancher la question d'interprétation, il écarte effectivement le problème de savoir si la *Loi sur l'accise* comporte à sa base une intention punitive ou un objectif de réglementation. Je suis donc d'avis qu'il faut donner au paragraphe 116(2) de la *Loi sur l'accise* une interprétation large et libérale en vertu de laquelle un tribunal saisi d'une demande de revendication d'objets saisis aurait discrétion d'ordonner la remise de certains

circumstances in each case.

[65] Normally, the power to order the restitution of seized property is incidental to the power to vacate the seizure: *Dobney Foundry Ltd. et al. v. R.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 465 (B.C.C.A.), at page 474. However, the cases hold increasingly that the unlawfulness of a seizure will not always entail the restitution of the property in question, particularly when such restitution would amount to indirectly acknowledging the unlawfulness of the initial possession of the seized property by the person from whom it was taken away, as for example in the case of clearly immoral, illicit or hazardous products *per se* such as narcotics, prohibited weapons, counterfeit money and other things used in the commission of certain crimes, although this possibility may not be the sole consideration: *Re Regina and Largie* (1981), 63 C.C.C. (2d) 508 (Ont. C.A.); *Lagiorgia v. Canada*, [1987] 3 F.C. 28 (C.A.), at page 32; *Vincent v. Canada (Attorney General)*, [1996] R.J.Q. 2128 (C.A.); *R. v. Henderson*, [1997] B.C.J. No. 3168 (Prov. Ct.) (QL); *R. v. Spindloe*, [2002] 5 W.W.R. 239 (Sask. C.A.). That being said, I am of the opinion that these principles governing the decision whether or not to return seized property are equally applicable under the scheme of the *Excise Act* and more particularly subsection 116(2) of the Act, independently of the validity of the seizure. As mentioned earlier, this provision seems to give this Court a discretion which in my opinion authorizes it to take into account the illegal nature of the possession of the seized property in its assessment of the facts for the purpose of determining whether it will “release or condemn the goods or thing, as the case requires”. Indeed, this discretion must be exercised judiciously in light of the public policy objectives of the *Excise Act*, one of which is of course to prevent an offender from profiting from the proceeds of the offences he has committed, in accordance with the maxim *ex turpi causa non oritur actio*.

[66] The plaintiff company acknowledges that in some cases at least the very unlawfulness of the possession of the seized property can constitute an absolute bar to its restitution. Indeed, it is the fundamentally unlawful or offence-related nature of the

biens légalement saisis, selon les circonstances de chaque espèce.

[65] Normalement, le pouvoir d'ordonner la restitution des biens saisis est incident à celui d'annuler la saisie: *Dobney Foundry Ltd. et al. v. R.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 465 (C.A.C.-B.), à la page 474. Or, la jurisprudence reconnaît de plus en plus que l'illégalité d'une saisie n'entraînera pas toujours la remise des biens en cause, notamment lorsque la remise équivaldrait à reconnaître indirectement l'illégalité de la possession initiale des biens saisis par la personne qui en a été dépossédée, comme par exemple dans le cas de produits nettement immoraux, illicites ou dangereux en soi comme les stupéfiants, les armes prohibées, l'argent contrefait et autres objets ayant servi à la commissions de certains crimes, bien que cette éventualité puisse ne pas être la seule: *Re Regina and Largie* (1981), 63 C.C.C. (2d) 508 (C.A. Ont.); *Lagiorgia c. Canada*, [1987] 3 C.F. 28 (C.A.), à la page 32; *Vincent c. Canada (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 2128 (C.A.); *R. v. Henderson*, [1997] B.C.J. n° 3168 (C. P.) (QL); *R. v. Spindloe*, [2002] 5 W.W.R. 239 (C.A. Sask.). Ceci dit, je suis d'avis que ces principes devant régir la décision de restituer ou non des biens saisis s'appliquent tout autant sous le régime de la *Loi sur l'accise* et, plus particulièrement, du paragraphe 116(2), et ce, indépendamment de la validité de la saisie. Tel que mentionné plus haut, cette disposition semble conférer à cette Cour une discrétion qui, à mon avis, l'autorise à tenir compte du caractère illégal de la possession des biens saisis dans son appréciation des faits pour fin de déterminer si elle va «libérer ou déclarer confisqués ces marchandises ou objets, selon que le cas l'exige». En effet, cette discrétion doit être exercée de façon judiciaire à la lumière des objectifs d'ordre public de la *Loi sur l'accise* dont l'un d'eux est certes d'empêcher qu'un contrevenant puisse profiter du fruit des infractions qu'il a commises, suivant la maxime *ex turpi causa non oritur actio*.

[66] La compagnie demanderesse reconnaît que, dans certains cas au moins, l'illégalité même de la possession des biens saisis peut constituer un obstacle absolu à leur restitution. En effet, c'est le caractère fondamentalement illégal ou infractionnel de la possession d'un

possession of an unpackaged, unstamped tobacco product manufactured without the licence required by the *Excise Act*, and concerning which the excise duties have not been paid in accordance with subsection 240(1), which prohibits the restitution thereof to its owner. In the case at bar, the restitution of the cigars and tobacco products cannot be justified and therefore cannot be ordered or authorized by the Court, since their possession is otherwise unlawful. The decision to condemn these offence-related goods is related not to the fact that they were used to commit an offence under the *Excise Act*, but rather to the fact that their initial possession is intrinsically unlawful. I am far from being persuaded that the lack of an absolute prohibition on the possession of cigars and tobacco products demonstrates its legal or inoffensive character: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. On the contrary, the preoccupation with the security of the Crown's revenue arising from excise duties, hallowed by an ancient doctrine of forfeiture and historical legitimacy, is clear ground in my opinion for the courts to condemn such property, albeit reluctantly. This seizure and forfeiture taxation statute is harsh, and has some requirements that are not widely known, but Parliament clearly intends to eliminate an abuse. This is the kind of deference the Court owes to Parliament, which down through the years has considered the forfeiture of such property, draconian as it may appear to be from time to time, to be a measure that it is right and necessary to retain.

[67] However, I do not wish to be taken as saying that judicial restraint in regard to the forfeiture of seized property should preclude the courts from rushing in where others might otherwise fear to tread. For example, the illegality of the possession of certain property, independently of the validity of the seizure under the *Excise Act*, is a factor that in my opinion opens the way to an important distinction between, on the one hand, the cigars and tobacco the illegality of which results from mere non-compliance with the tax provisions and the non-payment of the revenue taxes imposed by regulation and, on the other hand, the materials and equipment used in their manufacture that are not prohibited in themselves, are innocent in themselves, and whose possession is otherwise lawful. In ordering that the latter

produit de tabac non emballé, non estampillé, fabriqué sans être muni de la licence requise par la *Loi sur l'accise*, et concernant lequel les droits d'accise n'ont pas été payés conformément au paragraphe 240(1) qui en interdit la restitution à son propriétaire. En l'espèce, la restitution des cigares et des produits de tabac ne saurait être justifiée et donc ne peut être ordonnée ou autorisée par la Cour car leur possession serait autrement illégale. La décision de déclarer ces biens infractionnels confisqués n'est pas liée au fait qu'ils ont été utilisés pour commettre une infraction à la *Loi sur l'accise*, mais bien au fait que leur possession initiale est intrinsèquement illégale. Je suis loin d'être convaincu que l'absence de prohibition absolue de la possession des cigares et produits de tabac en démontre son caractère légal ou inoffensif: voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur Général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Au contraire, le souci de protéger les recettes réalisées au profit de Sa Majesté grâce aux droits d'accise, qui est consacré par une ancienne doctrine de confiscation et une légitimité historique, mérite bien, à mon avis, que les tribunaux déclarent de tels biens confisqués, même si c'est à regret. Cette loi fiscale de saisie et de confiscation est sévère et a des exigences que peu connaissent, mais le législateur veut clairement détruire un abus. C'est le genre de respect que cette Cour doit au législateur qui a estimé au fil des ans qu'aussi radicale qu'elle puisse sembler à l'occasion, la confiscation de tels biens est une mesure qu'il est bon et nécessaire de conserver.

[67] Toutefois, je ne voudrais pas que l'on interprète ces propos comme signifiant que la retenue judiciaire en matière de confiscation de biens saisis devrait empêcher les tribunaux de s'aventurer dans un domaine où d'autres craindraient de s'engager. Ainsi, le caractère illégal de la possession de certains biens, indépendamment de la validité de la saisie aux yeux de la *Loi sur l'accise*, est un élément qui, à mon avis, donne ouverture à une distinction importante entre, d'une part, les cigares et le tabac dont l'illégalité découle du simple non respect des dispositions fiscales et le non-paiement des droits fiscaux imposés par règlement et, d'autre part, le matériel et l'équipement ayant servi à leur fabrication qui sont non interdits en eux-mêmes, innocents en soi, et dont la possession est autrement légale. En ordonnant

be restored to their owner, the court would not be putting that owner in a position that is contrary to the *Excise Act*. It would be erroneous, in my opinion, or at least incongruous, considering the intended purpose of the *Excise Act*, to hold that the mere fact that such property was used to commit an offence under the *Excise Act* absolutely requires that the Court condemn it without being given an opportunity to assess all the facts surrounding its seizure. Rather, proof of the unlawfulness of the possession of the seized property constitutes in my opinion a restrictive consideration of public policy and public interest which requires that the property be condemned by a court just as the absence of illegality of the possession seems to me to constitute an exceptional circumstance authorizing the court to release it, at its discretion, under the *Excise Act*.

[68] I need not determine here all the situations in which a court might exercise its discretion and order the restitution of certain property. In the case at bar, the fact that the possession of the materials and equipment used in the manufacture of the cigars in contravention of the *Excise Act* can at no time be unlawful is a factor that this Court may consider in deciding whether it will order the property released or condemned. The mere possibility that these things may, on the one hand, enable the plaintiff company to obtain the manufacturing licence and operate in complete legality and, on the other hand, be resealed after their restitution should they again be used to commit offences under the *Excise Act* is an argument in my opinion in favour of their restitution. Furthermore, the fact that the plaintiffs Dino Orsini and Ian Orsini were successful in their defence of error of law in the criminal prosecutions brought against them and that they were at all times innocent and morally blameless, combined with the questionable conduct of the RCMP officers prior to the seizure and subsequently during the processing of the licence application, likewise argues in favour of the restitution of the materials and equipment that were seized in this case.

[69] There is at present no possibility that the plaintiff company, if such was ever its intention, can continue to manufacture cigars in its premises after procuring the

que ces derniers soient restitués à leur propriétaire, un tribunal ne remettrait pas celui-ci dans une position qui serait contraire à la *Loi sur l'accise*. Il serait erroné, à mon avis, ou du moins incongru, considérant l'objectif visé par la *Loi sur l'accise*, de conclure que le simple fait que ces biens ont été utilisés pour commettre une infraction à la *Loi sur l'accise* exige absolument que la Cour les déclare confisqués, sans que celle-ci ait l'opportunité d'apprécier tous les faits entourant leur saisie. Je suis plutôt d'avis que la preuve de l'illégalité de la possession des biens saisis me paraît constituer un motif contraignant, d'ordre et d'intérêt publics, qui exige qu'ils soient déclarés confisqués par un tribunal, tout autant que l'absence d'illégalité de la possession me paraît constituer une circonstance exceptionnelle autorisant le tribunal à les libérer, à sa discrétion, en vertu de la *Loi sur l'accise*.

[68] Je n'ai pas à décider ici de toutes les situations où un tribunal pourrait exercer sa discrétion et ordonner la remise de certains biens. En l'espèce, le fait que la possession du matériel et de l'équipement ayant servi à la fabrication des cigares en contravention de la *Loi sur l'accise* ne peut, à aucun moment, être illégal est un élément que cette Cour peut prendre en considération pour décider si elle ordonnera qu'ils soient libérés ou déclarés confisqués. La simple possibilité que ces objets puissent, d'une part, permettre à la compagnie demanderesse d'obtenir la licence de fabrication et opérer en toute légalité et, d'autre part, être ressaisis après leur restitution dans l'éventualité où ils sont employés de nouveau pour commettre des infractions à la *Loi sur l'accise* milite, à mon avis, en faveur de leur restitution. De plus, le fait que les demandeurs Dino Orsini et Ian Orsini ont bénéficié d'une défense d'erreur de droit dans le cadre des poursuites criminelles intentées contre eux et qu'ils ont, à tout moment, été de bonne foi et moralement sans reproche, conjugué au comportement discutable des agents de la GRC avant la saisie et subséquemment lors du traitement de la demande de licence, militent également en faveur de la remise du matériel et de l'équipement saisi en l'espèce.

[69] Il n'y a présentement aucune possibilité que la compagnie demanderesse, si jamais telle était son intention, puisse continuer à fabriquer des cigares dans

federal manufacturing licence required by the *Excise Act*. Irrespective of the strict construction of the *Excise Act* that the aforesaid decisions may have provided, I think it is important in this case that the materials and equipment be returned to the plaintiff company; otherwise, how could it take the appropriate steps to obtain the manufacturing licence which it is still being denied? Accordingly, the special circumstances disclosed by the evidence prompt me to allow the request of the plaintiff company. It would therefore be appropriate and just, bearing in mind the spirit of the *Excise Act*, to order the restitution of all the materials and equipment used in the manufacture of the plaintiff company's cigars, although they were forfeited as of right and lawfully seized.

[70] Without attempting to probe the innermost thoughts of Parliament, it seems to me, on the contrary, that such a generous and liberal interpretation of the judicial authority in matters of forfeiture would thereby give subsection 116(2) a meaning that adequately allows the achievement of the obvious purpose of the *Excise Act*, while not unduly discriminating against the individual. I am far from convinced that the exercise of discretion on a forfeiture by a court hearing a claim for seized property would have the harmful effects Parliament sought to avoid. I think instead that this Court, in redefining the legislative policy underlying the *Excise Act*, is establishing a correct balance between the private rights of individuals not to be unjustifiably deprived of the enjoyment of their property and Parliament's interest in imposing excise taxes as an instrument for the control and regulation of the distribution and consumption of tobacco products and ensuring the protection of the Crown's tax revenues through the forfeiture mechanism.

[71] To conclude, I want to restate some of the comments I made at the hearing. I have difficulty understanding the attitude of the members of the RCMP and the other departments concerned in this case. The record shows that we have here an honest businessman who starts up a legitimate business with the assistance of a management consultant who clearly had no

son établissement après s'être procurée la licence fédérale de fabrication exigée par la *Loi sur l'accise*. Quelle que soit l'interprétation stricte de la *Loi sur l'accise* qu'aient pu donner les décisions précitées, je crois qu'il importe en l'espèce que le matériel et l'équipement soit remis à la compagnie demanderesse; autrement, comment pourrait-elle prendre les mesures appropriées pour obtenir la licence de fabrication qui lui est toujours refusée? Ainsi, les circonstances particulières révélées par la preuve m'incitent à faire droit à la requête de la compagnie demanderesse. Il serait donc convenable et juste, considérant l'esprit de la *Loi sur l'accise*, d'ordonner la restitution de tout le matériel et l'équipement ayant servi à la fabrication des cigares à la compagnie demanderesse, même s'ils étaient confisqués de plein droit et saisis légalement.

[70] Sans sonder les reins et le cœur du législateur, il me paraît, au contraire, qu'une telle interprétation large et libérale du pouvoir judiciaire en matière de confiscation donnerait ainsi un sens au paragraphe 116(2) qui permette amplement la réalisation de l'objet manifeste de la *Loi sur l'accise* tout en ne défavorisant pas indûment le particulier. Je suis loin d'être convaincu que l'exercice d'une discrétion en matière de confiscation par un tribunal saisi d'une demande de revendication de biens saisis produirait des effets néfastes que le législateur a voulu éviter. J'estime plutôt que cette Cour, en redéfinissant la politique législative sous-jacente de la *Loi sur l'accise*, établit un bon équilibre entre les droits privés des particuliers de ne pas se faire priver indûment de la jouissance de leurs biens et l'intérêt du législateur d'imposer des droits d'accise comme instrument de contrôle et de réglementation de la distribution et de la consommation des produits du tabac et d'assurer la protection des recettes fiscales au profit de Sa Majesté par le biais du mécanisme de la confiscation.

[71] Pour terminer, je désire reprendre certains commentaires que j'ai émis à l'audience. Je comprends difficilement l'attitude des membres de la GRC et des autres services concernés dans ce dossier. Voilà selon la preuve un honnête homme d'affaires qui lance une entreprise légitime à l'aide d'un conseiller en gestion qui manifestement n'avait aucune connaissance dans le

knowledge in this field. He informs the RCMP officials of his project and, through his consultant, seeks the assistance and advice of the officials, which is not unknown to the RCMP, since in the summer of 1998, when the business is preparing to start up, he is placed under surveillance. He is never notified that he does not have the manufacturing licence he needs to operate, which, I am convinced, would have prevented Dino Orsini from committing an offence, especially since he had all the other permits and licences required by law and was remitting all the provincial and federal taxes he thought were required. Instead, he is left to invest substantially in his project and, once he opens his business to the public before the Holiday season, all the materials, equipment and goods are seized and his business is shut down.

[72] Once he realized the unlawful nature of his undertaking, on December 18, 1998, Dino Orsini applied for a federal licence, and five months later it was refused on grounds of public policy. He was told that this decision would be reviewed once the criminal proceedings had been concluded. Notwithstanding the stay of the proceedings owing to the error in law resulting from the opinion solicited from a person in authority, he was still refused the licence on the ground that his business no longer had the equipment or materials used in the manufacture of cigars and thus did not meet the requirements of the *Excise Act*. If the aim was to frustrate completely the sale and illegal manufacture of imitation Cuban cigars in Montréal, there was no need to wait until Mr. Orsini, in good faith, committed an offence in order to so inform him, especially since this was not a case of some smuggler circumventing the law but of an honest citizen trying to comply with it by operating his business with complete openness. This was, to say the least, a questionable, if not reprehensible, way to proceed.

Conclusion

[73] For these reasons, I am therefore of the opinion that the plaintiff company's action in claim should be allowed in part. Accordingly, I declare forfeited to the Crown and condemn all of the tobacco products seized

domaine. Il informe les fonctionnaires de la GRC de son projet et sollicite par l'intermédiaire de son conseiller l'aide et les conseils des fonctionnaires, ce que n'ignore pas la GRC puisque dès l'été 1998, alors que l'entreprise se prépare à démarrer, on le surveille. Jamais on ne l'avise qu'il n'a pas la licence de fabrication nécessaire pour opérer, ce qui, j'en suis convaincu, aurait empêché Dino Orsini de commettre une infraction, d'autant plus qu'il possédait tous les autres permis et licences requis par la loi et faisait remise de toutes les taxes provinciales et fédérales qu'il croyait exigées. On le laisse plutôt investir considérablement dans son projet et dès qu'il ouvre son commerce au public avant les Fêtes, on l'arrête, on saisit tout le matériel, l'équipement et les marchandises, et on ferme son entreprise.

[72] Dès qu'il réalise l'illégalité de son entreprise, le 18 décembre 1998, Dino Orsini fait une demande de licence fédérale et on la lui refuse cinq mois plus tard pour des motifs d'intérêt public. On lui indique que cette décision ferait l'objet d'une révision dès que les poursuites pénales connaîtraient leur dénouement. Malgré l'arrêt des procédures en raison de l'erreur de droit provoquée par l'avis sollicité d'une personne en autorité, on lui refuse toujours de délivrer la licence au motif que son commerce ne possède plus d'équipement ou de matériel pouvant servir à la fabrication de cigares et donc qu'il ne remplit pas les exigences de la *Loi sur l'accise*. Si on tenait absolument à contrecarrer la vente et la fabrication illégale de faux cigares cubains à Montréal, on n'avait pas à attendre que M. Orsini commette de bonne foi une infraction pour le lui dire, d'autant plus qu'il ne s'agissait pas en l'instance d'un contrebandier qui contourne la loi, mais d'un honnête citoyen qui cherche à la respecter en opérant son entreprise avec une totale transparence. Il s'agit d'une façon de procéder répréhensible ou pour le moins discutable.

Dispositif

[73] Pour ces motifs, je suis donc d'avis de faire droit à l'action en revendication de la compagnie demanderesse en partie. Ainsi, je déclare confisqués au profit de Sa Majesté tous les produits de tabac saisis le

on December 17, 1998 with the exception of the following products, which shall be restored to the plaintiff company forthwith. These will be identified as they appear on the "Schedule of Property Seized":

Item no.	Quantity	Item seized
35A	15	Boxes for moulding cigars, 42 x 5.5, Excluding cigars
36A	5	Boxes for moulding cigars, 42 x 6, Excluding cigars
37A	2	Boxes for moulding cigars, 44 x 5.5, Excluding cigars
38A	4	Boxes for moulding cigars, 44 x 7, Excluding cigars
39A	1	Cedar box, Excluding cigars
1B	1	Hand-crafted wooden tobacco press
2B	1	Hand-crafted wooden tobacco press
3B	1	Hand-crafted wooden tobacco press
4B	243	Boxes for cigar moulds (empty, varied sizes)
5B		Equipment for manufacture of cigars (5 cutting-knives, blades)
8B	4	4 work tables used to manufacture cigars
9B	1	Hand-crafted trestle used to spread out tobacco leaves
11B		Provincial tobacco sales permit (photocopy)
1C	106	Boxes for cigar moulds (empty)
2C	1	1 Duracraft humidifier
14C	2	Weights for tobacco presses

[74] In view of the circumstances, there will be no award as to costs.

17 décembre 1998 à l'exception des produits suivants qui devront être restitués à la compagnie demanderesse. Ces derniers seront identifiés tels qu'ils apparaissent sur la «Liste des effets saisis»:

Numéro d'article	Quantité	Article saisi
35A	15	Boîtes pour mouler cigares, 42 x 5.5, Excluant les cigares
36A	5	Boîtes pour mouler cigares, 42 x 6, Excluant les cigares
37A	2	Boîtes pour mouler cigares, 44 x 5.5, Excluant les cigares
38A	4	Boîtes pour mouler cigares, 44 x 7, Excluant les cigares
39A	1	Boîte en cèdre, Excluant les cigares
1B	1	Presse à tabac artisanale en bois
2B	1	Presse à tabac artisanale en bois
3B	1	Presse à tabac artisanale en bois
4B	243	Boîtes pour moule à cigares (vide, grandeurs variés)
5B		Équipement pour fabrication de cigares (5 hachoirs, lames)
8B	4	4 tables de travail servant à fabriquer des cigares
9B	1	Chevalet artisanal servant à étendre les feuilles de tabac
11B		Permis provincial (photocopie) de vente de tabac
1C	106	Boîtes pour moule à cigares (vide)
2C	1	1 Humidificateur Duracraft
14C	2	Pesées pour presse à tabac

[74] Compte tenu des circonstances, il n'y aura pas d'adjudication quant aux dépens.

T-1313-99
2002 FCT 994

T-1313-99
2002 CFPI 994

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (Applicant)

v.

Atomic Energy Control Board and Cogema Resources Inc. (Respondents)

INDEXED AS: INTER-CHURCH URANIUM COMMITTEE EDUCATIONAL CO-OPERATIVE v. CANADA (ATOMIC ENERGY CONTROL BOARD) (T.D.)

Trial Division, Campbell J.—Saskatoon, September 12; Ottawa, September 23, 2002.

Environment — Uranium mining project approved under Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order (EARPGO) in 1993 — Environmental assessment now triggered by provisions of Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), which came into force in 1995 with respect to most recent operating licence granted by Atomic Energy Control Board for continuing development of project — Interpretation of CEAA, s. 74 transitional provisions — Nothing in wording of CEAA, s. 74 to support interpretation that proposals begun under EARPGO grandfathered from application of CEAA — Present case dealing not with “proposed construction” but “proposed operation” of mill — Each stage of project in fact, law new “project” as defined in CEAA, s. 2(1), requiring, by CEAA, s. 5(1)(d), environmental assessment before licence issued — Since application of Exclusion List Regulations, s. 2, Sch. I has not been determined, no ground to conclude s. 2, Sch. I engaged to exclude project from application of CEAA — In public interest that Court exercise discretion to quash licence.

The McClean Lake Uranium Mining Project was approved under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO) as environmentally viable by the federal government in 1993. The project moved forward under the regulatory licensing supervision of the Atomic Energy Control Board (AECB).

The AECB has issued several licences for the McLean Lake Project to approve its staged progress. Construction

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (demanderesse)

c.

Commission de contrôle de l'énergie atomique et Cogema Resources Inc. (défenderesses)

RÉPERTORIÉ: INTER-CHURCH URANIUM COMMITTEE EDUCATIONAL CO-OPERATIVE c. CANADA (COMMISSION DE CONTRÔLE DE L'ÉNERGIE ATOMIQUE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Campbell—Saskatoon, 12 septembre; Ottawa, 23 septembre 2002.

Environnement — Projet de mine d'uranium approuvé en 1993 en vertu du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (le Décret sur les lignes directrices) — Évaluation environnementale aujourd'hui déclenchée par les dispositions de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE), qui est entrée en vigueur en 1995 à l'égard de la licence d'exploitation la plus récente accordée par la Commission de contrôle de l'énergie atomique pour la poursuite du développement du projet — Interprétation des dispositions transitoires de l'art. 74 de la LCEE — Le texte de l'art. 74 ne permet nullement d'affirmer que des propositions commencées en vertu du Décret sur les lignes directrices sont soustraites à l'application de la LCEE — Le cas présent ne concerne pas le «projet de construction», mais le «projet d'exploitation» du broyeur — Chaque étape du projet est, en fait et en droit, un nouveau «projet» au sens de l'art. 2(1) de la LCEE, un projet qui requiert, en vertu de l'art. 5(1)d), une évaluation environnementale avant qu'une licence ne soit délivrée — Puisque l'application du Règlement sur la liste d'exclusion, art. 2, annexe I, n'a pas été déterminée, il n'y a pas lieu de conclure que l'art. 2, annexe I, a pour effet de soustraire le projet à l'application de la LCEE — Il est dans l'intérêt public que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'annulation de la licence.

Le Projet de mine d'uranium du lac McClean a été approuvé en tant que projet viable sur le plan environnemental par le gouvernement fédéral en 1993, en vertu du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le Décret sur les lignes directrices). Le projet est allé de l'avant à la faveur de licences délivrées par la Commission de contrôle de l'énergie atomique (la CCEA).

La CCEA a délivré pour le Projet du lac McClean plusieurs licences approuvant ses diverses étapes. Des licences

licences were issued in 1994 and 1995, and operating licences began to be issued in 1996. In this application for judicial review, the applicant sought an order to quash the AECB's June 17, 1999 decision to issue a licence to operate a mill with respect to the McLean Lake Project JEB open pit mine (the JEB mill) and the related Tailings Management Facility (the TMF), on the basis that an environmental assessment was triggered with respect to a most recent licence granted by the AECB by the provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA), which came into force in 1995, after the licensing process was well under way. The environmental concern was with the scientific integrity of the now implemented plan for the containment of tailings produced from the mining of uranium in the McLean Lake Project as well as other projects in the area. The AECB was of the opinion that CEAA did not apply in this instance because the project had been previously assessed and approved under EARPGO. The legal question was whether CEAA applied to the McLean Lake Project. The relief claimed was an order quashing the licence and an order requiring the AECB to fulfill its statutory duty to comply with CEAA and related regulations now in place.

Held, the application should be allowed in part: the licence should be quashed but no *mandamus* should issue.

The interpretation of CEAA and Regulations was a question of law, and the standard of review on these questions was correctness. The licence to operate the JEB mill and the TMF, issued by the AECB pursuant to Uranium Mining Regulations, triggered the provisions of the CEAA Regulations requiring an environmental assessment under the provisions of the CEAA. Since an environmental assessment was not conducted before the licence issued, the AECB did not have jurisdiction to issue the licence.

CEAA came into force in January 1995, and replaced EARPGO. The relevant transitional provisions of CEAA are found in section 74. There was nothing ambiguous about the plain wording of the English version of subsection 74(1), and there was no meaningful difference between the English and French versions. There was absolutely nothing in the wording of section 74 to support the interpretation that proposals begun under EARPGO were grandfathered from the application of CEAA. The interpretation of section 74 must be limited to its stated purpose, that is, to supply an orderly transition from the application of one environmental protection regime (EARPGO) to the application of another (CEAA) with respect

de construction ont été délivrées en 1994 et 1995, et des licences d'exploitation ont commencé d'être délivrées en 1996. Dans cette demande de contrôle judiciaire, la demanderesse voulait que soit rendue une ordonnance annulant la décision de la CCEA du 17 juin 1999 de délivrer une licence pour l'exploitation d'un broyeur à la mine à ciel ouvert JEB du Projet du lac McLean (le broyeur JEB), et l'exploitation de l'installation connexe de gestion des résidus (l'IGR), au motif qu'une évaluation environnementale devait, à l'égard d'une licence tout récemment accordée par la CCEA, avoir lieu selon la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (la LCEE), entrée en vigueur en 1995, bien après la mise en route du processus des formalités de licence. La préoccupation environnementale se rapportait à l'intégrité scientifique du plan alors appliqué pour le confinement des résidus produits par les travaux d'extraction d'uranium dans le Projet du lac McLean, ainsi que dans d'autres projets de la région. La CCEA était d'avis que la LCEE ne s'appliquait pas dans ce cas parce que le projet avait déjà été évalué et approuvé en vertu du Décret sur les lignes directrices. Le point de droit à décider était de savoir si la LCEE s'appliquait au Projet du lac McLean. Le redressement demandé était une ordonnance annulant la licence, et une ordonnance enjoignant la CCEA de se plier à son obligation de conformité à la Loi et aux règlements connexes aujourd'hui en vigueur.

Jugement: la demande doit être accueillie en partie; la licence doit être annulée, mais il n'y a pas lieu de rendre une ordonnance de *mandamus*.

L'interprétation de la LCEE et de ses règlements était une question de droit, et la norme de contrôle à appliquer aux questions de droit était la norme de la décision correcte. La licence d'exploitation du broyeur JEB et de l'IGR, une licence délivrée par la CCEA conformément au Règlement sur les mines d'uranium, a déclenché l'application des dispositions des règlements d'application de la LCEE qui exigent une évaluation environnementale selon ce que prévoit la LCEE. Puisqu'une évaluation environnementale n'a pas eu lieu avant que la licence ne soit délivrée, la CCEA n'avait pas compétence pour délivrer la licence.

La LCEE, qui est entrée en vigueur en janvier 1995, remplaçait le Décret sur les lignes directrices. Les dispositions transitoires applicables de la LCEE se trouvent à l'article 74. Il n'y avait rien d'ambigu dans le texte de la version anglaise du paragraphe 74(1), et il n'y avait aucune différence véritable entre la version anglaise et la version française. Il n'y avait absolument rien dans le texte de l'article 74 qui permettait d'affirmer que les propositions commencées en vertu du Décret sur les lignes directrices étaient soustraites à l'application de la LCEE. L'interprétation de l'article 74 devait se limiter à son objet déclaré, qui était d'assurer une transition ordonnée entre l'application d'un régime de

to a given ongoing project.

The McLean Lake Project was a “project” within the meaning of CEAA, subject to environmental review. Each stage of the project was, in fact and law, a new “project” as that term was defined in subsection 2(1) of CEAA, which, by paragraph 5(1)(d), requires an environmental assessment before a licence is issued.

The question was raised as to whether the project was exempted from the assessment requirements of CEAA by application of section 2, Schedule I of the *Exclusion List Regulations*. First, it has not been determined, as is required by that provision, that environmental effects are insignificant. Such a determination is the responsibility of the AECB, not of the Court. Secondly, such a determination which would allow a judicial review on a standard to be determined, has not been made. As a result, since the application of section 2, Schedule I has not been determined, there was no ground to conclude that that provision was engaged to exclude the project from the application of CEAA.

Thus, having found no impediment to the application of CEAA, the issuance of the licence under review triggered at least an environmental assessment under paragraph 5(1)(d) of CEAA, and since an environmental assessment was not conducted before the licence issued, the AECB did not have jurisdiction to issue the licence.

There was no blame to lay against the applicant with respect to delay. The AECB knew that there was a legal question outstanding with respect to the application of CEAA, it made a determination on this question before the issuance of the licence which was found to be wrong in law, and it was not now open to it to complain that it was being held accountable.

It was argued that to quash the licence would seriously impair operations of the McLean Lake Project, and impose significant immediate human and economic costs. However, to not allow the application of CEAA to run its course would be to curb much needed public scrutiny of a highly contentious aspect of the McLean Lake Project. It was in the public interest for the Court to exercise its discretion to quash the licence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 2(1) “project”, 4 (as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 1), 5, 74.

protection environnementale (le Décret sur les lignes directrices) et l’application d’un autre régime (la LCEE) au regard d’un projet donné.

Le Projet du lac McLean était un «projet» au sens de la LCEE, un projet soumis à évaluation environnementale. Chaque étape du projet était, en fait et en droit, un nouveau «projet», selon la définition donnée à ce mot par le paragraphe 2(1) de la LCEE, un projet qui, en vertu de l’alinéa 5(1)d), requiert une évaluation environnementale avant qu’une licence ne soit délivrée.

S’est posée la question de savoir si le projet était soustrait aux exigences d’évaluation prévues par la LCEE, en raison de l’application de l’article 2, annexe I, du *Règlement sur la liste d’exclusion*. D’abord, il n’a pas été déterminé, ainsi que le requiert cette disposition, que les effets environnementaux sont négligeables. C’est à la CCEA, et non à la Cour, qu’il appartient de tirer une telle conclusion. Deuxièmement, une telle conclusion, qui autoriserait un contrôle judiciaire selon une norme à déterminer, n’a pas été tirée. En conséquence, puisque l’application de l’article 2, annexe I, n’a pas été déterminée, il n’y avait pas lieu de conclure que l’article 2 avait pour effet de soustraire le projet à l’application de la LCEE.

Comme la Cour n’a trouvé aucun obstacle à l’application de la LCEE, la délivrance de la licence contestée appelait à tout le moins une évaluation environnementale selon l’alinéa 5(1)d) de la LCEE, et, puisqu’il n’y avait pas eu d’évaluation environnementale avant que la licence ne soit délivrée, la CCEA n’avait pas compétence pour délivrer la licence.

Il était impossible de blâmer la demanderesse pour son intervention tardive. La CCEA savait que l’application de la LCEE soulevait un point de droit, elle a décidé ce point de droit avant de délivrer la licence, ce qui a été jugé non conforme au droit, et elle ne pouvait dès lors se plaindre de devoir rendre des comptes.

On a fait valoir que l’annulation de la licence entraverait sérieusement les activités du Projet du lac McLean et imposerait des coûts économiques et humains immédiats importants. Cependant, ne pas laisser l’application de la LCEE suivre son cours eût été faire obstacle à l’examen public indispensable d’un aspect très contesté du Projet du lac McLean. Il était dans l’intérêt public que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d’annuler la licence.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement, DORS/84-467.

Comprehensive Study List Regulations, SOR/94-638, s. 19(b).

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Exclusion List Regulations, SOR/94-639, Sch. 1, s. 2.

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 2(1) «projet» (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18), 4 (mod., *idem*, art. 19; 1994, ch. 46, art. 1), 5, 74.

Règlement sur la liste d'étude approfondie, DORS/94-638, art. 19b).

Règlement sur la liste d'exclusion, DORS/94-639, ann. 1, art. 2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Société pour vaincre la pollution v. Canada (Minister of the Environment) (1996), 136 D.L.R. (4th) 747; 22 C.E.L.R. (N.S.) 64; 114 F.T.R. 213 (F.C.T.D.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 177; 145 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); aff'd (2001), 37 C.L.L.R. (N.S.) 182; 270 N.R. 145 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review seeking an order quashing a licence granted by the Atomic Energy Control Board without conducting an environmental assessment under the CEEA which came into force after the licensing process was well under way, and an order requiring the Board to fulfill its statutory duty. Application allowed in part: the licence was quashed, but no *mandamus* will issue.

APPEARANCES:

Stefania A. Fortugno for applicant.
Kirk N. Lambrecht, Q.C. for respondent Atomic Energy Control Board.
Robert G. Richards, Q.C. for respondent Cogema Resources Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

Fortugno Law Office, Saskatoon, Saskatchewan, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Atomic Energy Control Board.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Société pour vaincre la pollution c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1996), 136 D.L.R. (4th) 747; 22 C.E.L.R. (N.S.) 64; 114 F.T.R. 213 (C.F. 1^{re} inst.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Bande indienne Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)* (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 177; 145 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2001), 37 C.L.L.R. (N.S.) 182; 270 N.R. 145 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire pour que soit rendue une ordonnance annulant une licence accordée par la Commission de contrôle de l'énergie atomique sans qu'elle ait procédé à une évaluation environnementale selon les termes de la LCEE, laquelle est entrée en vigueur bien après la mise en route du processus des formalités de licence, et pour que soit rendue une ordonnance enjoignant la Commission de se plier à son obligation de se conformer à la Loi. Demande accueillie en partie: la licence a été annulée, mais aucune ordonnance de *mandamus* n'a été rendue.

ONT COMPARU:

Stefania A. Fortugno, pour la demanderesse.
Kirk N. Lambrecht, c.r., pour la défenderesse, Commission de contrôle de l'énergie atomique.
Robert G. Richards, c.r., pour la défenderesse, Cogema Resources Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Fortugno Law Office, Saskatoon (Saskatchewan), pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse, Commission de contrôle de l'énergie atomique.

MacPherson Leslie & Tyerman LLP, Regina, Saskatchewan, for respondent Cogema Resources Inc.

MacPherson Leslie & Tyerman LLP, Regina (Saskatchewan), pour la défenderesse, Cogema Resources Inc.

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

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

[1] CAMPBELL J.: The McClean Lake Uranium Mining Project (the McClean Lake Project) in northern Saskatchewan has, since its inception in 1989, generated community and expert opposition on ethical as well as scientific grounds. The project was approved as environmentally viable by the federal government in 1993 following the completion of a public panel process under *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 (EARPGO) resulting in the project moving forward since then under the regulatory licensing supervision of the respondent, Atomic Energy Control Board (AECB).

[1] LE JUGE CAMPBELL: Le Projet de mine d'uranium du lac McClean (le Projet du lac McClean), au nord de la Saskatchewan, suscite, depuis son lancement en 1989, l'opposition de la population et des spécialistes, tant pour des raisons éthiques que pour des raisons scientifiques. Le projet a été approuvé en tant que projet viable sur le plan environnemental par le gouvernement fédéral en 1993, après l'achèvement de consultations publiques menées en vertu du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467 (le Décret sur les lignes directrices), et le projet est allé de l'avant depuis lors, à la faveur de licences délivrées par la défenderesse, la Commission de contrôle de l'énergie atomique (la CCEA).

[2] Throughout the environmental approval process under EARPGO and the subsequent licensing process, the environmental community in Saskatchewan, as represented in the present application by the applicant, Inter-Church Uranium Committee Education Co-operative (ICUCEC), has worked within the legal framework applied but has, at times, strongly objected to decisions taken to carry out the project through the licensing process.

[2] Tout au long du processus d'approbation environnementale prévu par le Décret sur les lignes directrices, ainsi que du processus ultérieur de délivrance de licences, les milieux environnementaux concernés de la Saskatchewan, représentés dans la présente demande par la demanderesse Inter-Church Uranium Committee Education Co-operative (l'ICUCEC), ont travaillé à l'intérieur du cadre juridique appliqué, mais se sont parfois énergiquement opposés aux décisions prises d'exécuter le projet à la faveur des licences délivrées.

[3] However, with this application, ICUCEC seeks to impress its concerns about the continuing development of the project by attempting to halt and break open the licensing process being applied over the last eight years by arguing that an environmental assessment is now triggered with respect to a most recent licence granted by the AECB by the provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, (CEAA), which came into force in 1995, after the licensing process was well under way.

[3] Cependant, par cette demande, l'ICUCEC cherche à bien faire comprendre les préoccupations que lui cause la poursuite de l'aménagement du projet, en tentant de stopper et de briser le processus d'autorisation appliqué au cours des huit dernières années. Elle soutient pour cela qu'une évaluation environnementale doit maintenant, à l'égard d'une licence tout récemment accordée par la CCEA, avoir lieu selon la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, (la LCEE), qui est entrée en vigueur en 1995, bien après la mise en route du processus des formalités de licence.

[4] In essence, the environmental concern that has driven the present application is with the scientific integrity of the now implemented plan for the containment of tailings produced from the mining of uranium in the McClean Lake Project as well as other projects in the area. The worry is that, if the science is insufficient, the tailings repository will be a serious environmental hazard for a very long time.

[5] The legal question which determines whether ICUCEC's attempt can succeed is: Does CEAA apply to the McClean Lake Project? For the reasons which follow I find that it does.

A. Factual background

[6] Uranium deposits were discovered at McClean Lake in 1979. In 1991, the then majority owner of the McClean Lake Project, Minatco Limited, presented a proposal for development to the AECB. The second respondent, Cogema Resources Inc. (Cogema) is the current owner of the project.

[7] The McClean Lake proposal came forward at the same time as two other uranium mine proposals. Approval to proceed with these three proposals was required from the governments of Saskatchewan and Canada. Prior to issuing these approvals, Saskatchewan and Canada structured a single process for the public review of these three proposals.

[8] Acting pursuant to EARPGO, the AECB referred the three proposals to the federal Minister of the Environment who established a panel to conduct the public review and make recommendations. Over the course of a year and a half, from October 1991 to May 1993, the EARPGO Panel (the Panel) conducted its work and in October 1993, the Panel issued its Report in respect of the three proposals.

[9] The Panel recommended that the McClean Lake proposal be delayed for at least five years and that approval at that time should be conditional on the fulfilment of 16 conditions.

[4] Essentiellement, la préoccupation environnementale à l'origine de la présente demande se rapporte à l'intégrité scientifique du plan en ce moment appliqué pour le confinement des résidus produits par les travaux d'extraction d'uranium dans le Projet du lac McClean, ainsi que dans d'autres projets de la région. La crainte est que, si la science est insuffisante, les dépôts de résidus représenteront un grave risque pour l'environnement pendant une très longue période.

[5] Le point de droit qui nous dira si l'ICUCEC peut réussir dans sa tentative est le suivant: La LCEE s'applique-t-elle au Projet du lac McClean? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'elle s'y applique.

A. Les faits

[6] Un gisement d'uranium a été découvert au lac McClean en 1979. En 1991, le propriétaire majoritaire du Projet du lac McClean à l'époque, Minatco Limited, présenta à la CCEA une proposition de mise en valeur. La deuxième défenderesse, Cogema Resources Inc. (Cogema), est l'actuelle propriétaire du projet.

[7] La proposition du lac McClean fut présentée en même temps que deux autres propositions de mise en valeur de mines d'uranium. Pour donner suite à ces trois propositions, il fallait obtenir l'approbation des gouvernements de la Saskatchewan et du Canada. Avant de donner leurs approbations, la Saskatchewan et le Canada établirent un processus unique pour l'examen public de ces trois propositions.

[8] S'autorisant du Décret sur les lignes directrices, la CCEA soumit les trois propositions au ministre fédéral de l'Environnement, lequel constitua une commission en lui demandant de procéder à l'examen public et de faire des recommandations. Au cours d'une période de 18 mois, d'octobre 1991 à mai 1993, la commission établie en vertu du Décret (la commission) s'attacha à son mandat et, en octobre 1993, elle remit son rapport concernant les trois propositions.

[9] La commission recommandait que la proposition du lac McClean soit retardée d'au moins cinq ans et que l'approbation soit à ce moment-là subordonnée au respect de 16 conditions.

[10] In December 1993, the federal government announced its response to the Report rejecting the Panel's recommendation for a five-year delay. Instead, the federal government decided that the AECB's normal licensing process could proceed within which all of the technical issues raised before the Panel could be considered with respect to the mining and milling of uranium, and the deposit of tailings.

[11] The EARPGO Panel continued in existence, and, in 1994, it was charged with public review of two further uranium mine site proposals which involved use of the McClean Lake facilities, including the milling of ore and the deposit of tailings. Together with other factors, the Panel examined these critical aspects of the McClean Lake Project, and again recommended acceptance of their design recognizing that the regulatory process would be used to assess specific issues. In 1998 this recommendation was accepted by the federal government, which decided that the new mining proposals could move to the AECB regulatory approval and licensing process.

[12] The AECB has issued several licences for the McClean Lake Project to approve its staged progress. Construction licences were issued throughout 1994 and 1995, and operating licences began to be issued in 1996. ICUCEC has been an active and vocal participant throughout the licensing process.

B. The decision under review

[13] ICUCEC brings this judicial review seeking an order to quash the AECB's June 17, 1999, decision to issue licence AECB-MFOL-170-0.5 (the licence) to operate a mill with respect to the McClean Lake Project's JEB open pit mine (the JEB mill) and the related Tailings Management Facility (the TMF).

[14] As mentioned, a primary concern of the ICUCEC is with the scientific concept being applied to the TMF.

[10] En décembre 1993, le gouvernement fédéral annonçait sa réponse au rapport, en rejetant la recommandation de la commission qui préconisait un report de cinq ans. Le gouvernement fédéral décida plutôt que la procédure habituelle de la CCEA en matière de licences irait de l'avant, procédure au cours de laquelle pourraient être examinés tous les aspects techniques soulevés devant la commission à propos de l'extraction et du broyage de l'uranium et à propos du dépôt de résidus.

[11] La commission demeura en existence et, en 1994, elle fut chargée de l'examen public de deux autres propositions de mise en valeur de mines d'uranium qui nécessitaient l'utilisation des installations du lac McClean, notamment pour le broyage du minerai et le dépôt des résidus. Outre d'autres facteurs, la commission examina ces aspects critiques du Projet du lac McClean et de nouveau recommanda l'acceptation de leur modèle, en reconnaissant que le processus réglementaire serait utilisé pour l'évaluation de points particuliers. En 1998, cette recommandation fut acceptée par le gouvernement fédéral, qui décida que les nouvelles propositions d'exploitation minière pouvaient passer au stade de l'approbation réglementaire et de la délivrance de licences de la CCEA.

[12] La CCEA a délivré pour le Projet du lac McClean plusieurs licences approuvant ses diverses étapes. Des licences de construction furent délivrées en 1994 et 1995, et des licences d'exploitation commencèrent d'être délivrées en 1996. L'ICUCEC est intervenue activement et avec énergie durant tout le processus de délivrance de licences.

B. La décision contestée

[13] Par cette demande de contrôle judiciaire, l'ICUCEC voudrait que soit rendue une ordonnance annulant la décision du 17 juin 1999 de la CCEA de délivrer la licence AECB-MFOL-170-0.5 (la licence) pour l'exploitation d'un broyeur à la mine à ciel ouvert JEB du Projet du lac McClean (le broyeur JEB), et l'exploitation de l'installation connexe de gestion des résidus (l'IGR).

[14] Comme on l'a dit, la préoccupation principale de l'ICUCEC se rapporte au concept scientifique appliqué

The TMF is based on “natural surround” technology which requires that tailings be produced and deposited in such a way that they consolidate over time to give a material with a certain hydraulic conductivity which, in effect, shields the surrounding environment from contamination.

[15] ICUCEC and other interveners made submissions to the AECB before the licence was issued demanding that a new environmental assessment be conducted in the form of a comprehensive study under CEAA prior to the issuance of an operating licence for the facilities. This argument was fuelled by strong concerns about, not only the practical aspects of the application of the “natural surround” concept in the TMF, but also the milling process to be used at the JEB mill. In its reasons for the decision to issue the licence dated June 30, 1999, the AECB stated the following:

*Views of the Board

With ongoing monitoring by the licensee and the ability of the Board to take licensing action or use other means of regulatory control, the Board believes that adequate measures are in place to protect the environment.

The Board accepts the conclusion of AECB staff that the possible effects of alpha radiation caused by the operation of the JEB mill and TMF are adequately addressed.

The Board is therefore of the view that the environmental effects of this project have received careful consideration. The Board accepts the information provided by AECB staff and CRI that the monitoring programs will identify potential environmental concerns and that effective remedial measures, including stopping the deposition of tailings, are available. The Board accepts the position of AECB staff, set out in BMD 99-53 and BMD 99-85, in particular that the intent of the Canadian Environmental Assessment Act is met. [Applicant’s application record, p. 25.]

[16] The AECB then went on to make the following finding of law which is accepted as the decision under review in the present application:

à l’IGR. L’IGR s’appuie sur la technologie du «milieu naturel», selon laquelle les résidus doivent être produits et déposés de telle manière qu’ils se consolident au fil du temps pour donner une matière présentant une certaine conductivité hydraulique, laquelle a pour effet de protéger l’environnement d’une contamination.

[15] L’ICUCEC et d’autres intervenants se sont exprimés devant la CCEA avant que la licence ne soit délivrée, en exigeant que soit effectuée en vertu de la LCEE, et avant la délivrance d’une licence d’exploitation des installations, une nouvelle évaluation environnementale prenant la forme d’une étude approfondie. Cet argument était alimenté par de sérieuses inquiétudes relatives non seulement aux aspects pratiques de l’application, à l’IGR, du concept de «milieu naturel», mais également au procédé de broyage devant être utilisé au broyeur JED. Dans ses motifs à la base de la décision de délivrer la licence en date du 30 juin 1999, la CCEA indiquait ce qui suit:

[TRADUCTION]

*Points de vue de la Commission

Avec un suivi constant de la part du titulaire de licence, et vu la possibilité pour la CCEA de prendre des mesures touchant la licence ou d’utiliser d’autres moyens de contrôle réglementaire, la CCEA croit que des mesures adéquates sont en place pour la protection de l’environnement.

La CCEA accepte la conclusion de son personnel selon laquelle les effets possibles d’une radiation alpha causée par l’exploitation du broyeur JEB et de l’IGR sont adéquatement maîtrisés.

La CCEA est donc d’avis que les effets environnementaux de ce projet ont été minutieusement examinés. Elle accepte les renseignements fournis par son personnel et par Cogema. Selon ces renseignements, les programmes de suivi permettront de repérer les problèmes environnementaux possibles, et il existe des mesures correctrices efficaces, notamment la cessation du dépôt de résidus. La CCEA accepte la position de son personnel, énoncée dans les instruments BMD 99-53 et BMD 99-85, en particulier la position selon laquelle l’esprit de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* est respecté. [Dossier de demande de la demanderesse, p. 25.]

[16] Puis la CCEA a tiré la conclusion de droit suivante, qui est acceptée dans la présente demande en tant que décision contestée:

[The AECB] accepts the staff's finding that the *Canadian Environmental Assessment Act* does not clearly speak to the question of a project that has been the subject of a Panel report and that implementation of the government response to the Panel's assessment and recommendation concerning this mining facility are considered to meet the intent of the Act and to reflect the principles of "one project—one assessment" and avoidance of duplication in environmental assessment matters. [Applicant's application record, p. 26.]

[17] Some insight into the meaning of the AECB's decision is found in the following February 4, 1999 response by Mr. Sid Gershberg, the President of the AECB, to a due process concern expressed in a November 18, 1998 letter to him from Mr. Phillip Penna of the intervener the Canadian Uranium Alliance:

Thank you for your letter regarding the Atomic Energy Control Board's (AECB) licensing action for the JEB Pit Tailings Management Facility in Northern Saskatchewan.

The AECB has indicated that the August 13, 1998 meeting was held to make a licensing determination on one portion of the tailings management facility. In order to take advantage of the limited construction season in Northern Saskatchewan, Cogema Resources Inc. (Cogema) requested the early approval for the pre-construction of the filter drain system of the facility.

The AECB was aware of the limited public involvement in this decision. To compensate for this action Cogema delayed its formal request of initial consideration for the construction of the entire tailings management facility until the fall of 1998. According to AECB staff, Cogema was given approval to proceed with this portion of work under the following conditions: 1) that the approval did not prejudice a decision on the application for construction of the entire facility and 2) if the AECB decided not to approve the facility, Cogema is required to remove all structures at the tailings management facility site at their own financial cost.

With regard to your concern that AECB did not fulfill legal requirements under the Canadian Environmental Assessment Act (the Act) during its licensing meeting, the Act did not

[TRANSLATION] [La CCEA] accepte la conclusion de son personnel selon laquelle la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* ne parle pas expressément d'un projet qui a fait l'objet du rapport d'une commission, et selon laquelle la réponse du gouvernement à l'évaluation et à la recommandation de la commission concernant cette installation minière s'accorde avec l'esprit de la loi et respecte le principe «un projet—une évaluation» et le principe de non-dédoublement dans les dossiers d'évaluation environnementale. [Dossier de demande de la demanderesse, p. 26.]

[17] On trouve des indications sur le sens de la décision de la CCEA dans la réponse suivante en date du 4 février 1999 donnée par M. Sid Gershberg, président de la CCEA, à une préoccupation touchant la régularité de la procédure que lui avait exprimée dans une lettre du 18 novembre 1998 M. Phillip Penna, représentant de l'intervenante, l'Alliance canadienne de l'uranium:

[TRANSLATION]

Merci pour votre lettre concernant la licence délivrée par la Commission de contrôle de l'énergie atomique (CCEA) pour l'installation JEB de gestion des résidus, au nord de la Saskatchewan.

La CCEA a indiqué que la réunion du 13 août 1998 avait eu lieu pour que soit prise une décision en matière de licence à l'égard d'une partie de l'installation de gestion des rejets. Afin de profiter de la courte saison propice à la construction dans le nord de la Saskatchewan, Cogema Resources Inc. (Cogema) avait demandé l'approbation rapide des premiers travaux de construction du système de drainage et de filtration de l'installation.

La CCEA était consciente de l'intervention restreinte du public dans cette décision. Pour compenser cette mesure, Cogema a reporté à l'automne de 1998 sa demande officielle d'examen initial de la construction de l'installation tout entière de gestion des résidus. Selon le personnel de la CCEA, Cogema a obtenu l'autorisation d'aller de l'avant avec cette partie des travaux, aux conditions suivantes: 1) que l'approbation soit sans préjudice d'une décision sur la demande de construction de l'installation tout entière; et 2) si la CCEA décidait de ne pas approuver l'installation, que Cogema soit tenue d'enlever, à ses propres frais, toutes les structures se trouvant à l'emplacement de l'installation de gestion des rejets.

S'agissant de votre préoccupation selon laquelle la CCEA n'a pas, durant sa réunion touchant la licence, respecté les exigences de la Loi canadienne sur l'évaluation

apply in this instance because the project had been previously assessed and approved. The JEB Pit Tailings Management Facility was examined by the joint federal-provincial panel on uranium mining developments in Northern Saskatchewan in 1997. The panel held public hearings as a forum for members of the public to present their comments and to participate in the environmental assessment process. The federal and provincial governments approved the uranium mining project and the JEB Pit Tailings Management Facility.

I appreciate receiving your comments on this issue and trust that my response is helpful. [Applicant's application record, p. 35; emphasis added.]

[18] In the notice of application in the present case, ICUCEC challenges the decision on the following grounds:

That the application for the licence amendment AECB-MFOL-170-0.5 by Cogema Resources Inc. and the consideration of the same by the Respondent AECB pursuant to s. 8(1) of the *Atomic Energy Control Act Uranium and Thorium Mining Regulations* SOR/88-243 triggered an environmental assessment, as a result of s. 8(1) of the *Atomic Energy Control Act Uranium and Thorium Mining Regulations*, being listed in Schedule I, Part II of the *Canadian Environmental Assessment Act Law List Regulations*; [and]

That the issuance of [the Licence] triggers a comprehensive study as a result of the projects under this licence being in a class of projects described in the *Canadian Environmental Assessment Act Comprehensive Study List Regulations*.

As a result, the relief claimed is an order quashing the licence and an order requiring the AECB to fulfill its statutory duty to comply with CEEA and related regulations now in place.

[19] During the course of the oral hearing, counsel for the respondents agreed that the legal questions raised by the grounds cited in the challenge are properly before the Court. Thus, the primary issue for determination is whether the AECB correctly interpreted the law in issuing the licence.

environnementale (la Loi), je voudrais vous dire que la Loi ne s'appliquait pas dans ce cas parce que le projet avait déjà été évalué et approuvé. L'installation JEB de gestion des résidus a été examinée en 1997 par la commission mixte fédérale-provinciale sur la mise en valeur des mines d'uranium dans le nord de la Saskatchewan. La commission a tenu des audiences publiques afin de permettre au public de présenter ses observations et de participer au processus d'évaluation environnementale. Les gouvernements fédéral et provincial ont approuvé le projet d'extraction de l'uranium ainsi que l'installation JEB de gestion des résidus.

Je vous remercie de m'avoir communiqué vos commentaires sur cet aspect et j'espère que ma réponse vous sera utile. [Dossier de demande de la demanderesse, p. 35; soulignement ajouté.]

[18] Dans l'avis de demande qui nous concerne ici, l'ICUCEC conteste la décision pour les raisons suivantes:

[TRADUCTION] La demande de modification de la licence AECB-MFOL-170-0.5 présentée par Cogema Resources Inc., et l'examen de cette demande par la défenderesse, la CCEA, conformément de l'art. 8(1) du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium*, DORS/88-243, pris en vertu de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, ont déclenché la nécessité d'une évaluation environnementale, puisque ledit art. 8(1) du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium* est énuméré dans la partie II de l'annexe I du *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, un règlement pris en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*; [et]

La délivrance de [la licence] déclenche la nécessité d'une étude approfondie parce que les projets visés par cette licence font partie d'une catégorie de projets désignés dans le *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, pris en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

En conséquence, le redressement demandé est une ordonnance annulant la licence, et une ordonnance enjoignant la CCEA de se plier à son obligation de conformité à la Loi et aux règlements connexes aujourd'hui en vigueur.

[19] Au cours de l'audience, l'avocat des défenderesses a admis que la Cour est valablement saisie des points de droit soulevés dans les griefs à l'appui de la contestation. Le point principal à décider est donc de savoir si la CCEA a valablement interprété le droit lorsqu'elle a délivré la licence.

C. The results if CEAA applies to the issuance of the licence

[20] Counsel for ICUCEC clearly sets out the argument which I can do no better than quote as follows:

2. Interpretation and Application of the *CEAA* and *Regulations*

a. Standard of Review

85. The applicant submits that the standard of review to be applied to the questions raised by the applicant, concerning the interpretation and application of the provisions of the *CEAA* and the *CEAA Regulations* by the AECB, is that of correctness. The applicant relies on the decision of the Federal Court of Appeal in *Friends of the West Country Association v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* to support this submission. In that decision Rothstein J.A. wrote for the Court:

As to the interpretation of provisions of the *CEAA*, there is no applicable privative clause. The *CEAA* is a statute of general application. It is administered by a broad range of federal authorities with the power to approve or licence projects that could have adverse environmental effects. The Coast Guard has no particular expertise in interpreting the statutory requirement of the *CEAA*. The interpretation of the *CEAA* is a question of law. I agree with Gibson J. that the standard of review on these questions is correctness.

b. *Canadian Environmental Assessment Act Law List Regulations*

86. The applicant submits that the application for licence amendment AECB-MFOL-170-0.5 by the respondent Cogema to permit it to operate the JEB mill and the JEB TMF at the McLean Lake uranium mining facility in northern Saskatchewan and the consideration of the same by the respondent AECB pursuant to subsection 8(1) and section 14 of the *Atomic Energy Control Act Uranium and Thorium Mining Regulations* ("*Uranium Mining Regulations*") triggered an environmental assessment under the provisions of the *CEAA* and *Regulations*.

87. It is submitted that the starting point of the analysis is paragraph 5(1)(d) of the *CEAA* which provides:

C. Résultat obtenu si la LCEE s'applique à la délivrance de la licence

[20] L'avocat de l'ICUCEC énonce clairement l'argument, et je ne puis mieux faire que le reproduire ci-après:

[TRADUCTION]

2. Interprétation et application de la *LCEE* et de ses règlements d'application

a. Norme de contrôle

85. La demanderesse affirme que la norme de contrôle à appliquer aux questions soulevées par la demanderesse concernant l'interprétation et l'application, par la CCEA, des dispositions de la *LCEE* et de ses règlements d'application, est la norme de la décision correcte. La demanderesse invoque l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Friends of the West Country Association c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* au soutien de cet argument. Dans cet arrêt, le juge Rothstein s'est exprimé ainsi, pour la Cour:

En ce qui concerne l'interprétation des dispositions de la *LCEE*, précisons que cette Loi ne comporte aucune clause privative. La *LCEE* est une loi d'application générale. Elle est administrée par tout un ensemble d'organismes fédéraux dotés de l'autorité d'approuver ou d'autoriser des projets susceptibles d'avoir sur l'environnement des conséquences néfastes. Pour ce qui est de l'interprétation des exigences prévues par la *LCEE*, la Garde côtière ne possède aucune expertise particulière. L'interprétation de la *LCEE* est une question de droit. Je conviens avec le juge Gibson qu'en ce domaine, la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

b. Le *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, pris en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

86. Selon la demanderesse, la demande de la défenderesse Cogema pour que soit modifiée la licence AECB-MFOL-170-0.5 afin qu'elle soit autorisée à exploiter le broyeur et l'IGR de JEB à la mine d'uranium du lac McLean, dans le nord de la Saskatchewan, ainsi que l'examen de cette demande par la défenderesse, la CCEA, en conformité avec le paragraphe 8(1) et l'article 14 du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium*, pris en vertu de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, ont déclenché la nécessité d'une évaluation environnementale aux termes des dispositions de la *LCEE* et de ses règlements.

87. Selon la demanderesse, le point de départ de l'analyse est l'alinéa 5(1)d) de la *LCEE*, rédigé ainsi:

5. (1) An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority. . . .

(d) under a provision prescribed pursuant to paragraph 59(f) issues a permit or licence, grants approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part.

. . .

90. The authority for the *CEAA Law List Regulations* is subsection 59(f) of the *CEAA*, which provides:

59. The Governor in Council may make regulations. . .

(f) prescribing the provisions of any Act of Parliament of any regulation made pursuant thereto that confer powers, duties or functions on federal authorities the exercise or performance of which requires an environmental assessment under paragraph 5(1)(d).

91. Subsection 8(1) of the *Uranium Mining Regulations* is listed in Schedule I, Part II of the *CEAA Law List Regulations* as item 33(b). Subsection 8(1) of the *Uranium Mining Regulations* reads:

Subject to subsection (2), the Board, on receipt of a written application made in accordance with section 13 or 14, may issue a licence to site, construct or operate a mine or mill, as the case may be.

Section 2 of the *Uranium Mining Regulations* defines “mine” as “a uranium or thorium mine and includes any associated waste management system and all land, buildings and equipment associated therewith”. Similarly, “mill” is defined as “a uranium or thorium mill and includes any associated waste management system and all land, buildings and equipment associated therewith”. Thus, the JEB, TMF falls under the definition of both mill and mine under sub. 8(1) outlined above.

92. It is submitted that the purpose of the *Law List Regulations* is to identify projects that could have significant environmental impacts and to have them automatically referred to an environmental assessment.

93. The AECB’s authority to licence the JEB TMF and mill under licence AECB-MFOL-170-0.5 is prescribed by ss. 8 and

5. (1) L’évaluation environnementale d’un projet est effectuée avant l’exercice d’une des attributions suivantes: [. . .]

d) une autorité fédérale, aux termes d’une disposition prévue par règlement pris en vertu de l’alinéa 59f), délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

[. . .]

90. Le fondement législatif du *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées* est le paragraphe 59f) de la *LCEE*, rédigé ainsi:

59. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

f) déterminer les dispositions législatives ou réglementaires fédérales prévoyant les attributions des autorités fédérales relativement à un projet dont l’exercice rend nécessaire une évaluation environnementale en vertu de l’alinéa 5(1)d).

91. Le paragraphe 8(1) du *Règlement sur les mines d’uranium* est indiqué à l’article 33b) de la partie II de l’annexe 1 du *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignés*. Le paragraphe 8(1) du *Règlement sur les mines d’uranium* est ainsi rédigé:

Sous réserve du paragraphe (2), la Commission peut, sur réception d’une demande écrite contenant les renseignements prévus à l’article 13 ou 14, selon le cas, délivrer un permis pour choisir le site de toute mine ou usine de concentration, les construire ou les exploiter.

L’article 2 du *Règlement sur les mines d’uranium* définit «mine» comme «une mine d’uranium ou de thorium, y compris le système connexe de gestion des déchets, de même que les terrains, bâtiments et équipements reliés à ce qui précède». De même, l’expression «usine de concentration» est définie comme une «usine de concentration d’uranium ou de thorium, y compris le système connexe de gestion des déchets, de même que les terrains, bâtiments et équipements reliés à ce qui précède». Ainsi, l’installation de gestion des rejets de JEB entre dans les définitions à la fois de «usine de concentration» (ou broyeur) et de «mine», selon le paragraphe 8(1) susmentionné.

92. La demanderesse affirme que l’objet du *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées* est d’indiquer les projets qui pourraient avoir d’importants impacts environnementaux et de les soumettre automatiquement à une évaluation environnementale.

93. Le pouvoir de la CCEA d’autoriser l’IGR et le broyeur de JEB en vertu de la licence AECB-MFOL-170-0.5 est donné

14 of the *Uranium and Thorium Mining Regulations*. As a result, the AEBC has clearly triggered the provisions of the *Law List Regulations* such that an environmental assessment under paragraph 5(1)(d) of the *CEAA* is required.

94. In the recent decision of *Inverhuron & District Ratepayers's Association v. Canada (Minister of the Environment) et al.* Pelletier J. similarly held:

Paragraph 59(f) of the Act allows the Minister to designate which licensing and approval requirements by federal authorities will trigger the operation of paragraph 5(1)(d). It is common ground that approvals under the *Atomic Energy Control Act* are designated under paragraph 50(f). As a result, a Federal authority, AEBC, will issue a permit for the purpose of enabling a project to be carried out, which has the effect of triggering the *Canadian Environmental Assessment Act*.

c. The *CEAA Comprehensive Study List Regulations*

95. In the *Inverhuron* decision Pelletier J. analysed the structure of the *CEAA*. He outlined that once the *CEAA* is triggered pursuant to paragraphs 5(1)(d) and 59(f), the next issue is the type of process which must be undertaken and who is responsible for undertaking it. Pelletier J. continued:

The opening words of section (5) "An environmental assessment of a project is required. . ." do not define the type of assessment required since "environmental assessment" is defined as an assessment conducted in accordance with the Act. Section 14 contemplates that an assessment can consist of a screening or a Comprehensive Report. Section 18 provides that where a project is not on the Comprehensive Study List or the Excluded List, a screening shall be performed. The Comprehensive Study List is a regulation made pursuant to paragraph 50(d) of the Act, which permits the Governor in Council to designate projects or types of projects which require comprehensive study. Part VI of the *Comprehensive Study Regulations* deals with nuclear facilities. . . . Section 21 provides that where a project is listed on the Comprehensive Study List, a comprehensive study shall be undertaken and a Comprehensive Study Report shall be prepared and forwarded to the Minister and the Canadian Environmental Assessment Agency.

96. It is submitted that the purpose of the *Comprehensive Study List Regulations* is to designate those "projects and classes of projects that are likely to have significant adverse environmental effects" and thus require more in-depth

par les articles 8 et 14 du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium*. En conséquence, la CCEA a clairement déclenché l'application du *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, de telle sorte qu'une évaluation environnementale selon l'alinéa 5(1)(d) de la *LCEE* est requise.

94. Dans le jugement récent *Inverhuron & District Ratepayers's Association c. Canada (Ministre de l'Environnement) et autres*, le juge Pelletier s'est aussi exprimé ainsi:

L'alinéa 59f) de la Loi autorise le ministre à désigner les exigences de licence et d'approbation par les autorités fédérales qui vont entraîner l'application de l'alinéa 5(1)(d). Il n'est pas contesté que les approbations en vertu de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* sont visées par l'alinéa 50f). Par conséquent, une autorité fédérale, la CCEA, délivrera un permis en vue de la mise en œuvre d'un projet, ce qui entraîne l'application de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

c. Le *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, pris en vertu de la *LCEE*

95. Dans le jugement *Inverhuron*, le juge Pelletier a analysé la structure de la *LCEE*. Il a expliqué que, une fois que l'application de la *LCEE* est déclenchée en conformité avec les alinéas 5(1)(d) et 59f), la question suivante concerne le genre de processus qui doit être entrepris et l'instance qui est chargée de l'entreprendre. Le juge Pelletier a poursuivi:

Le paragraphe introductif de l'article 5 «L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée. . .» ne définit pas le type d'évaluation exigé, puisque le terme «évaluation environnementale» est défini comme une évaluation effectuée conformément à la Loi. L'article 14 dispose que l'évaluation peut prendre la forme d'un examen préalable ou d'une étude approfondie. L'article 18 prévoit que, dans le cas où le projet n'est pas visé dans la liste d'étude approfondie ou dans la liste d'exclusion, un examen préalable soit effectué. La liste d'étude approfondie est une liste établie par un règlement pris en vertu de l'alinéa 59d) de la Loi, disposition qui permet au gouverneur en conseil de désigner les projets ou types de projets qui exigent une étude approfondie. La partie VI du *Règlement sur la liste d'étude approfondie* traite des établissements nucléaires [. . .]. L'article 21 prévoit que, dans le cas où un projet est visé dans la liste d'étude approfondie, il faut que soit effectuée une étude approfondie et que soit établi et transmis au ministre et à l'Agence canadienne d'évaluation environnementale un rapport d'étude approfondie.

96. La demanderesse affirme que l'objet du *Règlement sur la liste d'étude approfondie* est de désigner les «projets et catégories de projets qui sont susceptibles d'avoir d'importants effets environnementaux négatifs» et qui par

assessment prior to authorization.

97. Subsection 19(b) under Part VI in the *Comprehensive Study List Regulations* states the following class of project requires a comprehensive study under *CEAA*:

19. The proposed construction, decommissioning or abandonment, or an expansion that would result in an increase in production capacity of more than 35 per cent of . . .

(b) a uranium mining facility on a site within the boundaries of an existing licensed uranium mining facility, if the proposal involves processes for milling or uranium tailings management that are not authorized under the existing licence.

98. Section 2 of the *Uranium and Thorium Mining Regulations* defines a "mining facility" as "(a) a removal site, (b) an excavation site, (c) a mine, (d) a mill, or (e) any combination of the sites or facilities referred to in paragraphs (a) to (d)." The JEB mill and TMF fall under this definition of mining facility. The JEB and TMF are therefore a mining facility constructed on the site of an existing licensed mining facility, namely, the JEB open pit mine.

99. It is submitted that the operation of the JEB mill and TMF are in the class of projects described in s.19(b) of the *Comprehensive Study List Regulations*. Clearly the JEB TMF is a project that is "likely to have significant adverse environmental effects" and thus requires more in-depth assessment prior to authorization that provided for under an environmental screening. Moreover, it is submitted that the operation phase of the JEB mill and TMF are much more likely to have significant adverse environmental effects as opposed to the construction phase of the mill or TMF. The negative environmental impacts of the wastes from the JEB mill dumped into the JEB TMF are measured in thousands of years, longer than the length of recorded human history.

100. Section 13 of the *CEAA* states:

Where a project is described in the comprehensive study list or is referred to a mediator or a review panel, notwithstanding any other Act of Parliament, no power, duty or function conferred by or under that Act or any regulation made thereunder shall be exercised or performed that would permit the project to be carried out in whole or in part unless an environmental assessment of the project has been completed and a course of action has been taken in relation to the project in accordance with paragraph 37(1)(a).

conséquent requièrent avant leur autorisation une évaluation plus approfondie.

97. L'alinéa 19b), dans la partie VI du *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, prévoit que les catégories suivantes de projets requièrent l'étude approfondie prévue par la *LCEE*:

19. Projet de construction, de désaffectation ou de fermeture, ou projet d'agrandissement qui entraînerait une augmentation de la capacité de production de plus de 35 p. 100: [. . .]

b) d'une installation d'extraction d'uranium sur un site à l'intérieur des limites d'une installation d'extraction d'uranium agréée existante, si le projet met en cause des procédés de gestion des résidus d'extraction d'uranium ou des procédés de broyage qui ne sont pas autorisés par la licence existante.

98. L'article 2 du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium* définit une «installation minière» comme «a) un site d'extraction, b) un site d'excavation, c) une mine, d) une usine de concentration (broyeur), ou e) toute combinaison de ce qui précède». Le broyeur et l'IGR de JEB entrent dans cette définition de «installation minière». Ils constituent par conséquent une installation minière construite sur le site d'une installation d'extraction d'uranium agréée existante, à savoir la mine à ciel ouvert de JEB.

99. La demanderesse affirme que l'exploitation du broyeur et de l'IGR de JEB entrent dans la catégorie des projets désignés à l'alinéa 19b) du *Règlement sur la liste d'étude approfondie*. Manifestement, l'IGR de JEB est un projet qui est «susceptible d'avoir d'importants effets environnementaux négatifs» et il requiert donc avant d'être autorisé une évaluation plus en profondeur que celle qui est prévue pour un examen préalable environnemental. Par ailleurs, la demanderesse affirme que la phase d'exploitation du broyeur et de l'IGR de JEB est bien plus susceptible d'avoir d'importants effets environnementaux négatifs que la phase de leur construction. Les impacts environnementaux négatifs des déchets du broyeur de JEB déversés dans l'IGR de JEB sont mesurés en milliers d'années, une période plus longue que la durée de l'histoire humaine connue.

100. Voici le texte de l'article 13 de la *LCEE*:

Dans le cas où le projet appartient à une catégorie visée dans la liste d'étude approfondie, ou si un examen par une commission ou un médiateur doit être effectué, malgré toute autre loi fédérale, l'exercice d'une attribution qui est prévue par cette loi ou ses règlements pour mettre en œuvre le projet en tout ou en partie est subordonné à l'achèvement de l'évaluation environnementale de celui-ci et à la prise d'une décision à son égard aux termes de l'alinéa 37(1)a).

As a result, it is submitted that the issuance of licence AECB-MFOL-170-0.5, in the absence of a comprehensive study for the JEB mill and TMF uranium mining facility, was made in contravention of section 13 of the *CEAA*.

101. It is also submitted that the AECB erred in law in issuing licence AECB-MFOL-170-0.5 without first referring the project for an environmental screening or comprehensive study as required by subsection 11(2) of the *CEAA*. The AECB ignored the prohibition outlined in sub. 11(2) of the Act which states: "A responsible authority shall not exercise any power or perform any duty or function referred to in section 5 in relation to a project unless it takes a course of action pursuant to paragraph 20(1)(a) or 37(1)(a). [Applicant's memorandum of fact and law, paras. 85-101.]

[21] I can find no error in the ICUCEC's legal argument as cited.

[22] However, assuming *CEAA* applies to the licence, I have a concern with respect to making a finding that a comprehensive study is required by application of paragraph 19(b) of the *Comprehensive Study List Regulations* [SOR/94-638]. As I understand it, paragraph 19(b) requires a precise finding of fact that there will be a 35 percent increase in capacity by the issuance of a licence before a comprehensive study is necessary. The factual point was not addressed in argument by the respondents, but I am still left with a question as to whether the fact exists; I do not believe that anything turns on the point because, as will be seen for the reasons that follow, the AECB is bound to apply the provisions of *CEAA* with respect to the issuance of the licence, which in turn will require a determination respecting the application of the *Comprehensive Study List Regulations*. Thus, ICUCEC's argument on the application of paragraph 19(b) can be made at that time.

[23] However, subject to the findings in sections D, E, and F of these reasons below, I find that the issuance of the licence under review triggers at least an environmental assessment under paragraph 5(1)(d) of *CEAA*, and since an environmental assessment was not conducted before the licence issued, the AECB did not have jurisdiction to issue the licence.

En conséquence, la demanderesse affirme que la délivrance de la licence AECB-MFOL-170-0.5, en l'absence d'une étude approfondie visant le broyeur et l'IGR de JEB et l'installation d'extraction d'uranium, a contrevenu à l'article 13 de la *LCEE*.

101. La demanderesse affirme aussi que la CCEA a commis une erreur de droit lorsqu'elle a délivré la licence AECB-MFOL-170-0.5 sans d'abord soumettre le projet à un examen préalable environnemental ou à une étude approfondie ainsi que l'exige le paragraphe 11(2) de la *LCEE*. La CCEA a ignoré l'interdiction apparaissant au paragraphe 11(2) de la Loi, ainsi rédigé: «L'autorité responsable d'un projet ne peut exercer ses attributions à l'égard de celui-ci que si elle prend une décision aux termes des alinéas 20(1)a) ou 37(1)a). [Exposé des faits et du droit de la demanderesse, par. 85 à 101.]

[21] Je ne puis trouver aucune erreur dans l'argumentation juridique susmentionnée de l'ICUCEC.

[22] Cependant, s'il est vrai que la *LCEE* s'applique à la licence, j'hésite néanmoins à conclure qu'une étude approfondie est requise en application de l'alinéa 19b) du *Règlement sur la liste d'étude approfondie* [DORS/94-638]. D'après ce que je crois comprendre, l'alinéa 19b) requiert une conclusion factuelle précise selon laquelle la délivrance d'une licence doit entraîner une augmentation de 35 p. 100 de la capacité de production avant qu'une étude approfondie ne soit nécessaire. L'aspect factuel n'a pas été abordé par les défenderesses dans leur argumentation, mais je demeure dans l'incertitude sur l'existence de ce fait; je ne crois pas que rien en dépende parce que, comme je l'expliquerai dans les motifs qui suivent, la CCEA est tenue d'appliquer les dispositions de la *LCEE* à la délivrance de la licence, ce qui nécessitera alors une décision à propos de l'application du *Règlement sur la liste d'étude approfondie*. L'argument de l'ICUCEC concernant l'application de l'alinéa 19b) pourra donc être avancé à ce moment-là.

[23] Cependant, sous réserve des conclusions apparaissant dans les sections D, E et F des motifs ci-après, je suis d'avis que la délivrance de la licence qui nous concerne ici appelle à tout le moins une évaluation environnementale selon l'alinéa 5(1)d) de la *LCEE* et que, puisqu'il n'y a pas eu évaluation environnementale avant que la licence ne soit délivrée, la CCEA n'avait pas compétence pour délivrer la licence.

D. The correct interpretation of section 74 of CEAA

1. The arguments

[24] CEAA came into force on January 19, 1995, and replaced EARPGO. Section 74 of CEAA sets out the relevant transitional provisions as follows:

74. (1) *The Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, approved by Order in Council P.C. 1984-2132 of June 21, 1984 and registered as SOR/84-467, shall continue to apply in respect of any proposal that prior to the coming into force of this section was referred to the Minister for public review and for which an Environmental Assessment Panel was established by the Minister pursuant to that Order.

(2) The Order referred to in subsection (1) shall continue to apply in respect of any proposal for which an environmental screening or initial assessment under that Order was commenced before the coming into force of this section, but where any such proposal is referred to the Minister for public review pursuant to section 20 of that Order, this Act shall thereupon apply and the Minister may refer the project to a mediator or a review panel in accordance with section 29.

(3) Where a proponent proposes to carry out, in whole or in part, a project for which an environmental screening or an initial assessment was conducted in accordance with the Order referred to in subsection (1), and

- (a) the project did not proceed after the assessment was completed,
- (b) in the case of a project that is in relation to a physical work, the proponent proposes an undertaking in relation to that work different from that proposed when the assessment was conducted,
- (c) the manner in which the project is to be carried out has subsequently changed, or
- (d) the renewal of a licence, permit, approval or other action under a prescribed provision is sought,

the responsible authority may use or permit the use of the environmental screening or initial assessment and the report thereon to whatever extent it is appropriate to do so for the purpose of complying with section 18 or 21.

(4) Where the construction or operation of a physical work or the carrying out of a physical activity was initiated before

D. L'interprétation correcte de l'article 74 de la LCEE

1. Les arguments

[24] La LCEE, qui est entrée en vigueur le 19 janvier 1995, remplaçait le Décret sur les lignes directrices. L'article 74 de la LCEE énonce comme il suit les dispositions transitoires applicables:

74. (1) *Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* approuvé par le décret C.P. 1984-2132 du 21 juin 1984 et enregistré sous le numéro DORS/84-467 continue de s'appliquer aux examens publics qui y sont visés et pour lesquels les membres de la commission d'évaluation environnementale ont été nommés sous son régime avant l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Le décret visé au paragraphe (1) continue de s'appliquer aux examens préalables ou aux évaluations initiales commencés sous son régime avant l'entrée en vigueur du présent article, jusqu'au moment où, le cas échéant, une proposition est soumise au ministre pour examen public aux termes de l'article 20 du décret, auquel cas la présente loi commence de s'appliquer et le ministre peut prendre une décision aux termes de l'article 29.

(3) Dans le cas où un promoteur propose la réalisation de tout ou partie d'un projet à l'égard duquel l'examen préalable ou l'évaluation initiale a été effectuée sous le régime du décret visé au paragraphe (1), l'autorité responsable peut utiliser le rapport de l'examen ou de l'évaluation, ou en permettre l'utilisation, dans la mesure appropriée pour l'observation des articles 18 ou 21 dans chacun des cas suivants:

- a) le projet n'a pas été réalisé après l'achèvement de l'évaluation;
- b) le promoteur d'un projet lié à un ouvrage en propose une réalisation différente de celle qui était proposée au moment de l'évaluation;
- c) les modalités de réalisation du projet sont nouvelles;
- d) la présentation d'une demande de renouvellement d'un permis, d'une licence, d'une autorisation ou d'une autre mesure en vertu d'une disposition désignée par règlement.

(4) Dans les cas où la construction ou l'exploitation d'un ouvrage ou la réalisation d'une activité concrète a été entamée

June 22, 1984, this Act shall not apply in respect of the issuance or renewal of a licence, permit, approval or other action under a prescribed provision in respect of the project unless the issuance or renewal entails a modification, decommissioning, abandonment or other alteration to the project, in whole or in part.

[25] The AECB and Cogema submit that the AECB was correct in its legal decision with respect to the issuance of the licence because the McClean Lake Project is not subject to the provisions of CEAA by operation of the transition provisions found in section 74 of CEAA; indeed, they submit that subsection 74(1) provides a complete defence to ICUCEC's challenge. The respondents argue that, in effect, subsection 74(1) applies in such a way as to make continuing environmental assessment under CEAA and its regulations unnecessary before licensing decisions are taken by the AECB with respect to the McClean Lake Project.

[26] As a practical matter, in its initial written argument in support of the present application, ICUCEC made no mention of the effect of section 74. In response, the respondents both raised the interpretation of section 74 as mentioned. As a result, ICUCEC was directed to reply to the respondents' arguments. The written and oral arguments with respect to section 74 run as follows.

a. ICUCEC's submissions in reply

[27] In reply to the raising of section 74 by the respondents, ICUCEC submits that the respondents have misinterpreted its meaning and have broadened its scope beyond its intended purpose. ICUCEC states that the aim of subsection 74(1) is to allow a panel appointed under EARPGO to continue its public review uninterrupted by the entry into force of CEAA. ICUCEC finds support for this submission in the French language version of subsection 74(1), which refers to "*examens publics*", i.e., public reviews, not the entire lifespan of a project itself.

avant le 22 juin 1984, la présente loi ne s'applique à la délivrance ou au renouvellement d'une licence, d'un permis, d'une autorisation ou à la prise d'une autre mesure en vertu d'une disposition désignée par règlement à l'égard du projet que si telle mesure entraîne la modification, la désaffectation ou la fermeture d'un ouvrage en tout ou en partie.

[25] La CCEA et Cogema font valoir que la décision de la CCEA était juridiquement valide en ce qui a trait à la délivrance de la licence parce que le Projet du lac McClean n'est pas soumis aux dispositions de la LCEE en raison des dispositions transitoires de l'article 74 de la LCEE; elles affirment en effet que le paragraphe 74(1) constitue un moyen de défense complet à l'égard de la contestation de l'ICUCEC. Les défenderesses soutiennent que le paragraphe 74(1) s'applique en effet d'une manière qui rend inutile une évaluation environnementale continue aux termes de la LCEE et de ses règlements, avant que la CCEA ne rende des décisions en matière de licences à propos du Projet du lac McClean.

[26] En réalité, dans son argumentation écrite initiale au soutien de la présente demande, l'ICUCEC ne faisait aucune mention de l'effet de l'article 74. Dans leur réponse, les défenderesses ont toutes deux soulevé l'interprétation de l'article 74 comme il est indiqué ci-dessus. En conséquence, l'ICUCEC a été invitée à répondre aux arguments des défenderesses. Les arguments écrits et oraux se rapportant à l'article 74 sont les suivants.

a. Réponse de l'ICUCEC

[27] En réponse aux arguments des défenderesses qui soulèvent l'article 74, l'ICUCEC fait valoir que les défenderesses ont mal interprété la signification de cet article et ont élargi sa portée au-delà de ce que voulait le législateur. L'ICUCEC affirme que l'objet du paragraphe 74(1) est de permettre à une commission nommée en vertu du Décret sur les lignes directrices de poursuivre son examen public sans que cet examen soit interrompu par l'entrée en vigueur de la LCEE. Au soutien de cette proposition, l'ICUCEC invoque la version française du paragraphe 74(1), qui parle d'«examens publics», et non de la durée totale d'un projet.

[28] ICUCEC submits that the English language version is ambiguous and that this ambiguity is resolved by reference to the French version.

[29] ICUCEC also argues that transitional provisions are by nature temporary and have a limited application, otherwise an absurd result would occur where the EARPGO scheme, which was repealed by CEEA, would apply through the operating lifespan of the McClean Lake Project. ICUCEC submits that Parliament could not have intended for EARPGO to apply for an additional 20 to 40 years.

b. Respondents' submission in sur-reply

[30] The AECB submits that the legislative purpose of the transitional provisions was to avoid duplicative environmental assessments and that this specific intent is expressed in sections 4 [as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 1] and 5 of CEEA.

[31] The AECB also points to this Court's decision in *Société pour vaincre la pollution v. Canada (Minister of the Environment)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 747 (F.C.T.D.) where at page 753, Justice Reed comments that EARPGO "continues to apply in cases where public review panels have been established before the coming into force of [CEEA]".

[32] The AECB submits that the wording of the French language version must be reconciled with the English language of the section, the object of section 74, and the legislation as a whole in keeping with the approach of the Supreme Court of Canada in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at pages 777-778 for interpreting bilingual federal legislation.

[33] Cogema's submissions also rely on the purpose of the transitional provisions and CEEA as a whole. Cogema submits that the English language version of subsection 74(1) is not ambiguous, and when read in context the meaning is readily ascertainable.

[28] L'ICUCEC affirme que la version anglaise est ambiguë et que cette ambiguïté est dissipée par référence à la version française.

[29] L'ICUCEC soutient aussi que les dispositions transitoires sont de nature temporaire et qu'elles ont une application restreinte, sans quoi on se trouverait devant le résultat absurde où le régime du Décret sur les lignes directrices, qui a été abrogé par la LCEE, s'appliquerait tout au long de la durée d'exploitation du Projet du lac McClean. Selon l'ICUCEC, le législateur fédéral ne voulait sûrement pas que le Décret sur les lignes directrices s'applique pendant encore 20 ou 40 ans.

b. Réplique des défenderesses

[30] Selon la CCEA, l'objet des dispositions transitoires était d'éviter des évaluations environnementales répétitives, et cette intention spécifique est exprimée dans les articles 4 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 19; 1994, ch. 46, art. 1] et 5 de la LCEE.

[31] La CCEA signale aussi le jugement rendu par la Cour dans l'affaire *Société pour vaincre la pollution c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 747 (C.F. 1^{re} inst.). À la page 753 de ce jugement, le juge Reed mentionne que «les lignes directrices continuent de s'appliquer aux cas dans lesquels la commission d'examen public a été constituée avant l'entrée en vigueur de la [LCEE]».

[32] Selon la CCEA, le texte de la version française doit être concilié avec celui de la version anglaise, avec l'objet de l'article 74 et avec le texte législatif tout entier, en accord avec l'approche adoptée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, aux pages 777 et 778, pour l'interprétation des lois fédérales bilingues.

[33] Dans ses arguments, Cogema s'appuie également sur l'objet des dispositions transitoires et sur l'ensemble de la LCEE. D'après elle, la version anglaise du paragraphe 74(1) n'est pas ambiguë et, lorsqu'il est lu dans son contexte, sa signification apparaît d'emblée.

[34] Cogema also argues that the acceptance of ICUCEC's argument would result in "serious anomalies" which could not have been intended as follows:

For example, if an EARPGO panel reported even a single day after *CEAA* came into force, a full *CEAA* environmental assessment would have to be conducted before any of the powers or duties referred to in s. 5 of *CEAA* could be exercised. That would result in an enormous waste of effort and resources. Section 74(1) was enacted to obviate that sort of duplication by providing, in effect, that a *CEAA* environmental assessment is not required in relation to a proposal which had been subjected to an EARPGO assessment by an environmental assessment panel.

On ICUCEC's reading of *CEAA*, there would have been no practical reason for an EARPGO panel to complete an environmental assessment after the enactment of *CEAA*. The report would have been immediately overtaken by the need for a *CEAA*-based assessment. That makes little sense. The better view is that Parliament intended that EARPGO environmental assessments underway when *CEAA* came into force should be completed, not just for the sake of completing them, but so that their substantive results could be applied on an ongoing basis in relation to the projects which have been reviewed. [Sur-reply of the respondent Cogema, paras. 6 - 7.]

[35] Both respondents submit that any changes that have arisen in the McClean Lake Project have not transformed it into a new project requiring a new environmental assessment. Indeed, the record indicates that the subject-matter of the licence under review, being the operation of the JEB mill and the TMF, was considered by the EARPGO panel.

[36] With respect to the relationship between the environmental and regulatory schemes, the respondents argue that environmental assessments occur as early as possible in the planning stages of a project, and as projects move into the construction phase, design evolution occurs to respond to the findings of an assessment panel and/or the environmental concerns of a regulator such as the AECB. That is, the two schemes work together to ensure environmental protection.

[34] Cogema soutient aussi que, si l'on accepte l'argument de l'ICUCEC, il en résultera les «graves anomalies» suivantes, qui ne peuvent avoir été voulues:

[TRADUCTION] Par exemple, si une commission instituée en vertu du *Décret sur les lignes directrices* (le Décret) avait présenté son rapport le lendemain de l'entrée en vigueur de la *LCEE*, une pleine évaluation environnementale aurait dû être menée selon la *LCEE* avant que l'une quelconque des attributions mentionnées dans l'art. 5 de la *LCEE* n'ait pu être exercée. Il en résulterait un gaspillage considérable d'efforts et de ressources. Le paragraphe 74(1) a été édicté pour éviter ce genre de double emploi, en prévoyant effectivement qu'une évaluation environnementale selon la *LCEE* n'est pas requise pour une proposition à l'égard de laquelle une commission d'évaluation environnementale avait effectué une évaluation aux termes du Décret.

Si on lit la *LCEE* comme le voudrait l'ICUCEC, il n'y aurait eu aucune raison pratique pour une commission instituée en vertu du Décret d'effectuer une évaluation environnementale après l'entrée en vigueur de la *LCEE*. Le rapport aurait été immédiatement dépassé par la nécessité d'une évaluation fondée sur la *LCEE*. Cela n'est guère logique. Il est plus raisonnable de croire que le législateur fédéral voulait que les évaluations environnementales entreprises en vertu du Décret et en cours au moment de l'entrée en vigueur de la *LCEE* soient achevées, et pas seulement pour le plaisir de les achever, mais pour que leurs résultats réels puissent être appliqués d'une manière permanente aux projets qui ont été examinés. [Réplique de la défenderesse Cogema, par. 6 et 7.]

[35] Selon les deux défenderesses, les modifications qui sont survenues dans le Projet du lac McClean ne l'ont pas transformé en un projet nouveau nécessitant une nouvelle évaluation environnementale. Le dossier révèle d'ailleurs que l'objet de la licence dont il s'agit ici, c'est-à-dire l'exploitation du broyeur et de l'IGR de JEB, a été examiné par la commission instituée en vertu du Décret sur les lignes directrices.

[36] S'agissant de la relation entre le régime environnemental et le régime réglementaire, les défenderesses font valoir que les évaluations environnementales se déroulent aussitôt que possible aux stades de la planification d'un projet, et à mesure que les projets passent à l'étape de la construction, leur conception évolue afin qu'ils répondent aux conclusions d'une commission d'évaluation et/ou aux préoccupations environnementales d'un organe de régulation tel que la CCEA. Plus exactement, les deux

[37] Thus, the respondents argue that, since the panel assessment under EARPGO and the regulatory decision making of the AECB have worked together with respect to the McClean Lake Project, there is no reason for a CEAA review.

2. Conclusion

[38] In my opinion, there is nothing ambiguous about the plain wording of the English version of subsection 74(1), and there is no meaningful difference between the English and French versions. I find there is absolutely nothing in the wording of section 74 to support the interpretation that proposals begun under EARPGO are grandfathered from the application of CEAA.

[39] In my opinion, the interpretation of section 74 must be limited to its stated purpose, that is, to supply an orderly transition from the application of one environmental protection regime (EARPGO) to the application of another (CEAA) with respect to a given ongoing project. A primary objective evident in section 74 is to ensure that environmental assessment work started under the forerunner regime is not lost in the application of its successor regime.

[40] With respect to the AECB's reliance on the decision in *Société pour vaincre la pollution*, I am unable to find that Justice Reed's comment quoted above goes far enough to provide useful guidance with respect to the interpretation of section 74 in the fact situation of the present case.

[41] I am also not assisted, as Cogema argues, by the fact that in *Société pour vaincre la pollution* Justice Reed refused to exercise her discretion to require a CEAA assessment to be done based on her view that there is no meaningful difference between an assessment review conducted under EARPGO and one under CEAA. As I state below in section I of these reasons, the legal obligation on the AECB is the factor that drives the result in favour of ICUCEC.

régimes se conjuguent pour assurer la protection de l'environnement.

[37] Les défenderesses soutiennent donc que, puisque l'évaluation par une commission instituée en vertu du Décret sur les lignes directrices, puis la décision administrative de la CCEA, se sont conjuguées à l'égard du Projet du lac McClean, un examen selon la LCEE n'est pas justifié.

2. Conclusion

[38] À mon avis, il n'y a rien d'ambigu dans le texte de la version anglaise du paragraphe 74(1), et il n'y a aucune différence véritable entre la version anglaise et la version française. Je crois qu'il n'y a absolument rien dans le texte de l'article 74 qui permette d'affirmer que des propositions commencées en vertu du Décret sur les lignes directrices sont soustraites à l'application de la LCEE.

[39] À mon avis, l'interprétation de l'article 74 doit se limiter à son objet déclaré, c'est-à-dire assurer une transition ordonnée entre l'application d'un régime de protection environnementale (le Décret sur les lignes directrices) et l'application d'un autre régime (la LCEE) au regard d'un projet donné. Un objectif premier évident de l'article 74 est de faire en sorte que le travail d'évaluation environnementale commencé selon le régime antérieur ne soit pas perdu dans l'application du régime qui lui succède.

[40] S'agissant de l'importance accordée par la CCEA au jugement *Société pour vaincre la pollution*, il m'est impossible d'affirmer que les propos susmentionnés du juge Reed vont assez loin pour offrir des indications utiles concernant l'interprétation de l'article 74 en ce qui concerne la présente affaire.

[41] Contrairement à ce que soutient Cogema, je ne suis pas non plus aidé par le fait que, dans le jugement *Société pour vaincre la pollution*, le juge Reed a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'exiger qu'une évaluation selon la LCEE soit effectuée au motif que selon elle, il n'y avait pas de réelle différence entre une évaluation effectuée selon le Décret sur les lignes directrices et une évaluation effectuée selon la LCEE. Comme je l'indique ci-dessous dans la section I des

[42] I interpret section 74 as follows:

By subsection 74(1), where a proposal has been referred to the Minister, and a panel has been appointed under EARPGO prior to CEAA coming into force, the panel is to go ahead and complete its work under EARPGO even though CEAA is in effect. It is important to note in this respect that there is no mention in the transition provision about what is to occur after the panel completes its work. In my opinion, since CEAA is in effect at that time, CEAA applies.

By subsection 74(2), where for a proposal only an environmental screening or initial assessment under EARPGO was started prior to CEAA coming into force, the provisions of EARPGO continue to apply, and CEAA is not engaged unless the proposal is referred to the Minister for public review under EARPGO; and from then on, the provisions of CEAA apply.

By subsection 74(3), where, for a proposal only, an environmental screening or initial assessment under EARPGO was started prior to CEAA coming into force, the provisions of EARPGO continue to apply, and CEAA is not engaged unless the proposal qualifies as a "project" under CEAA and there exists any one or more of three conditions: there has been a delay in proceeding with the proposal/project; there is an important change in the proposal/project; or a permission granted is to be renewed. Where CEAA is engaged by operation of subsection 74(3), the screening or assessment conducted under EARPGO can still be used as considered appropriate.

By subsection 74(4), for certain work in progress before June 22, 1984, and a permission is needed, or a permis-

présents motifs, l'obligation juridique de la CCEA est le facteur qui milite en faveur de la position avancée par l'ICUCEC.

[42] J'interprète ainsi l'article 74:

Selon le paragraphe 74(1), lorsqu'une proposition a été soumise au ministre et qu'une commission a été nommée en vertu du Décret sur les lignes directrices avant l'entrée en vigueur de la LCEE, la commission doit aller de l'avant et effectuer son travail selon le Décret, même si la LCEE est en vigueur. Il importe de noter à cet égard que les dispositions transitoires n'indiquent nulle part ce qui arrive après que la commission a rempli son mandat. À mon avis, puisque la LCEE est en vigueur à ce moment-là, c'est la LCEE qui est applicable.

Selon le paragraphe 74(2), lorsque, pour une proposition, seul un examen préalable ou une évaluation initiale selon le Décret sur les lignes directrices a été commencé avant l'entrée en vigueur de la LCEE, les dispositions du Décret continuent de s'appliquer, et la LCEE n'entre pas en ligne de compte à moins que la proposition ne soit renvoyée au ministre pour examen public selon le Décret; et, à partir de là, les dispositions de la LCEE sont applicables.

Selon le paragraphe 74(3), lorsque, pour une proposition, seul un examen préalable ou une évaluation initiale selon le Décret a été commencé avant l'entrée en vigueur de la LCEE, les dispositions du Décret demeurent applicables, et la LCEE n'entre pas en ligne de compte à moins que la proposition ne constitue un «projet» selon la LCEE et qu'au moins l'une des trois conditions suivantes ne soit remplie: il y a eu retard dans la mise en route de la proposition ou du projet; il y a une modification importante de la proposition ou du projet; ou une autorisation accordée doit être renouvelée. Lorsque la LCEE doit entrer en ligne de compte par l'effet du paragraphe 74(3), l'examen préalable ou l'évaluation effectuée en vertu du Décret peut quand même être utilisé si les circonstances le justifient.

Selon le paragraphe 74(4), pour certains travaux en cours avant le 22 juin 1984, si une autorisation est

sion already granted is to be renewed, CEAA is not engaged unless certain conditions apply.

[43] ICUCEC does not argue that subsection 74(3) applies in the present case. Subsection 74(4) does not apply in the present case.

[44] In my opinion, the theoretical “serious anomalies” argument posed by Cogema as cited above can be easily answered by a reasonable and practical approach to taking and judging action in the transitional phase. For example, the obligation of a responsible authority to see that a comprehensive environmental assessment is conducted with respect to a licence to issue just after a panel report is issued can be met by conducting the required assessment using the evidence and opinion then current and adding to it as needed for old or new issues concerning a project under consideration.

[45] Therefore, as I reject the respondents’ argument with respect to the correct interpretation of section 74 and essentially accept that of ICUCEC, I find there is no reason on the interpretation of section 74 not to require the application of CEAA to the issuance of the licence under review.

E. The correct interpretation of the definition of “project” in subsection 2(1) of CEAA

[46] Cogema argues that CEAA does not apply to the McClean Lake Project because it is not a “project” within the meaning of CEAA and, thus, is not subject to CEAA environmental review. To advance this argument, Cogema relies on the decision of Justice Richard (as he then was) in *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 177 (F.C.T.D.); confirmed on appeal (2001), 37 C.E.L.R. (N.S.) 182 (F.C.A.).

[47] In *Tsawwassen*, an application was brought to judicially review a decision with respect to a container

nécessaire ou si une autorisation déjà accordée doit être renouvelée, la LCEE n’entre pas en ligne de compte à moins que certaines conditions ne soient remplies.

[43] L’ICUCEC ne prétend pas ici que le paragraphe 74(3) est applicable. Le paragraphe 74(4) n’est pas applicable ici.

[44] À mon avis, on peut répondre facilement à l’argument théorique des «graves anomalies» avancé par Cogema ainsi qu’on l’a vu précédemment par une approche raisonnable et pratique en ce qui a trait à la prise de mesures et au jugement de mesures durant la phase transitoire. Ainsi, en ce qui concerne l’obligation d’une autorité responsable de veiller à ce qu’une évaluation environnementale approfondie soit effectuée à l’égard d’une licence devant être délivrée juste après la remise du rapport de la commission, l’autorité responsable peut, pour remplir cette obligation, effectuer l’évaluation requise en se servant des preuves et avis alors existants et en les complétant au besoin pour tenir compte d’aspects anciens ou nouveaux se rapportant à un projet en cours d’examen.

[45] Par conséquent, puisque je rejette l’argument des défenderesses se rapportant à la manière dont il convient d’interpréter l’article 74, et puisque j’accepte essentiellement celle de l’ICUCEC, j’estime que, vu l’interprétation de l’article 74, il n’y a aucune raison de ne pas exiger l’application de la LCEE à la délivrance de la licence dont il s’agit ici.

E. La bonne interprétation du mot «projet», au paragraphe 2(1) de la LCEE

[46] Cogema soutient que la LCEE n’est pas applicable au Projet du lac McClean parce qu’il ne s’agit pas d’un «projet» au sens de la LCEE et parce qu’il n’est donc pas soumis à un examen environnemental selon la LCEE. Au soutien de cet argument, Cogema invoque le jugement du juge Richard (tel était alors son titre) dans l’affaire *Bande indienne Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)* (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 177 (C.F. 1^{re} inst.); confirmée en appel (2001), 37 C.E.L.R. (N.S.) 182 (C.A.F.).

[47] Dans l’affaire *Tsawwassen*, la bande indienne demandait le contrôle judiciaire d’une décision se

terminal project then well under construction, with the objective of compelling an environmental assessment under CEAA. The threshold question for determination was whether the container terminal project was a “project” subject to the provisions of CEAA. In agreeing with Justice Richard’s conclusion that it was not, at paragraph 9, the Appeal Division placed stress on the word “proposed” in the definition of “project” in subsection 2(1) of CEAA as follows:

2. (1) . . .

“project” means

(a) in relation to a physical work, any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work . . . [Underlining added.]

[48] As a result, the Appeal Division agreed that, since environmental assessments must be done only of proposed construction which is still in the planning stages, the container terminal project was not a “project” within CEAA because construction was well under way.

[49] I find that *Tsawwassen* is readily distinguishable on the facts of the present case. The present case deals, not with “proposed construction”, but the “proposed operation” of the JEB mill and TMF. As the arguments of both respondents set out, the McClean Lake Project has progressed in stages since construction began in 1994. In the time period under consideration in the present case, by licence AECB-MFOL-170-0.4, on March 26, 1999, approval was given for the construction of the TMF and associated tailings and water handling systems. Approval for the operation of the JEB mill and the TMF was delayed until June 21, 1999 with the issuance of the licence under review.

[50] Thus, the most important feature which distinguishes the present situation from that considered in *Tsawwassen* is that, in the staged mining project in the present situation, progress from one stage to another is subject to licensing approval. That is, each stage of the project is, in fact and in law, a new “project” as that

rapportant à un terminal de conteneurs dont la construction était alors bien avancée, afin de forcer l’accomplissement d’une évaluation environnementale selon la LCEE. Il s’agissait de savoir si le terminal de conteneurs était un «projet» soumis aux dispositions de la LCEE. Souscrivant à la conclusion du juge Richard selon laquelle il ne s’agissait pas d’un «projet», la Section d’appel, au paragraphe 9 de ses motifs, a souligné l’importance du mot «proposition» dans la définition de «projet», au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18] de la LCEE:

2. (1) [. . .]

«projet» Réalisation—y compris l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture—d’un ouvrage, ou proposition d’exercice d’une activité concrète, [. . .]

[48] En conséquence, la Section d’appel a reconnu que, puisque les évaluations environnementales devaient être effectuées uniquement à l’égard d’une proposition qui est encore au stade de la planification, le terminal de conteneurs n’était pas un «projet» au sens de la LCEE parce que la construction était déjà bien avancée.

[49] À mon avis, le jugement *Tsawwassen* ne peut être assimilé d’emblée à la présente espèce. Nous avons ici affaire non pas à une «proposition», mais à l’exploitation projetée du broyeur et de l’IGR de JEB. Comme l’indiquent les arguments des deux défenderesses, le Projet du lac McClean a progressé par étapes depuis que la construction a débuté en 1994. Durant la période qui nous intéresse ici, l’approbation conférée par la licence AECB-MFOL-170-0.4, le 26 mars 1999 se rapportait à la construction de l’IGR et des systèmes connexes de traitement des eaux et des résidus. L’approbation de l’exploitation du broyeur et de l’IGR de JEB n’a été donnée que le 21 juin 1999, avec la délivrance de la licence dont il s’agit ici.

[50] L’aspect le plus important donc qui distingue la présente affaire de l’affaire *Tsawwassen* est que la présente affaire concerne un projet minier par étapes, dont le passage d’une étape à une autre est soumis à autorisation. Plus précisément, chaque étape du projet est, en fait et en droit, un nouveau «projet», selon la

term is defined in subsection 2(1) of CEEA, which by paragraph 5(1)(d), requires an environmental assessment before a licence is issued.

[51] Therefore, I dismiss Cogema's "not a project" argument.

F. The application of exclusion provisions

[52] Section 2 of Schedule 1 of the *Exclusion List Regulations*, SOR/94-639 provides an exemption from the assessment requirements of CEEA on the following conditions:

2. The proposed operation of an existing physical work that is the same as an operation for which an environmental assessment has been previously conducted under either the *Canadian Environmental Assessment Act* or the *Environmental Assessment Review Process Guidelines Order* where:

(a) as a result of the assessment, the environmental effects have been determined to be insignificant taking into account the implementation of mitigation measures, if any; and

(b) the mitigation measures and follow-up program, if any, have been substantially implemented.

[53] In its reply argument with respect to the interpretation of section 74 (paragraph 14), ICUCEC states the alternative argument that the McClean Lake Project JEB mill and the TMF is not the same "proposal" that was reviewed by the appointed EARPGO panel in 1992-1993 because of significant changes, and, therefore, does not fall within the ambit of subsection 74(1). To support this argument, a good deal of technical evidence is cited. This argument caused both respondents to as well argue substantive technical detail to counter it.

[54] However, during the course of the oral hearing, ICUCEC stated that, in reaching a decision, I should consider the argument at paragraph 14 only for the purpose of determining that there can be no exemption from the assessment requirements of CEEA by application of section 2 of the *Exclusion List Regulations*. Cogema presents the opposite argument.

définition donnée à ce mot par le paragraphe 2(1) de la LCEE, un projet qui, selon l'alinéa 5(1)d), requiert une évaluation environnementale avant qu'une licence ne soit délivrée.

[51] Je rejette par conséquent l'argument de Cogema selon lequel il n'y a «pas de projet».

F. L'application des dispositions d'exclusion

[52] L'article 2 de la partie 1 de l'annexe 1 du *Règlement sur la liste d'exclusion*, DORS/94-639, prévoit une dispense d'application des exigences d'évaluation de la LCEE aux conditions suivantes:

2. Projet d'exploitation d'un ouvrage existant qui est identique à une exploitation qui a fait l'objet d'une évaluation environnementale aux termes de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* ou du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, lorsque:

a) d'une part, à la suite de l'évaluation, les effets environnementaux ont été jugés sans importance, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation, le cas échéant;

b) d'autre part, les mesures d'atténuation et le programme de suivi, le cas échéant, ont en grande partie été appliqués.

[53] Dans sa réplique se rapportant à l'interprétation de l'article 74 (paragraphe 14), l'ICUCEC expose l'argument subsidiaire selon lequel le broyeur et l'IGR de JEB du Projet du lac McClean ne sont pas la même «proposition» que celle qui a été examinée en 1992-1993 par la commission nommée en vertu du Décret sur les lignes directrices, et cela en raison de changements importants, et donc qu'ils n'entrent pas dans le champ du paragraphe 74(1). Au soutien de cet argument, l'ICUCEC avance une abondante preuve technique. Cet argument a conduit les deux défenderesses à faire valoir elles aussi d'importants détails techniques à son encontre.

[54] Cependant, au cours de l'audience, l'ICUCEC a indiqué que, avant de rendre une décision, je ne devrais tenir compte de l'argument exposé au paragraphe 14 que pour dire qu'il ne peut y avoir, par application de l'article 2 du *Règlement sur la liste d'exclusion*, de dispense d'application des exigences d'évaluation prévues par la LCEE. Cogema fait valoir l'argument opposé.

[55] In sur-reply, Cogema advances the argument that, indeed, the requirements of section 2 have been met by citing the facts that the application for the licence under review concerns the operation of a physical work which is the same as that considered by the EARPGO assessment panel, “the environmental effects of the operation of the facility had been determined to be insignificant”, and mitigation measures and follow-up programs had been substantially implemented (paragraphs 43-44).

[56] Cogema cites the following statement as the determination with respect to the environmental effects:

The Board’s staff concludes that if the facility adheres to the operating procedures and limits prescribed in the licensing documents, there should be no long-term significant environmental impacts. . . . It was also concluded that the partially-filled facility with the placement of McClean Lake tailings only, would not have this impact so the JEB TMF could be operated in the short term without causing significant long-term environmental impact. [Board member document 99-53, certified documents, p.1084.]

[57] I have two concerns about Cogema’s argument. First, section 2 of Schedule 1 of the *Exclusion List Regulations* requires a determination that environmental effects are insignificant: that is, on the evidence this conclusion has been reached. The statement just quoted does not say that; it projects that in the future this determination will be made.

[58] I agree with Cogema’s sur-reply argument, supported by the AECB, that I should not engage in “a review of the quality of the science conducted by the AECB and the Panel” (paragraph 24), and that a determination under section 2, Schedule I is the responsibility of AECB (paragraph 40). My second concern is that I cannot find that a determination with respect to section 2, Schedule I of the *Exclusion List Regulations* has been made which would allow a judicial review on a standard to be determined.

[59] As a result, since the application of section 2, Schedule I has not been determined, I find that there is no ground to conclude that section 2, Schedule I is

[55] En contre-réplique, Cogema avance l’argument selon lequel les exigences de l’article 2 sont effectivement remplies, en invoquant les faits suivants: la demande portant sur la licence contestée concerne l’exploitation d’un ouvrage existant qui est identique à l’exploitation examinée par la commission instituée en vertu du Décret sur les lignes directrices, «les effets environnementaux de l’exploitation de l’installation avaient été jugés négligeables», et des mesures d’atténuation ainsi que des programmes de suivi avaient été largement mis en application (paragraphes 43 et 44).

[56] Cogema cite le passage suivant à titre de conclusion se rapportant aux effets environnementaux:

[TRADUCTION] Le personnel de la CCEA arrive à la conclusion que, si l’installation respecte les procédures et limites d’exploitation indiquées dans la licence, il ne devrait pas y avoir d’effets environnementaux importants à long terme [. . .] Il a également conclu que l’installation partiellement comblée par le placement des seuls rejets du lac McClean n’aurait pas de tels effets, de telle sorte que l’IGR de JEB pourrait être exploitée sur le court terme sans causer d’importants effets environnementaux à long terme. [Document 99-53 de la CCEA, documents certifiés, p. 1084.]

[57] J’ai deux inquiétudes à propos de l’argument de Cogema. D’abord, selon l’article 2 du *Règlement sur la liste d’exclusion*, les effets environnementaux doivent être jugés sans importance: c’est-à-dire que, au vu de la preuve, cette conclusion a été tirée. L’extrait qui vient d’être cité ne dit pas cela; il prédit que, dans l’avenir, cette conclusion sera tirée.

[58] Je souscris à la contre-réplique de Cogema, appuyée par la CCEA, selon laquelle je devrais m’abstenir d’entreprendre «un examen de la qualité du travail scientifique effectué par la CCEA et la commission» (paragraphe 24), et selon laquelle il appartient à la CCEA de prendre la décision prévue par l’article 2 (paragraphe 40). Ma deuxième inquiétude est que je ne puis dire qu’une décision a été prise au regard de l’article 2 du *Règlement sur la liste d’exclusion* et que cette décision autoriserait un contrôle judiciaire selon une norme à déterminer.

[59] En conséquence, puisque l’application de l’article 2 n’a pas été déterminée, je suis d’avis qu’il n’y a pas lieu de conclure que l’article 2 a pour effet de

engaged to exclude the project from the application of CEAA.

G. The precautionary principle

[60] In its memorandum of fact and law, ICUCEC raises the application of the precautionary principle of international environmental law to the issuance of the licence. During the course of the oral hearing, I agreed with the respondents' objection that, since the principle was not cited as a ground of judicial review in the notice of application, it cannot be argued.

H. Arguments against the application of discretion to quash the licence

[61] Thus, having found no impediment to the application of CEAA, as provisionally addressed at the end of section C of these reasons above, I conclusively find that the issuance of the licence under review triggers at least an environmental assessment under paragraph 5(1)(d) of CEAA, and since an environmental assessment was not conducted before the licence issued, the AECB did not have jurisdiction to issue the licence.

[62] Nevertheless, two arguments have been made by Cogema that I should not exercise my discretion to quash the licence as requested by the ICUCEC.

1. Delay

[63] Cogema argues that I should not grant relief in the present case on the basis of the following principle:

Where an applicant is guilty of unreasonable delay in bringing his [*sic*] application before court, he may find the remedy barred to him. This is especially true where the delay would result in hardship or prejudice to the public interest or to third parties who have acted in good faith on the strength of the delegate's apparently valid decision (Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed.) at 583).

[64] Cogema says that ICUCEC was alert to the arguments it is advancing for a considerable time before it commenced the application in the present case. As a

soustraire le projet à l'application de la LCEE.

G. Le principe de précaution

[60] Dans son exposé des faits et du droit, l'ICUCEC demande l'application du principe de précaution, un principe du droit international de l'environnement, à la délivrance de la licence. Au cours de l'audience, j'ai fait droit à l'opposition des défenderesses pour qui, puisque le principe n'a pas été invoqué comme grief de contrôle judiciaire dans l'avis de demande, il ne peut être plaidé.

H. Arguments à l'encontre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'annuler la licence

[61] Comme je n'ai trouvé aucun obstacle à l'application de la LCEE, conclusion à laquelle j'étais provisoirement arrivé à la fin de la section C ci-dessus des présents motifs, j'arrive donc à la conclusion décisive selon laquelle la délivrance de la licence appelle à tout le moins une évaluation environnementale selon l'alinéa 5(1)d) de la LCEE et, puisqu'il n'y a pas eu évaluation environnementale avant que la licence ne soit délivrée, la CCEA n'avait pas compétence pour délivrer la licence.

[62] Néanmoins, deux arguments ont été avancés par Cogema, qui prétend que je ne devrais pas exercer mon pouvoir discrétionnaire d'annuler la licence ainsi que le demande l'ICUCEC.

1. Délai

[63] Cogema fait valoir que je ne devrais pas accorder un redressement dans cette affaire, en raison du principe suivant:

[TRADUCTION] Lorsqu'un demandeur a laissé s'écouler un délai excessif dans la présentation de sa demande au tribunal, il s'expose à une fin de non-recevoir. Cela est particulièrement vrai lorsque le délai risque de causer un inconvénient ou un préjudice à l'intérêt public ou à des tiers qui ont agi de bonne foi en se fondant sur la décision apparemment valide du délégué (Jones et de Villars, *Principles of Administrative Law* (3^e éd.), p. 583).

[64] Selon Cogema, l'ICUCEC était sensibilisée depuis un temps considérable aux arguments qu'elle avance, avant même qu'elle n'introduise sa demande de

result, it is argued that it is inappropriate and unfair for ICUCEC to delay its legal challenge to the licensing of the McClean Lake Project until Cogema has fully constructed the facilities in issue.

[65] In answer to this submission, I accept the reasons offered by ICUCEC that it made early objections to the issuance of the licence in the best way it knew how. There is no doubt on the record that the AECB was alerted well in advance of the issuance of the licence that there was a legal issue outstanding concerning its jurisdiction to do so. Indeed, the AECB's letter of February 4, 1999 cited above is evidence of this. In addition, with respect to hearings regarding the licence held in Ottawa on April 22 and June 17, 1999, on April 16 the following written submission was made by Mr. Phillip Penna:

In other words, we are looking at a significantly different project than what has been reviewed during the environmental assessment process. The "one project-one assessment" no longer applies. Before an operational licence is approved, we demand that a comprehensive study under the *Canadian Environmental Assessment Act* be undertaken to review the new "site specific" design of the JEB Pit. (Certified document, Vol. VI, p.1150.)

[66] I also accept ICUCEC's explanation that, after the issuance of operating licence AECB-MFOL-170-0.4 to permit the construction of the TMF and associated tailings and water handling systems, there was a reasonable expectation that the licence to operate under review might not be issued in the staged decision-making process adopted. Thus, it is understandable that action was not instituted until the licence was issued.

[67] After the licence was issued despite the contention voiced, and after the present application was filed in July 1999, Cogema proceeded as it was authorized to do. At the oral hearing I confirmed that ICUCEC did not apply for an injunction to stop the work authorized by the licence until the present application could be finally determined. The respondents did not seriously argue that the ICUCEC was at fault for not doing so.

contrôle judiciaire. En conséquence, Cogema soutient qu'il est dommageable et injuste de la part de l'ICUCEC de différer sa contestation juridique de l'autorisation du Projet du lac McClean jusqu'à ce que Cogema ait entièrement construit les installations en question.

[65] En réponse à cet argument, j'accepte les raisons invoquées par l'ICUCEC qui affirme qu'elle s'est opposée rapidement à la délivrance de la licence, selon le meilleur moyen dont elle avait connaissance. Il ne fait aucun doute, au vu du dossier, que la CCEA fut informée bien avant la délivrance de la licence que sa compétence en la matière n'était pas tout à fait claire sur le plan juridique. La lettre de la CCEA du 4 février 1999 citée plus haut en est d'ailleurs la preuve. Au surplus, s'agissant des audiences concernant la licence, qui ont eu lieu à Ottawa le 22 avril et le 17 juin 1999, la communication écrite suivante fut faite le 16 avril par M. Phillip Penna:

[TRADUCTION] Autrement dit, nous sommes devant un projet nettement différent de celui qui a été examiné durant le processus d'évaluation environnementale. Le principe «un projet—une évaluation» n'est plus applicable. Avant qu'une licence d'exploitation ne soit approuvée, nous exigeons que soit entreprise une étude approfondie prévue par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, afin d'examiner la nouvelle conception de l'emplacement de la mine JEB. [Documents certifiés, vol. VI, p. 1150.]

[66] J'accepte aussi l'explication de l'ICUCEC selon laquelle, après la délivrance de la licence d'exploitation AECB-MFOL-170-0.4, qui autorisait la construction de l'IGR et des systèmes connexes de traitement des eaux et des rejets, on pouvait raisonnablement croire que la licence en question ne serait sans doute pas délivrée dans le processus décisionnel par étapes qui avait été adopté. Il est donc compréhensible que des mesures n'aient pas été prises jusqu'à la délivrance de la licence.

[67] Après que la licence fut délivrée en dépit des arguments exprimés, et après que la présente demande fut déposée en juillet 1999, Cogema alla de l'avant comme elle était autorisée à le faire. Durant l'audience, j'ai confirmé que l'ICUCEC n'avait pas demandé une injonction visant à faire cesser les travaux autorisés par la licence jusqu'à ce que la présente demande soit finalement jugée. Les défenderesses n'ont pas sérieusement soutenu que l'ICUCEC ait eu tort de ne pas le faire.

[68] I can find no blame to lay against ICUCEC. The AECB knew that there was a legal question outstanding with respect to the application of CEAA, it made a determination on this question before the issuance of the licence which I have found is wrong in law, and, in my opinion, it is not now open to it to complain that it is being held accountable.

2. Economic harm and the public interest

[69] On Cogema's oral and written arguments, I understand that to quash the licence under review will seriously impair operations of the McClean Lake Project, and impose significant immediate human and economic costs.

[70] Indeed, since the issuance of the licence, the JEB mill and TMF have been in operation with significant progress being accomplished. It is an agreed fact that, at its board meeting of November 4, 1999, the AECB approved the issuance of Mining Facility Operating Licence AECB-MFOL-170-0.6 which amended the licence under review in the present application. Licence 170-0.6 authorizes Cogema to mine the SUE open pits and to process the ore at the JEB mill. In the course of oral argument, counsel for the AECB agreed that, if the licence under review is not valid, then neither is licence 170-0.6.

[71] Thus, quashing the licence will result in significant immediate term consequences. However, I accept ICUCEC's argument that, to not allow the application of CEAA to run its course with respect to the issuance of the licence, would be to curb much needed public scrutiny of a highly contentious aspect of the McClean Lake Project. After careful consideration, I accept ICUCEC's argument that it is in the public interest to exercise my discretion.

I. Decision

[72] The legal question to be answered in the present case is: Does CEAA apply to the McClean Lake Project? I find that the answer is: Yes. I recognize that a great deal of effort has been put into the supervision of the project by the AECB, and that the AECB is confident that, in applying its regulatory processes, all

[68] Il m'est impossible de blâmer l'ICUCEC. La CCEA savait que l'application de la LCEE soulevait un point de droit, elle a décidé ce point de droit avant de délivrer la licence, ce qui, ainsi que je l'ai dit, n'est pas conforme au droit, et, à mon avis, elle ne peut pas aujourd'hui se plaindre de devoir rendre des comptes.

2. Préjudice économique et intérêt public

[69] D'après les arguments oraux et écrits de Cogema, je crois comprendre que l'annulation de la licence entravera sérieusement les activités du Projet du lac McClean et imposera des coûts économiques et humains immédiats importants.

[70] Depuis que la licence a été délivrée, le broyeur et l'IGR de JEB sont en effet en activité et d'importants travaux ont été accomplis. Il est admis que lors de sa réunion du 4 novembre 1999, la CCEA a approuvé la délivrance de la licence AECB-MFOL-170-0.6 pour l'exploitation d'une installation minière, licence qui modifiait la licence ici contestée. La licence 170-0.6 autorise Cogema à exploiter les mines SUE et à traiter le minerai au broyeur JEB. Durant les plaidoiries, l'avocat de la CCEA a reconnu que, si la licence qui nous concerne ici n'est pas valide, alors la licence 170-0.6 ne l'est pas non plus.

[71] L'annulation de la licence entraînera donc d'importantes conséquences pour l'immédiat. Cependant, j'accepte l'argument de l'ICUCEC qui affirme que ne pas laisser l'application de la LCEE suivre son cours pour ce qui est de la délivrance de la licence serait faire obstacle à l'examen public indispensable d'un aspect très contesté du Projet du lac McClean. Après examen approfondi, j'accepte l'argument de l'ICUCEC pour qui il est dans l'intérêt public que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire.

I. Décision

[72] Le point de droit à décider dans la présente affaire est le suivant: La LCEE est-elle applicable au Projet du lac McClean? Je dois répondre par l'affirmative. Je reconnais que la CCEA a consacré beaucoup d'efforts à la surveillance du projet et qu'elle a l'assurance que, dans l'application de ses processus

consideration has been given to health and safety, security, and protection of the environment. However, I find that the obligation to comply with the provisions of CEAA is mandatory, and, thus, its provisions must be followed.

[73] Given all the work accomplished by the AECB on the project, in the course of oral argument, counsel for Cogema posed the question: What difference will an environmental assessment make? My answer is: Let us wait and see if the public nature of the environmental assessment process will succeed in accomplishing that which the ICUCEC says it wants; that is, an improvement on the truth about the JEB mill and the TMF.

ORDER

For the written reasons provided, as the AECB's decision to issue operating licence AECB-MFOL-170-0.5, issued on June 17, 1999, was made in error of law, I find that the AECB did not have jurisdiction to issue the licence. Accordingly, I hereby quash the licence.

As there is no failure or refusal of the AECB to act within jurisdiction, I find there are no grounds to issue an order of *mandamus* against it.

As it is successful in the present application, I award costs in favour of the applicant against the respondents jointly.

réglementaires, toute l'attention voulue a été donnée aux questions de santé et de sécurité, ainsi qu'à la protection de l'environnement. Cependant, je crois que les dispositions de la LCEE sont impératives et qu'elles doivent donc être observées.

[73] Étant donné tout le travail accompli sur le projet par la CCEA, l'avocat de Cogema a posé la question suivante durant sa plaidoirie: Quelle différence une évaluation environnementale fera-t-elle? Ma réponse est la suivante: Attendons de voir si le caractère public du processus d'évaluation environnementale réussira à accomplir ce que l'ICUCEC affirme vouloir, c'est-à-dire un progrès dans la vérité concernant le broyeur et l'IGR de JEB.

ORDONNANCE

Pour les motifs susmentionnés, puisque la décision de la CCEA de délivrer la licence d'exploitation AECB-MFOL-170-0.5 le 17 juin 1999 résulte d'une erreur de droit, la CCEA n'avait pas compétence pour délivrer la licence. Par conséquent, j'annule la licence.

Puisque la CCEA n'a pas négligé ni refusé d'agir à l'intérieur de sa compétence, je ne vois aucune raison de rendre à son encontre une ordonnance de *mandamus*.

Puisque la demanderesse obtient gain de cause, je lui adjuge les dépens et condamne les défenderesses solidairement aux dépens.

A-462-01
2002 FCA 384

A-462-01
2002 CAF 384

Rémy Cartier (*Appellant*)

v.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

INDEXED AS: CARTIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(C.A.)

Court of Appeal, Décary, Létourneau and Pelletier JJ.A.
—Montréal, September 16; Ottawa, October 10, 2002.

Parole — Statutory release — Release from custody denied on basis Board persuaded appellant would commit offence causing serious harm before expiration of sentence — Reasonableness standard of review guiding Board's Appeal Division — Interpretation of Corrections and Conditional Release Act, s. 130(3)(c) — Protection of society test paramount consideration — Board's decision reasonable, beyond challenge — Factors set out in Act, s. 132(1)(a), (b), (c), (d) not cumulative, although Board must address each of factors mentioned therein.

Administrative Law — Judicial Review — Statutory release from custody denied on basis National Parole Board persuaded appellant would commit offence causing serious harm before expiration of sentence — Reasonableness standard of review guiding Board's Appeal Division — Judge allowed to overlook error of law when not conclusive or when satisfied if right test had been applied, same conclusion would have been reached — Reasonable for Board to be satisfied, after weighing all relevant factors, appellant would commit violent offence causing serious harm to victim.

Construction of Statutes — Interpretation of Corrections and Conditional Release Act, s. 130(3)(c) — Statutory release — Release from custody denied on basis Board persuaded appellant would commit offence causing serious harm before expiration of sentence — Principles of bilingual statutory interpretation — English version preferred.

Rémy Cartier (*appellant*)

c.

Procureur général du Canada (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: CARTIER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.)

Cour d'appel, juges Décary, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Montréal, 16 septembre; Ottawa, 10 octobre 2002.

Libération conditionnelle — Libération d'office — Mise en liberté refusée au motif que la Commission était convaincue que l'appellant commettrait, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne — La norme de contrôle guidant la Section d'appel de la Commission est celle de la raisonabilité — Interprétation de l'art. 130(3)(c) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — La protection de la société est le critère déterminant — La décision de la Commission est raisonnable, inattaquable — Les facteurs énoncés à l'art. 132(1)(a), (b), (c) et (d) de la Loi ne sont pas cumulatifs, bien que la Commission doive aborder chacun des facteurs qui y sont mentionnés.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Libération d'office refusée au motif que la Commission nationale des libérations conditionnelles était convaincue que l'appellant commettrait, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne — La norme de contrôle guidant la Section d'appel de la Commission est celle de la raisonabilité — Il est permis au juge de ne pas tenir compte d'une erreur de droit quand elle n'est pas déterminante ou quand il est convaincu que si le bon critère avait été appliqué, on en serait venu à la même conclusion — Il était raisonnable pour la Commission d'être convaincue, après avoir jaugé tous les facteurs pertinents, que l'appellant commettrait un délit de violence causant un dommage grave à la victime.

Interprétation des lois — Interprétation de l'art. 130(3)(c) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Libération d'office — Mise en liberté refusée au motif que la Commission était convaincue que l'appellant commettrait, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne — Principes d'interprétation des lois bilingues — Version anglaise préférée.

Before the date of the appellant's statutory release, the National Parole Board reviewed the appellant's case and ordered that he continue to be imprisoned until the legal expiry of his term. The Board said it was persuaded that if the appellant was released, he would commit an offence causing serious harm before the expiration of his sentence according to law. The Appeal Division dismissed the appeal from that decision, and the Motions Judge dismissed the application for judicial review of that decision, mistakenly awarding the costs to the respondent who had expressly waived costs. This was an appeal from the Motions Judge's decision. The appellant objected that the Motions Judge confused the concepts of parole and statutory release; misunderstood the degree to which the Board had to be satisfied in its assessment of the risks; only took into account factors unfavourable to the offender; and did not intervene when the Commission's decision was, in his submission, patently unreasonable.

Held, the appeal should be allowed only to the extent of correcting the mistake of awarding costs to the respondent.

Corrections and Conditional Release Act (CCRA), paragraph 147(5)(a) requires the Appeal Division to be satisfied that the decision appealed from could not reasonably be supported in law, if it results in the immediate release of an offender. Though awkwardly, Parliament was only ensuring that the Appeal Division would at all times, whether affirming or reversing a Board's decision, be guided by the standard of reasonableness. The judge in theory has an application for judicial review from the Appeal Division's decision before him, but when the latter has affirmed the Board's decision he is actually required ultimately to ensure that the Board's decision is lawful.

The comparison made by the appellant between a privilege (parole) and a right (statutory release) was not very helpful since the right to statutory release may be withdrawn by the Commission before it is exercised. In this sense it is an uncertain right, a right that is not really guaranteed. Additionally, whether parole or statutory release is in question, when the time comes for the Board to exercise its discretion it is the overriding interests of society that must take precedence over the offender's interests.

The Appeal Division may have misunderstood the extent to which the Board should be "satisfied" in assessing the risk. CCRA, section 101 sets out the principles to guide the board in achieving the purpose of conditional release. In paragraph 101(a), Parliament intended to make the "protection of society" test the "paramount consideration". At first sight, the

Avant la date de la libération d'office de l'appellant, la Commission nationale des libérations conditionnelles a examiné le dossier de l'appellant et a ordonné son maintien en incarcération jusqu'à l'expiration légale de sa peine. La Commission s'est dite convaincue que si l'appellant était libéré, il commettrait, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne. La Section d'appel a rejeté l'appel de cette décision et le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire de cette décision, adjugeant par erreur les dépens à l'intimé qui y avait expressément renoncé. Il s'agissait d'un appel de la décision du juge des requêtes. L'appellant reprochait au juge des requêtes d'avoir confondu les concepts de libération conditionnelle et de libération d'office; de s'être mépris sur le degré de conviction que devait atteindre la Commission dans son évaluation du risque; de n'avoir tenu compte que des facteurs défavorables au délinquant; et de n'être pas intervenu alors que la décision de la Commission était, selon lui, manifestement déraisonnable.

Arrêt: l'appel doit être accueilli seulement pour la correction de l'erreur relative à l'adjudication des dépens à l'intimé.

L'alinéa 147(5)a) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC)* exige que la section d'appel soit convaincue, avant de rendre une décision qui entraînerait la libération immédiate d'un délinquant, que la décision visée par l'appel ne pouvait raisonnablement être fondée en droit. Le législateur, encore que maladroitement, n'a fait que s'assurer que la Section d'appel, qu'elle confirme ou renverse une décision de la Commission, soit en tout temps guidée par la norme de la raisonabilité. Le juge est théoriquement saisi d'une demande de contrôle judiciaire relative à la décision de la Section d'appel, mais lorsque celle-ci confirme la décision de la Commission, il est en réalité appelé à s'assurer, ultimement, de la légalité de cette dernière.

La comparaison que fait l'appellant entre un privilège (libération conditionnelle) et un droit (libération d'office) n'était pas très utile, puisque le droit à la libération d'office est susceptible d'être retiré par la Commission avant qu'il ne soit exercé. Il s'agit en ce sens d'un droit aléatoire, d'un droit qui n'est pas véritablement garanti. Par ailleurs, qu'il s'agisse de libération conditionnelle ou de libération d'office, quand vient le temps pour la Commission d'exercer son pouvoir discrétionnaire, c'est l'intérêt primordial de la société qui doit l'emporter sur l'intérêt du délinquant.

La Section d'appel peut s'être méprise sur le degré de «conviction» que devait atteindre la Commission dans son évaluation du risque. L'article 101 de la LSCMLC énonce les principes devant guider la Commission dans l'exécution de son mandat. Dans l'alinéa 101a), le législateur a eu l'intention de faire du critère de «la protection de la société» le critère

words “*convaincue [. . .] qu’il commettra*” in the French version of section 130 of the Act appear to require a greater degree of certainty than is required by the words “satisfied that the offender is likely . . . to commit”. However, the words “*qu’il commettra*” are less trenchant when seen in context than when read in isolation. Additionally, the regular use in the English version, whether dealing with the case review by the Service under section 129 or the review by the Board under section 130, of the words “likely” or “likelihood” lead to the conclusion this wording best reflects Parliament’s intent. Preference should be given to the meaning that emerges from the English version, where the language is consistent, rather than the meaning, if any, emerging from the French version, the language of which is inconsistent and ultimately contains shades of meaning that would make application difficult if not impossible. The English version is clear, the French version ambiguous. The English version has a limited meaning that may include the meaning of the French version; the French version has a broader meaning, which does not allow for the meaning of the English version. The meaning common to both versions is that of the English one. However, the Appeal Division did mistakenly use the phrase “satisfied there were reasonable grounds to believe”, the language of subsection 129(2). While the Motions Judge interpreted this as a mistranscription of the Board’s reasons, it was considered, for the purposes of argument, that the Appeal Division applied the wrong test. In any event, a judge must be allowed to overlook an error of law when it is not conclusive or when he is satisfied that if the Court had applied the right test it would have come to the same conclusion. If the Court concludes that the Board’s decision was of impeccable legality, it would be futile to quash the Appeal Division’s decision for error of law and refer the case back for redetermination, since the Appeal Division would unavoidably arrive at the same conclusion, although this time for the right reasons.

The Board had good grounds for concluding that there was a probability of risk, and had the Appeal Division applied the right test, it could only have dismissed the appeal, as the Board’s conclusion was reasonable and so beyond challenge. Since this Court was empowered to make the judgment the Motions Judge should have made, this Court would have dismissed the application for judicial review on the ground that the error of law made by the Appeal Division was not conclusive and did not in any way vitiate the Board’s decision.

As to the factors to be considered, the Appeal Division correctly decided that “the factors set out in section 132(1), paragraphs (a), (b), (c) and (d) of the Act are not cumulative, although the Board must address each of the factors mentioned in that section”. That correctly described what subsec-

«déterminant». À première vue, les mots «convaincue [. . .] qu’il commettra» dans la version française de l’article 130 de la Loi semblent exiger un degré de certitude plus élevé que celui qu’exigent les mots «*satisfied that the offender is likely . . . to commit*». Toutefois, les mots «qu’il commettra» sont moins percutants lorsque pris en contexte que lorsque pris isolément. Par ailleurs, l’emploi constant, dans le texte anglais, qu’il s’agisse de l’étude du cas par le Service en vertu de l’article 129 ou de l’examen du cas par la Commission en vertu de l’article 130, de l’expression «*likely*» ou «*likelihood*» conduit à la conclusion que c’est cette expression qui traduit le mieux l’intention du législateur. Il faut favoriser le sens qui se dégage du texte anglais, dont les termes sont constants, plutôt que celui, s’il en est un, qui se dégagerait du texte français, dont les termes sont inconsistants et contiennent à la limite des nuances qui en rendraient l’application difficile, sinon impossible. La version anglaise est claire, la version française ambiguë. La version anglaise a un sens restreint, qui peut comprendre le sens de la version française; la version française a un sens plus large, qui ne permet pas le sens de la version anglaise. Le sens commun aux deux versions est celui de la version anglaise. Toutefois, la Section d’appel a par erreur utilisé l’expression «convaincue qu’il y avait des motifs raisonnables de croire», soit les termes du paragraphe 129(2). Bien que le juge des requêtes ait interprété cela comme une mauvaise transcription des motifs de la Commission, on a tenu pour acquis, pour les fins du débat, que la Section d’appel avait appliqué le mauvais critère. De toute manière, il doit être permis à un juge de ne pas tenir compte d’une erreur de droit quand elle n’est pas déterminante ou quand il est convaincu que si le tribunal avait adopté le bon critère, il en serait venu à la même conclusion. Si le juge conclut que la légalité de la décision de la Commission est inattaquable, il serait futile de casser la décision de la Section d’appel pour cause d’erreur de droit et de lui retourner l’affaire pour nouvelle détermination, puisque la Section d’appel en arriverait alors, inéluctablement, à la même conclusion, mais cette fois pour de bons motifs.

La Commission avait des motifs sérieux pour conclure à la probabilité du risque et la Section d’appel, eût-elle appliqué le bon critère, n’aurait pu que rejeter l’appel tant la conclusion de la Commission était raisonnable, donc inattaquable. Puisque la Cour était autorisée à rendre le jugement que le juge des requêtes aurait dû rendre, la Cour était d’avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire pour le motif que l’erreur de droit commise par la Section d’appel n’est pas déterminante et ne vicie d’aucune manière la décision de la Commission.

En ce qui a trait aux facteurs à examiner, la Section d’appel a correctement statué que «les facteurs énumérés à l’article 132(1), paragraphes (a), (b), (c) et (d) de la Loi ne sont pas cumulatifs, bien que la Commission doive s’adresser à chacun des facteurs mentionnés audit article de la Loi». Cela

tion 132(1) said and what the Board did. Consequently, it may be that in a given case the Board will conclude that an offence is likely to be committed, even though in its opinion one or more or even a majority of factors are in the offender's favour.

As to the final argument that the Motions Judge should have concluded that the Appeal Division erred in not finding the Board's decision to be patently unreasonable, the applicable standard was that of reasonableness, a standard more advantageous to the offender. In the circumstances, it was reasonable for the Board to say that, after weighing all the factors it regarded as relevant, it was satisfied that the appellant would commit a violent offence causing serious harm to the victim. Neither the Appeal Division nor the Motions Judge erred in refusing to intervene.

The appeal should be allowed, but only to strike the words "with costs" from the Motions Judge's order.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 100, 101, 127 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 41; 1999, c. 31, s. 66), 129(3) (as am. *idem*, s. 44), (10) (as am. *idem*), 130(3) (as am. *idem*, s. 45; 1998, c. 35, s. 118), 132(1) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 47), 146, 147(1), (4), (5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; [1996] 3 W.W.R. 305; (1996), 70 B.C.A.C. 1; 45 C.R. (4th) 265; 115 W.A.C. 1; *Schreiber v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 513, 167 C.C.C. (3d) 51; 22 C.P.C. (5th) 207; 292 N.R. 250; 164 O.A.C. 354 (S.C.C.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (F.C.A.); *Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 288 N.R. 48 (F.C.A.);

décrit correctement ce que dit le paragraphe 132(1) et ce qu'a fait la Commission. Il se peut, par conséquent, que, dans un cas donné, la Commission conclue à la probabilité qu'une infraction soit commise même si elle est d'avis que l'un ou l'autre ou plusieurs ou même une majorité des facteurs sont favorables au délinquant.

En ce qui a trait au dernier argument selon lequel le juge des requêtes aurait dû conclure que la Section d'appel avait erré en ne qualifiant pas de manifestement déraisonnable la décision de la Commission, la norme applicable est celle de la raisonabilité, une norme plus avantageuse pour le délinquant. Dans les circonstances, il était raisonnable pour la Commission de se dire convaincue, après avoir jaugé tous les facteurs qu'elle avait jugés pertinents, que l'appelant commettrait un délit de violence causant un dommage grave à la victime. Ni la Section d'appel ni le juge des requêtes n'ont erré en refusant d'intervenir.

L'appel devrait être accueilli, mais aux seules fins de radier de l'ordonnance du juge des requêtes les mots «avec dépens».

LOI ET RÈGLEMENTS

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 100, 101, 127 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 41), 129(3) (mod., *idem*, art. 44), (10) (mod., *idem*), 130(3) (mod., *idem*, art. 45; 1998, ch. 35, art. 118), 132(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 47), 146, 147(1), (4), (5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; [1996] 3 W.W.R. 305; (1996), 70 B.C.A.C. 1; 45 C.R. (4th) 265; 115 W.A.C. 1; *Schreiber c. Canada (Procureur général)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 513; 167 C.C.C. (3d) 51; 22 C.P.C. (5th) 207; 292 N.R. 250; 164 O.A.C. 354 (C.S.C.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (C.A.F.); *Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté*

Wihksne v. Canada (Attorney General) (2002), 20 C.C.E.L. (3d) 20 (F.C.A.); *Rafuse v. Canada (Pension Appeals Board)* (2002), 286 N.R. 385 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Employees of New Carlisle, Local 610 v. Radio CHNC Ltée (1985), 86 CLLC 16,009; 12 C.L.R.B. (N.S.) 112; 63 di 26 (C.L.R.B.); *Re CC Chemicals Ltd.*, [1967] 2 O.R. 248; (1967), 63 D.L.R. (2d) 203; 52 C.P.R. 97 (C.A.); *Sayle v. Jevco Insurance Co.* (1985), 16 C.C.L.I. 309 (B.C.C.A.); *Canadian Magen David Adom for Israel v. M.N.R.*, 2002 FCA 323; [2002] F.C.J. No. 1260 (C.A.) (QL).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 "satisfy".
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990 "likely", "satisfied".
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a Trial Division decision (*Cartier v. Canada (Attorney General)* (2001), 208 F.T.R. 138) dismissing, with costs, an application for judicial review of a National Parole Board Appeal Division decision dismissing an appeal from a National Parole Board decision refusing the appellant's statutory release. Appeal allowed only to the extent of correcting the mistake of awarding costs to the respondent.

APPEARANCES:

Daniel Royer for appellant.
Nadia Hudon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Labelle, Boudrault, Côté & Associés, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] DÉCARY J.A.: Since January 16, 1990, the appellant has been serving a 15-year term of imprisonment

et de l'Immigration (2002), 288 N.R. 48 (C.A.F.); *Wihksne c. Canada (Procureur général)* (2002), 20 C.C.E.L. (3d) 20 (C.A.F.); *Rafuse c. Canada (Commission d'appel des pensions)* (2002), 286 N.R. 385 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Salariés de New Carlisle, Local 610 c. Radio CHNC Ltée (1985), 86 CLLC 16,009; 12 C.L.R.B. (N.S.) 112; 63 di 26 (C.C.R.T.); *Re CC Chemicals Ltd.*, [1967] 2 O.R. 248; (1967), 63 D.L.R. (2d) 203; 52 C.P.R. 97 (C.A.); *Sayle v. Jevco Insurance Co.* (1985), 16 C.C.L.I. 309 (C.A.C.-B.); *Magen David Adom canadien pour Israël c. M.R.N.*, 2002 CAF 323; [2002] A.C.F. n° 1260 (C.A.) (QL).

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «satisfy».
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «likely», «satisfied».
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Cartier c. Canada (Procureur général)* (2001), 208 F.T.R. 138) rejetant, avec dépens, une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui avait rejeté un appel d'une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui avait refusé d'accorder à l'appelant sa libération d'office. Appel accueilli seulement pour la correction de l'erreur relative à l'adjudication des dépens à l'intimé.

ONT COMPARU:

Daniel Royer pour l'appelant.
Nadia Hudon pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Labelle, Boudrault, Côté & Associés, Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LEJUGEDÉCARY, J.C.A.: L'appelant purge depuis le 16 janvier 1990 une peine de 15 ans d'incarcération

for manslaughter. According to the calculation made pursuant to section 127 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 41; 1999, c. 31, s. 66] of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act), the date of the appellant's statutory release was set at February 13, 2000. However, after reviewing the appellant's case prior to his statutory release the National Parole Board (the Board) on January 12, 2000, ordered that he continue to be imprisoned and prohibited his release before the legal expiry of his term on January 30, 2005. Ultimately, the Board said it was persuaded that if the appellant was released he would commit an offence causing serious harm before the expiration of his sentence according to law.

[2] On March 8, 2000, the appellant appealed this decision to the Appeal Division created pursuant to section 146 of the Act. On June 16, 2000, the Appeal Division dismissed the appeal, concluding that in its opinion:

... the decision of January 12, 2000, is fair and reasonable, that it is based on pertinent, credible and adequate information, that it was made in accordance with the Act and Board policies concerning the prohibition of release, and that the rules of fundamental justice were adhered to.

[3] The appellant then filed an application for judicial review which was dismissed by Nadon J., then sitting in the Trial Division ((2001), 208 F.T.R. 138). In his order Nadon J. awarded the costs to the respondent. The parties agreed there was a mistake in this respect, since the respondent had expressly waived costs at the hearing. The appeal will therefore be allowed at least to the extent of correcting this mistake.

[4] Essentially, the appellant objected that Nadon J. (1) confused the concepts of parole and statutory release; (2) misunderstood the degree to which the Board had to be "satisfied" in its assessment of the risks; (3) only took into account factors unfavourable to the offender; and (4) did not intervene when the Commission's decision was, in his submission, patently unreasonable.

pour homicide involontaire. Conformément au calcul effectué en vertu de l'article 127 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 41] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi), la date de libération d'office de l'appelant a été fixée au 13 février 2000. Toutefois, à la suite de l'examen du cas de l'appelant en prévision de sa libération d'office, la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) ordonne le 12 janvier 2000 son maintien en incarcération et interdit sa mise en liberté avant l'expiration légale de sa peine, soit le 30 janvier 2005. La Commission s'est dite convaincue, en fin d'analyse, que si l'appelant était libéré, il commettrait, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne.

[2] Le 8 mars 2000, l'appelant porte cette décision en appel devant la Section d'appel établie en vertu de l'article 146 de la Loi. Le 16 juin 2000, la Section d'appel rejette l'appel, se disant d'avis, en conclusion:

[...] que la décision rendue le 12 janvier 2000 est juste et raisonnable, qu'elle s'appuie sur de l'information pertinente, crédible et adéquate, qu'elle est conforme à la Loi et aux politiques de la Commission concernant l'interdiction de mise en liberté, et que la décision a été rendue dans le respect des principes de justice fondamentale.

[3] L'appelant dépose alors une demande de contrôle judiciaire, que rejette le juge Nadon, siégeant alors en Section de première instance ((2001), 208 F.T.R. 138). Dans son ordonnance, le juge Nadon a adjugé les dépens à l'intimé. Les parties conviennent qu'il y a eu méprise à cet égard puisque l'intimé avait expressément renoncé aux dépens lors de l'audience. L'appel devra donc être accueilli à tout le moins pour corriger cette erreur.

[4] L'appelant reproche essentiellement au juge Nadon 1) d'avoir confondu les concepts de libération conditionnelle et de libération d'office; 2) de s'être mépris sur le degré de «conviction» que devait atteindre la Commission dans son évaluation du risque; 3) de n'avoir tenu compte que des facteurs défavorables au délinquant; et 4) de n'être pas intervenu alors que la décision de la Commission était, selon lui, manifestement déraisonnable.

[5] At this stage it will be helpful to set out certain provisions of the Act [ss. 129(3) (as am. BY s.c. 1995, C. 42, S. 44), 130(3) (as am. *idem*, s. 45; 1998, c. 35, s. 118), 132(1) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 47)]:

100. The purpose of conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens.

101. The principles that shall guide the Board and the provincial parole boards in achieving the purpose of conditional release are

(a) that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case;

...

(d) that parole boards make the least restrictive determination consistent with the protection of society;

...

127. (1) Subject to any provision of this Act, an offender sentenced, committed or transferred to penitentiary is entitled to be released on the date determined in accordance with this section and to remain at large until the expiration of the sentence according to law.

...

129. . . .

(3) Where the Commissioner believes on reasonable grounds that an offender who is serving a sentence of two years or more is likely, before the expiration of the sentence according to law, to commit an offence causing death or serious harm to another person, a sexual offence involving a child or a serious drug offence, the Commissioner shall refer the case to the Chairperson of the Board together with all the information in the possession of the Service that, in the Commissioner's opinion, is relevant to the case, as soon as is practicable after forming that belief, but the referral may not be made later than six months before the offender's statutory release date unless

(a) the Commissioner formed that belief on the basis of behaviour of the offender during the six months preceding the statutory release date or on the basis of information obtained during those six months; or

[5] Il sera utile, à ce stade, de reproduire certaines dispositions de la Loi [art. 129(3) (mod., par L.C. 1995, ch. 42, art. 44), a), b) (mod., *idem*), 130(3) (mod., *idem*, art. 45; 1998, ch. 35, art. 118), 132(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 47)]:

100. La mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois.

101. La Commission et les commissions provinciales sont guidées dans l'exécution de leur mandat par les principes qui suivent:

a) la protection de la société est le critère déterminant dans tous les cas;

[. . .]

d) le règlement des cas doit, compte tenu de la protection de la société, être le moins restrictif possible;

[. . .]

127. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'individu condamné ou transféré au pénitencier a le droit d'être mis en liberté à la date fixée conformément au présent article et de le demeurer jusqu'à l'expiration légale de sa peine.

[. . .]

129. [. . .]

(3) S'il a des motifs raisonnables de croire qu'un délinquant condamné à une peine d'au moins deux ans commettra, s'il est mis en liberté avant l'expiration légale de sa peine, soit une infraction causant la mort ou un dommage grave à une autre personne, soit une infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant, soit une infraction grave en matière de drogue, le commissaire défère le cas au président de la Commission—et lui transmet tous les renseignements qui sont en la possession du Service et qui, à son avis, sont pertinents—le plus tôt possible après en être arrivé à cette conclusion et au plus tard six mois avant la date prévue pour la libération d'office; il peut cependant le faire moins de six mois avant cette date dans les cas suivants:

a) sa conclusion se fonde sur la conduite du délinquant ou sur des renseignements obtenus pendant ces six mois;

(b) as a result of any recalculation of the sentence under this Act, the statutory release date of the offender has passed or less than six months remain before that date.

...

130. . . .

(3) On completion of the review of the case of an offender referred to in subsection (1), the Board may order that the offender not be released from imprisonment before the expiration of the offender's sentence according to law, except as provided by subsection (5), where the Board is satisfied

(a) in the case of an offender serving a sentence that includes, a sentence for an offence set out in Schedule I, or for an offence set out in Schedule I that is punishable under section 130 of the *National Defence Act*, that the offender is likely, if released, to commit an offence causing the death of or serious harm to another person or a sexual offence involving a child before the expiration of the offender's sentence according to law,

...

132. (1) For the purposes of the review and determination of the case of an offender pursuant to section 129, 130 or 131, the Service, the Commissioner or the Board, as the case may be, shall take into consideration any factor that is relevant in determining the likelihood of the commission of an offence causing the death of or serious harm to another person before the expiration of the offender's sentence according to law, including

(a) a pattern of persistent violent behaviour established on the basis of any evidence, in particular,

(i) the number of offences committed by the offender causing physical or psychological harm,

(ii) the seriousness of the offence for which the sentence is being served,

(iii) reliable information demonstrating that the offender has had difficulties controlling violent or sexual impulses to the point of endangering the safety of any other person,

(iv) the use of a weapon in the commission of any offence by the offender,

(v) explicit threats of violence made by the offender,

(vi) behaviour of a brutal nature associated with the commission of any offence by the offender, and

b) la date prévue pour la libération d'office du délinquant est, en raison de tout nouveau calcul de la durée de sa peine prévu à la présente loi, déjà passée ou tombe dans cette période de six mois.

[. . .]

130. [. . .]

(3) Au terme de l'examen, la Commission peut, par ordonnance, interdire la mise en liberté du délinquant avant l'expiration légale de sa peine autrement qu'en conformité avec le paragraphe (5) si elle est convaincue:

a) dans le cas où la peine d'emprisonnement comprend une peine infligée pour une infraction visée à l'annexe I, ou qui y est mentionnée et qui est punissable en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, que le délinquant commettra, s'il est mis en liberté avant l'expiration légale de sa peine, soit une infraction causant la mort ou un dommage grave à une autre personne, soit une infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant;

[. . .]

132. (1) Le Service et le commissaire, dans le cadre des examens et renvois prévus à l'article 129, ainsi que la Commission, pour décider de l'ordonnance à rendre en vertu de l'article 130 ou 131, prennent en compte tous les facteurs utiles pour évaluer le risque que le délinquant commette, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction de nature à causer la mort ou un dommage grave à une autre personne, notamment:

a) un comportement violent persistant, attesté par divers éléments, en particulier:

(i) le nombre d'infractions antérieures ayant causé un dommage corporel ou moral,

(ii) la gravité de l'infraction pour laquelle le délinquant purge une peine d'emprisonnement,

(iii) l'existence de renseignements sûrs établissant que le délinquant a eu des difficultés à maîtriser ses impulsions violentes ou sexuelles au point de mettre en danger la sécurité d'autrui,

(iv) l'utilisation d'armes lors de la perpétration des infractions,

(v) les menaces explicites de recours à la violence,

(vi) le degré de brutalité dans la perpétration des infractions,

(vii) a substantial degree of indifference on the part of the offender as to the consequences to other persons of the offender's behaviour;

(b) medical, psychiatric or psychological evidence of such likelihood owing to a physical or mental illness or disorder of the offender;

(c) reliable information compelling the conclusion that the offender is planning to commit an offence causing the death of or serious harm to another person before the expiration of the offender's sentence according to law; and

(d) the availability of supervision programs that would offer adequate protection to the public from the risk the offender might otherwise present until the expiration of the offender's sentence according to law.

...

147. (1) An offender may appeal a decision of the Board to the Appeal Division on the ground that the Board, in making its decision,

(a) failed to observe a principle of fundamental justice;

(b) made an error of law;

(c) breached or failed to apply a policy adopted pursuant to subsection 151(2);

(d) based its decision on erroneous or incomplete information; or

(e) acted without jurisdiction or beyond its jurisdiction, or failed to exercise its jurisdiction.

...

(4) The Appeal Division, on the completion of a review of a decision appealed from, may

(a) affirm the decision;

(b) affirm the decision but order a further review of the case by the Board on a date earlier than the date otherwise provided for the next review;

(c) order a new review of the case by the Board and order the continuation of the decision pending the review; or

(d) reverse, cancel or vary the decision.

(5) The Appeal Division shall not render a decision under subsection (4) that results in the immediate release of an offender from imprisonment unless it is satisfied that

(vii) un degré élevé d'indifférence quant aux conséquences de ses actes sur autrui;

b) les rapports de médecins, de psychiatres ou de psychologues indiquant que, par suite d'une maladie physique ou mentale ou de troubles mentaux, il présente un tel risque;

c) l'existence de renseignements sûrs obligeant à conclure qu'il projette de commettre, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction de nature à causer la mort ou un dommage grave à une autre personne;

d) l'existence de programmes de surveillance de nature à protéger suffisamment le public contre le risque que présenterait le délinquant jusqu'à l'expiration légale de sa peine.

[...]

147. (1) Le délinquant visé par une décision de la Commission peut interjeter appel auprès de la Section d'appel pour l'un ou plusieurs des motifs suivants:

a) la Commission a violé un principe de justice fondamentale;

b) elle a commis une erreur de droit en rendant sa décision;

c) elle a contrevenu aux directives établies aux termes du paragraphe 151(2) ou ne les a pas appliquées;

d) elle a fondé sa décision sur des renseignements erronés ou incomplets;

e) elle a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou omis de l'exercer.

[...]

(4) Au terme de la révision, la Section d'appel peut rendre l'une des décisions suivantes:

a) confirmer la décision visée par l'appel;

b) confirmer la décision visée par l'appel, mais ordonner un réexamen du cas avant la date normalement prévue pour le prochain examen;

c) ordonner un réexamen du cas et ordonner que la décision reste en vigueur malgré la tenue du nouvel examen;

d) infirmer ou modifier la décision visée par l'appel.

(5) Si sa décision entraîne la libération immédiate du délinquant, la Section d'appel doit être convaincue, à la fois, que:

(a) the decision appealed from cannot reasonably be supported in law, under the applicable policies of the Board, or on the basis of the information available to the Board in its review of the case; and

(b) a delay in releasing the offender from imprisonment would be unfair.

Standard of review

[6] The Appeal Division is a hybrid. It hears the offender's "appeal" and paragraph 147(4)(d) authorizes it to reverse, cancel or vary the decision made by the Commission against him. That is a power associated with an appeal. However, the grounds of appeal listed in subsection 147(1) are essentially those associated with judicial review and subsection 147(4) uses the phrase "on the completion of a review" (my emphasis). What is more, paragraph 147(5)(a) considerably reduces the Appeal Division's power of intervention, and at the same time significantly reinforces the status of the Commission's decision, when it requires the Appeal Division to be "satisfied" before rendering a decision "that results in the immediate release of an offender" that:

. . . the decision appealed from cannot reasonably be supported in law, under the applicable policies of the Board, or on the basis of the information available to the Board in its review of the case.

[7] Paragraph 147(5)(a) is troubling, to the extent that it imposes a standard of review which for all practical purposes applies only when the Appeal Division, pursuant to paragraph 147(4)(d), reverses the Board's decision and permits the offender to be released. What standard should be applied when, as in the case at bar, the Appeal Division affirms the Board's decision pursuant to paragraph 147(4)(a)?

[8] Paragraph 147(5)(a) appears to indicate that Parliament intended to give priority to the Board's decision, in short to deny statutory release once that decision can reasonably be supported in law and fact. The Board is entitled to err, if the error is reasonable. The Appeal Division only intervenes if the error of law or fact is unreasonable. I would be inclined to think that an error of law by the Board as to the extent to which it must be "satisfied" of the risk of release—an error

a) la décision visée par l'appel ne pouvait raisonnablement être fondée en droit, en vertu d'une politique de la Commission ou sur les renseignements dont celle-ci disposait au moment de l'examen du cas;

b) le retard apporté à la libération du délinquant serait inéquitable.

La norme de contrôle

[6] La Section d'appel est une créature hybride. Elle entend l'«appel» du délinquant et l'alinéa 147(4)d lui permet d'infirmer ou de modifier la décision qu'a rendue la Commission à l'encontre de ce dernier. C'est là un pouvoir associé à un appel. Cependant, les motifs d'appel énumérés au paragraphe 147(1) sont essentiellement ceux associés au contrôle judiciaire et le paragraphe 147(4) emploie l'expression «au terme de la révision» (mon soulignement). Qui plus est, l'alinéa 147(5)a vient réduire considérablement le pouvoir d'intervention de la Section d'appel, et du même coup renforcer considérablement le statut de la décision de la Commission, quand il exige de la Section d'appel qu'elle soit «convaincue», avant de rendre une décision «qui entraîne la libération immédiate du délinquant», que:

[. . .] la décision visée par l'appel ne pouvait raisonnablement être fondée en droit, en vertu d'une politique de la Commission ou sur les renseignements dont celle-ci disposait au moment de l'examen du cas.

[7] L'alinéa 147(5)a est troublant, dans la mesure où il dicte une norme de contrôle qui ne s'applique, à toutes fins utiles, que lorsque la Section d'appel, en application de l'alinéa 147(4)d, infirme la décision de la Commission et permet la libération du délinquant. Quelle norme faut-il appliquer, comme en l'espèce, lorsque la Section d'appel confirme la décision de la Commission en application de l'alinéa 147(4)a?

[8] L'alinéa 147(5)a semble indiquer une intention du législateur de privilégier la décision de la Commission, bref de refuser la libération d'office dès que cette décision est raisonnablement fondée en droit et en fait. La Commission a droit à l'erreur, si cette erreur est raisonnable. La Section d'appel n'intervient que si l'erreur, de droit ou de fait, est déraisonnable. Je serais porté à croire qu'une erreur de droit de la Commission relativement à son degré de «conviction» quant à

which is alleged in the case at bar—is an unreasonable error by definition as it affects the Board’s very function.

[9] If the applicable standard of review is that of reasonableness when the Appeal Division reverses the Board’s decision, it seems unlikely that Parliament intended the standard to be different when the Appeal Division affirms it. I feel that, though awkwardly, Parliament in paragraph 147(5)(a) was only ensuring that the Appeal Division would at all times be guided by the standard of reasonableness.

[10] The unaccustomed situation in which the Appeal Division finds itself means caution is necessary in applying the usual rules of administrative law. The judge in theory has an application for judicial review from the Appeal Division’s decision before him, but when the latter has affirmed the Board’s decision he is actually required ultimately to ensure that the Board’s decision is lawful.

First ground: parole and statutory release

[11] Counsel for the appellant argued that parole is a privilege while statutory release is a right, and one must be careful not to apply the principles developed by the courts for the former to the latter.

[12] Statutory release is a right conferred by subsection 127(1) “subject to any provision of this Act”. In a case like that of Mr. Cartier, section 129 imposes on the Commissioner a duty, before allowing the offender to exercise this right, to have the case reviewed by Corrections Canada, which may involve referral to the Commission; the latter after review may “order that the offender not be released” (subsection 130(3)). The right to statutory release is therefore a right which may be withdrawn by the Commission even before it is exercised. In this sense, it is an uncertain right, a right which is not really guaranteed. The comparison made by the appellant between a “privilege” and a “right” is not very helpful in this context.

l’évaluation du risque d’une mise en liberté—une erreur qui est alléguée en l’espèce—serait une erreur déraisonnable par définition car elle touche la fonction même de la Commission.

[9] Si la norme de contrôle applicable est celle de la raisonabilité lorsque la Section d’appel infirme la décision de la Commission, il me paraît improbable que le législateur ait voulu que la norme soit différente lorsque la Section d’appel confirme. Je crois que le législateur, encore que maladroitement, n’a fait que s’assurer à l’alinéa 147(5)a) que la Section d’appel soit en tout temps guidée par la norme de raisonabilité.

[10] La situation inusitée dans laquelle se trouve la Section d’appel rend nécessaire une certaine prudence dans l’application des règles habituelles du droit administratif. Le juge est théoriquement saisi d’une demande de contrôle judiciaire relative à la décision de la Section d’appel, mais lorsque celle-ci confirme la décision de la Commission, il est en réalité appelé à s’assurer, ultimement, de la légalité de cette dernière.

Premier motif: libération conditionnelle et libération d’office

[11] Le procureur de l’appelant plaide que la libération conditionnelle est un privilège, alors que la libération d’office est un droit, et qu’il faut prendre garde d’appliquer à la seconde des principes dégagés par la jurisprudence à l’égard de la première.

[12] La libération d’office est un droit conféré par le paragraphe 127(1) «sous réserve des autres dispositions de la présente loi». Dans un cas comme celui de M. Cartier, l’article 129 impose au commissaire l’obligation, avant de permettre au délinquant d’exercer ce droit, de faire étudier le cas par le Service correctionnel du Canada, ce qui peut amener un renvoi à la Commission, laquelle pourra, après examen, «interdire la mise en liberté» (paragraphe 130(3)). Le droit à la libération d’office est donc un droit qui est susceptible d’être retiré par la Commission avant même qu’il ne soit exercé. Il s’agit en ce sens d’un droit aléatoire, d’un droit qui n’est pas véritablement garanti. La comparaison que fait l’appelant entre «privilège» et «droit» n’est pas très utile dans ce contexte.

[13] Additionally, Parliament intended that parole and statutory release, wherever they fall on the right-privilege scale, should both be governed by the same basic principles laid down in sections 100 and 101. Section 100 deals with “conditional release”, a phrase that is not defined but can only mean the various types of release described in Part II of the Act. Section 101 deals in general with any decision made by the Board. Thus, whether parole or statutory release is in question, when the time comes for the Board to exercise its discretion it is the overriding interests of society which must take precedence over the offender’s interests.

[14] In his reasons, the Trial Judge sometimes used the word “parole” when he was actually talking about statutory release. This is an insignificant error, which was in any case made before him by counsel for the respondent at the time, as it appears from the Judge’s reasons as a whole that, although he may have confused the terms, he in no way confused the concepts.

Second ground: extent “to which satisfied”

[15] The appellant argued that both the Appeal Division and Nadon J. misunderstood the extent to which the Board should be “satisfied” in assessing the risk. In particular, the Appeal Division erred in using the words “satisfied that there were reasonable grounds to believe”, whereas paragraph 130(3)(c) of the Act uses the words “offender is likely . . . to commit” (my emphasis). Nadon J., in his turn, erred by referring in paragraph 30 of his reasons to the conclusion “*qu’il existe un risque que le demandeur commette*” ([official translation] “that there was a likelihood the plaintiff would commit”) [underlining added].

[16] This argument is attractive at first sight, but it does not stand up to analysis when we look at the context, and in particular the English version of the Act.

[17] I set out the English and French versions of certain provisions as follows:

[13] Par ailleurs, le Parlement a voulu que la libération conditionnelle et la libération d’office, où qu’elles se situent sur l’échelle droit-privilege, soient toutes deux régies par les mêmes principes directeurs énoncés aux articles 100 et 101. L’article 100 vise «la mise en liberté sous condition», une expression qui n’est pas définie mais qui ne peut s’entendre que des diverses formes de mise en liberté décrites dans la partie II de la Loi. Et l’article 101 vise de façon générale toute décision que prend la Commission. Aussi, qu’il s’agisse de libération conditionnelle ou de libération d’office, quand vient le temps pour la Commission d’exercer sa discrétion, c’est l’intérêt primordial de la société qui doit l’emporter sur l’intérêt du délinquant.

[14] Dans ses motifs, le juge de première instance a parfois utilisé l’expression «libération conditionnelle» alors qu’il traitait, plutôt, de libération d’office. C’est une erreur sans conséquence, qu’avait d’ailleurs commise devant lui le procureur d’alors de l’intimé, dans la mesure où il ressort de l’ensemble des motifs que le juge, s’il a confondu les termes, n’a aucunement confondu les concepts.

Second motif: le degré de «conviction»

[15] L’appelant prétend que tant la Section d’appel que le juge Nadon se sont mépris sur le degré de «conviction» que devait atteindre la Commission dans son évaluation du risque. La Section d’appel, notamment, aurait erré en employant les mots «convaincue qu’il y avait des motifs raisonnables de croire», alors que l’alinéa 130(3)c) de la Loi utilise les mots «convaincue [. . .] qu’il [le délinquant] commettra» (mes soulignements). Le juge Nadon aurait à son tour erré en référant, au paragraphe 30 de ses motifs, «à la conclusion qu’il existe un risque que le demandeur commette» [soulignement ajouté].

[16] Cet argument est intéressant de prime abord, mais il ne résiste pas à l’analyse dès lors qu’on tient compte du contexte et, notamment, du texte anglais de la Loi.

[17] Je mets à la suite les textes français et anglais de certaines dispositions:

129. . . .

(3) Where the Commissioner believes on reasonable grounds that an offender . . . more is likely . . . to commit . . .

. . .

(10) In determining whether an offender is likely to commit an offence . . .

130. . . .

(3) . . . where the Board is satisfied

. . .

(c) that the offender is likely, if released, to commit . . .

. . .

132. (1) . . . shall take into consideration any factor that is relevant in determining the likelihood of the commission of an offence . . .

[18] Counsel for the appellant argued that any ambiguity in the Act should be resolved in the offender's favour and that the test set out in the French wording of section 130 ("*convaincue* [. . .] *qu'il commettra*") is more stringent, and so more favourable to the offender, than that contained in the English version ("*satisfied that the offender is likely . . . to commit*").

[19] The proposition that in the event of ambiguity the Act should be interpreted in the offender's favour is correct in so far as it means that once society's protection is guaranteed the Board should, in a given case, choose the solution which is less injurious to the offender's freedom. However, it is incorrect in so far as the Act has to ensure at the outset that society is protected: if there is any ambiguity in that regard, it will operate in favour of the public interest rather than in the interests of the offender. I understand from paragraph 101(a) of the Act that Parliament's intention was to make the "protection of society" test the "paramount consideration". This concern to give priority to the protection of society is also expressed in paragraph 101(d), according to which "parole boards [shall] make the least restrictive determination consistent with the protection of society" (my emphasis).

[20] In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Dickson J. [as he then was] concluded that in weighing

129. [. . .]

(3) S'il a des motifs raisonnables de croire qu'un délinquant [. . .] commettra [. . .]

[. . .]

(10) [. . .] pour déterminer s'il existe des motifs raisonnables de croire que le délinquant commettra une infraction [. . .]

130. [. . .]

(3) [. . .] si elle est convaincue:

[. . .]

c) qu'il commettra [. . .]

[. . .]

132. (1) [. . .] prennent en compte tous les facteurs utiles pour évaluer le risque que le délinquant commette [. . .]

[18] Le procureur de l'appelant soutient que toute ambiguïté dans la Loi doit être résolue en faveur du délinquant et que le critère établi dans le texte français de l'article 130 («*convaincue* [. . .] *qu'il commettra*») est plus exigeant, donc plus favorable au délinquant, que celui établi dans le texte anglais («*satisfied that the offender is likely . . . to commit*»).

[19] La proposition selon laquelle la Loi, en cas d'ambiguïté, doit être interprétée en faveur du délinquant est exacte dans la mesure où elle signifie qu'une fois assurée la protection de la société, la Commission doit choisir, dans un cas donné, la solution qui entrave le moins la liberté du délinquant. Mais elle est inexacte dans la mesure où la Loi veut assurer au départ que la société soit protégée: s'il y a ambiguïté à ce niveau, elle jouera en faveur de l'intérêt public plutôt qu'en faveur de l'intérêt du délinquant. Je comprends en effet du paragraphe 101(a) de la Loi que l'intention du Parlement est de faire du critère de «la protection de la société» le critère «le plus déterminant». Ce souci d'accorder priorité à la protection de la société se reflète aussi au paragraphe 101(d) selon lequel «le règlement des cas doit, compte tenu de la protection de la société, être le moins restrictif possible» (mon soulignement).

[20] Dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, le juge Dickson [alors juge puîné] concluait qu'en

the duty to balance the public interest in maintaining the safety and security of a penal institution against the interest represented by insulating the solicitor-client relationship, “the scale must ultimately come down in favour of the public interest” (at page 840). In *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, Sopinka J. noted that “[t]he protection of the accused to ensure a fair trial . . . is overborne by the overriding societal interest” (at page 92).

[21] At first sight, the words “*convaincue* [. . .] *qu’il commettra*” appear to require a greater degree of certainty than is required by the words “satisfied that the offender is likely . . . to commit”. This is not because of the use of the words “*convaincue*” and “satisfied”, which have the same meaning (see *Oxford English Dictionary*, 2nd ed., 1990 “satisfied”: to convince; *Black’s Law Dictionary*, 6th ed., “satisfy”: to convince; *Employees of New Carlisle, Local 610 v. Radio CHNC Ltée* (1985), 86 CLLC 16,009 (C.L.R.B.)), but because of the use of the future tense, in “*qu’il commettra*”, which suggests quasi-certainty which is not found in “likely to commit”, which is generally understood as meaning “probably, in all probability” (see *Oxford English Dictionary*, *supra*; *Sayle v. Jevco Insurance Co.* (1985), 16 C.C.L.I. 309 (B.C.C.A.), at page 310; *Re CC Chemicals Ltd.*, [1967] 2 O.R. 248 (C.A.), at pages 257-258).

[22] It is well established, as LeBel J. observed in *Schreiber v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 513, at paragraph 56, that:

A principle of bilingual statutory interpretation holds that when one version is ambiguous and the other is clear and unequivocal, the common meaning of the two versions would *a priori* be preferred . . . Furthermore, where one of the two versions is broader than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning . . .

[23] The words “*qu’il commettra*” are less trenchant when seen in context than when read in isolation. Thus, in subsection 132(1), when Parliament describes “any factor that is relevant” and must be taken into account by the Board in exercising the power conferred by section 130, it uses terms such as “*risque que le délinquant commette*”, rendered in English once again

évaluant l’obligation de peser l’intérêt public qui veut le maintien de la sécurité et de la sûreté de l’institution carcérale et l’intérêt représenté par la protection de la relation avocat-conseil, «la balance doit, en fin de compte, pencher en faveur de l’intérêt public» (à la page 840). Dans *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, le juge Sopinka soulignait que: «L’intérêt primordial de la société l’emporte sur la protection de l’accusé visant à assurer la tenue d’un procès équitable» (à la page 92).

[21] À première vue, les mots «*convaincue* [. . .] *qu’il commettra*» semblent exiger un degré de certitude plus élevé que celui qu’exigent les mots «*satisfied that the offender is likely . . . to commit*». Et ce, non pas en raison de l’emploi des mots «*convaincue*» et «*satisfied*», lesquels véhiculent le même sens (voir *Oxford English Dictionary*, 2nd ed., 1989: «*satisfied*»: to convince; *Black’s Law Dictionary*, 6th ed. 1990 «*satisfy*»: to convince; *Salariés de New Carlisle, Local 610 c. Radio CHNC Ltée* (1985), 86 CLLC 16,009 (C.C.R.T.)), mais en raison de l’emploi du temps futur, dans «*qu’il commettra*», qui suggère une quasi-certitude qui ne se retrouve pas dans «*likely to commit*», lesquels sont généralement interprétés comme signifiant «*probably, in all probability*» (voir *Oxford English Dictionary*, *supra*; *Sayle v. Jevco Insurance Co.* (1985), 16 C.C.L.I. 309 (C.A.C.-B.), à la page 310; *Re CC Chemicals Ltd.*, [1967] 2 O.R. 248 (C.A.), aux pages 257-258).

[22] Il est acquis, ainsi que le rappelle le juge LeBel dans *Schreiber c. Canada (Procureur général)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 513, au paragraphe 56, que:

Selon un principe d’interprétation des lois bilingues, lorsqu’une version est ambiguë tandis que l’autre est claire et sans équivoque, il faut privilégier *a priori* le sens commun aux deux versions [. . .]. De plus, lorsqu’une des deux versions possède un sens plus large que l’autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité [. . .].

[23] Les mots «*qu’il commettra*» sont moins percutants lorsque pris en contexte que lorsque pris isolément. Ainsi, au paragraphe 132(1), quand le législateur décrit les «facteurs utiles» dont doit tenir compte la Commission lorsqu’elle exerce le pouvoir conféré par l’article 130, il s’exprime en termes de «risque que le délinquant commette», rendu en anglais, encore une fois, par

by “likelihood”, the “*risque*” suggesting probability rather than virtual certainty. Further, when Parliament intends to require virtual certainty, it has used clear language, as in paragraph 132(1)(c), “compelling the conclusion”.

[24] Additionally, the regular use in the English version, whether dealing with the case review by the Service under section 129 or the review by the Board under section 30, of the words “likely” or “likelihood” incline me to think that it is this wording which best reflects Parliament’s intent. Preference should be given to the meaning that emerges from the English version, where the language is consistent, rather than the meaning, if any, emerging from the French version, the language of which is inconsistent and ultimately contains shades of meaning which would make application difficult if not impossible.

[25] The English version is clear, the French version ambiguous. The English version has a limited meaning which may include the meaning of the French version; the French version has a broader meaning, which does not allow for the meaning of the English version. The meaning common to both versions is that of the English one.

[26] I accordingly conclude that the words “*convaincue [. . .] qu’il commettra*” for all practical purposes mean “*convaincue de la probabilité qu’il commette*” (satisfied of the likelihood that he will commit).

[27] That does not end the matter, in so far as the Appeal Division used the phrase, not used by the Board, [TRANSLATION] “satisfied there were reasonable grounds to believe”. The requirement of “reasonable grounds to believe” is lower, as Nadon J. concluded, than that of “satisfied of the probability that he will commit”. The Appeal Division used language which was actually in subsection 129(2).

[28] Nadon J. recognized this error, but saw it as a problem of style rather than substance. This is what he said in this regard [at paragraphs 35-37]:

«*likelihood*», le «*risque*» suggérant alors une probabilité plutôt qu’une quasi-certitude. De plus, quand le législateur a voulu exiger une quasi-certitude, il a employé des termes sans équivoque, comme à l’alinéa 132(1)c, «obligeant à conclure».

[24] Par ailleurs, l’emploi constant, dans le texte anglais, qu’il s’agisse de l’étude du cas par le Service en vertu de l’article 129 ou de l’examen du cas par la Commission en vertu de l’article 130, de l’expression «*likely*» ou «*likelihood*» m’amène à penser que c’est cette expression qui traduit le mieux l’intention du législateur. Il faut favoriser le sens qui se dégage du texte anglais, dont les termes sont constants, plutôt que celui, s’il en est un, qui se dégagerait du texte français, dont les termes sont inconsistants et contiennent à la limite des nuances qui en rendraient l’application difficile, sinon impossible.

[25] La version anglaise est claire, la version française ambiguë. La version anglaise a un sens restreint, qui peut comprendre le sens de la version française; la version française a un sens plus large, qui ne permet pas le sens de la version anglaise. Le sens commun aux deux versions est celui de la version anglaise.

[26] J’en viens ainsi à la conclusion que les mots «*convaincue [. . .] qu’il commettra*» signifient, à toutes fins utiles, «*convaincue de la probabilité qu’il commette*».

[27] Cela ne met pas fin au débat, dans la mesure où la Section d’appel a utilisé l’expression, que n’avait pas utilisée la Commission, «*convaincue qu’il y avait des motifs raisonnables de croire*». L’exigence de «*motifs raisonnables de croire*» est moindre, ainsi que l’a conclu le juge Nadon, que celle d’être «*convaincue de la probabilité qu’il commette*». La Section d’appel a utilisé des termes qui sont ceux, plutôt, du paragraphe 129(2).

[28] Le juge Nadon a reconnu cette erreur, mais il y a vu un problème de style plutôt qu’un problème de fond. Voici comment il s’est exprimé à ce sujet [aux paragraphes 35 à 37]:

In both cases, the reference to the concept of “reasonable grounds to believe” appears in a context in which the Appeal Division only adopted and explained the NPB’s reasons. The Appeal Division did not at any time indicate that the NPB applied the wrong test and it seems to me that it also did not seek to alter the test applied by the NPB.

Although it is an error for the Appeal Division to say that the NPB said it was [TRANSLATION] “satisfied there were reasonable grounds to believe” that the plaintiff would commit an offence if released, this is not an error of law in interpreting the Act, as the plaintiff suggested. The Appeal Division only summarized the NPB’s decision. It is simply a mistranscription of the NPB’s reasons which, in my view, has no impact on the legal test to be used pursuant to s. 130(3)(a) of the Act or on the Appeal Division’s decision.

Consequently, since the NPB applied the proper test in assessing the evidence, I consider that the plaintiff’s arguments must be dismissed.

[29] In exercising his discretion Nadon J. could undoubtedly arrive at this interpretation of the Appeal Division’s reasons. However, as the issue is to determine whether the Appeal Division applied the correct legal test, I prefer to consider the appellant’s submission on the basis, for the purposes of argument, that the Appeal Division applied the wrong test, or at least did not really consider the nature of the test applicable.

[30] It is well settled that “the relief which a court may grant by way of judicial review is, in essence, discretionary” (*per* Lamer C.J., *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paragraph 30). At paragraph 31, the Chief Justice added:

The use of permissive, as opposed to mandatory, language in s. 18.1(3) [of the *Federal Court Act*] preserves the traditionally discretionary nature of judicial review. As a result, judges of the Federal Court, Trial Division . . . have discretion in determining whether judicial review should be undertaken.

And at paragraph 39:

This discretionary determination should not be taken lightly by reviewing courts. It was Joyal J.’s discretion to exercise,

Dans les deux cas, la référence au concept de «motifs raisonnables de croire» apparaît dans un contexte où la Section d’appel ne faisait que reprendre et expliquer les motifs de la CNLC. La Section d’appel n’indique à aucun moment que la CNLC a appliqué le mauvais test et il m’appert qu’elle ne cherchait pas non plus à modifier le test appliqué par la CNLC.

Bien qu’il s’agisse d’une erreur pour la Section d’appel de dire que la CNLC s’est dite «convaincue qu’il y avait des motifs raisonnables de croire» que le demandeur commettrait une infraction si libéré, il ne s’agit pas d’une erreur de droit dans le cadre de l’interprétation de la Loi, comme le suggère le demandeur. La Section d’appel ne fait que résumer la décision de la CNLC. Il s’agit tout simplement d’une mauvaise transcription des motifs de la CNLC qui, à mon avis, n’a aucun impact sur le critère légal à utiliser dans le cadre de l’alinéa 130(3)a) de la Loi ou sur la décision de la Section d’appel.

Conséquemment, puisque la CNLC a appliqué le test approprié lors de son évaluation de la preuve, je suis d’avis que les prétentions du demandeur doivent être rejetées.

[29] Le juge Nadon pouvait sans doute, dans l’exercice de sa discrétion, en arriver à cette interprétation des motifs de la Section d’appel. Vu, cependant, qu’il s’agit de déterminer si la Section d’appel a appliqué le bon critère légal, je préfère examiner l’argument de l’appelant en tenant pour acquis, pour les fins du débat, que la Section d’appel a appliqué le mauvais critère ou, à tout le moins, ne s’est pas vraiment interrogée sur la nature du critère applicable.

[30] Il est établi que «la réparation qu’une cour de justice peut accorder dans le cadre du contrôle judiciaire est essentiellement discrétionnaire» (juge en chef Lamer, *Canadien Pacifique Ltée c. Bande Indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 30). Le juge en chef ajoutait, au paragraphe 31:

Le fait que le par. 18.1(3) [de la *Loi sur la Cour fédérale*] crée une faculté plutôt qu’une obligation conserve la nature discrétionnaire traditionnelle du contrôle judiciaire. En conséquence, les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale [. . .] jouissent d’un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s’il y a lieu à contrôle judiciaire.

Puis au paragraphe 39:

Les cours de justice procédant au contrôle judiciaire ne devraient pas prendre cette détermination discrétionnaire à la

and unless he considered irrelevant factors, failed to consider relevant factors, or reached an unreasonable conclusion, then his decision should be respected. To quote Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046, an appellate court “must defer to the judge’s exercise of his discretion and must not interfere with it merely on the ground that the members of the appellate court would have exercised the discretion differently”.

[31] One of the reasons which may lead a judge not to grant the relief sought even when the decision on review is reviewable is the futility of reconsidering the said decision. In *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at page 228, Iacobucci J. for the Court cited with approval this passage from Professor Wade, *Administrative Law* (6th ed., 1988), at page 535:

A distinction might perhaps be made according to the nature of the decision. In the case of a tribunal which must decide according to law, it may be justifiable to disregard a breach of natural justice where the demerits of the claim are such that it would in any case be hopeless.

At page 229, Iacobucci J. explained that this factor of hopelessness was “exceptional [in] character”.

[32] I readily admit that in *Mobil Oil, supra*, it was a case of a breach of natural justice and a matter in which the answer to the point of law at issue was “inevitable” (at page 228) even if the party had an opportunity to be heard.

[33] Nevertheless, I do not see any reason why the rule developed in *Mobil Oil* cannot be applied to other types of situation. A judge must of course act with extreme caution to avoid the process of reviewing the legality of a decision becoming a process of reviewing its merits. However, it seems to me that if a judge may ignore a breach of natural justice when the outcome is inevitable he must *a fortiori* be allowed to overlook an error of law when it is not conclusive or when he is

légère. Ce pouvoir discrétionnaire appartenait au juge Joyal et, à moins qu’il ait tenu compte de facteurs non pertinents, qu’il ait omis de prendre en considération des facteurs pertinents ou qu’il ait tiré une conclusion déraisonnable, sa décision doit être respectée. Comme l’a dit lord Diplock dans l’arrêt *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, à la p. 1046, une cour d’appel [TRADUCTION] «doit déférer à la décision prise par le juge dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire et ne doit pas modifier cette décision simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment».

[31] Un des motifs qui peuvent amener un juge à ne pas accorder le remède demandé, quand bien même la décision sous contrôle serait révisable, est la futilité d’une reconsidération de ladite décision. Dans *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, à la page 228, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, a cité avec approbation cet extrait du professeur Wade, *Administrative Law* (6^e éd., 1988), à la page 535:

[TRADUCTION] On pourrait peut-être faire une distinction fondée sur la nature de la décision. Dans le cas d’un tribunal qui doit trancher selon le droit, il peut être justifiable d’ignorer un manquement à la justice naturelle lorsque le fondement de la demande est à ce point faible que la cause est de toute façon sans espoir.

Le juge Iacobucci précisait, à la page 229, que ce motif de futilité revêtait un «caractère exceptionnel».

[32] Je reconnais d’emblée que dans *Mobil Oil, supra*, il s’agissait d’un cas de manquement à la justice naturelle et d’une affaire où la réponse à la question de droit en litige était «inéluçtable» (à la page 228) quand bien même la partie aurait eu l’occasion de se faire entendre.

[33] Je ne vois pas pour autant d’obstacles à ce que le principe qui se dégage de *Mobil Oil* soit appliqué à d’autres types de situation. Le juge doit, bien sûr, agir avec une prudence extrême, pour éviter que le processus de contrôle de la légalité d’une décision ne se transforme en un processus de contrôle de son bien-fondé. Il me semble, cependant, que s’il est permis au juge d’ignorer un manquement à la justice naturelle quand le résultat est inévitable, il doit *a fortiori* lui être permis d’ignorer une erreur de droit quand elle n’est pas

satisfied that if the Court had applied the right test it would have come to the same conclusion. I note that this Court has applied *Mobil Oil* at least twice, in *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.), in which Stone J.A. applied the futility rule, explaining that “[t]he limits within which Professor Wade’s distinction should operate are yet to be established” (at paragraph 10), and in *Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 288 N.R. 48 (F.C.A.), in which Evans J.A. dismissed an application for judicial review because “the error made by the visa officer was not material to the outcome of the visa application” (at paragraph 6). Rothstein J.A. also referred to it at paragraph 88 of his dissent in *Canadian Magen David Adom for Israel v. M.N.R.*, 2002 FCA 323; [2002] F.C.J. No. 1260 (C.A.) (QL).

[34] Just recently also, in *Wihksne v. Canada (Attorney General)* (2002), 20 C.C.E.L. (3d) 20, this Court quashed a decision by a member of the Pension Appeals Board which had denied leave to appeal and referred the matter back with a direction to grant leave since in the Court’s opinion that conclusion seemed unavoidable. In *Rafuse v. Canada (Pension Appeals Board)* (2002), 286 N.R. 385 (C.A.), this Court [at paragraph 14] also recognized that it had the power to make such orders “in the clearest of circumstances”.

[35] The case at bar is a special one. The error regarding the applicable test was made at the second level by the Appeal Division, it was not made at the first level by the Board. Despite this error, the Appeal Division affirmed the Board’s decision. If the Court comes to the conclusion that the Board’s decision was of impeccable legality, it would be futile to quash the Appeal Division’s decision for error of law and refer the case back for redetermination, since the Appeal Division would unavoidably arrive at the same conclusion, although this time for the right reasons.

[36] For the reasons which I will explain in considering the appellant’s third and fourth arguments, the Board

déterminante ou quand il est satisfait que si le tribunal avait adopté le bon critère, il en serait venu à la même conclusion. Je note que cette Cour a appliqué *Mobil Oil* à deux reprises au moins, dans *Yassine c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.), où le juge Stone a appliqué le principe de la futilité en expliquant que «Les paramètres à l’intérieur desquels la distinction proposée par le professeur Wade devrait s’appliquer doivent encore être déterminés» (au paragraphe 10), et dans *Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2002), 288 N.R. 48 (C.A.F.), où le juge Evans a rejeté une demande de contrôle judiciaire parce que «l’erreur commise par l’agente des visas a été sans conséquence sur le résultat de la demande de visa» (au paragraphe 6). Le juge Rothstein y a aussi fait référence, au paragraphe 88 de sa dissidence dans *Magen David Adom canadien pour Israël c. M.R.N.*, 2002 CAF 323; [2002] A.C.F. n° 1260 (C.A.) (QL).

[34] Tout récemment, aussi, dans *Wihksne c. Canada (Procureur général)*, (2002), 20 C.C.E.L. (3d) 20; cette Cour annulait la décision d’un membre de la Commission d’appel des pensions qui avait refusé une permission d’appeler et retournait le dossier avec directive d’accueillir la permission puisque cette conclusion était, selon la Cour, incontournable. Dans *Rafuse c. Canada (Commission d’appel des pensions)* (2002), 286 N.R. 385 (C.A.), cette Cour avait également reconnu qu’elle était habilitée à rendre de telles ordonnances [au paragraphe 14] «dans les cas les plus clairs» («in the clearest of circumstances»).

[35] Le cas, en l’espèce, est particulier. L’erreur relative au critère applicable est commise au deuxième palier par la Section d’appel, elle n’est pas commise au premier palier par la Commission. En dépit de cette erreur, la Section d’appel a confirmé la décision de la Commission. Si le juge en vient à la conclusion que la légalité de la décision de la Commission est inattaquable, il serait futile de casser la décision de la Section d’appel pour cause d’erreur de droit et de lui retourner l’affaire pour nouvelle détermination, puisque la Section d’appel en arriverait alors, inéluctablement, à la même conclusion, mais cette fois pour de bons motifs.

[36] Pour les raisons que j’expose en examinant les troisième et quatrième arguments de l’appelant, la

had good grounds for concluding that there was a probability of risk, and had the Appeal Division applied the right test it could only have dismissed the appeal, as the Board's conclusion was reasonable and so beyond challenge. In the circumstances, the judge could have dismissed the application for judicial review without doing violence to the rules of administrative law. Since I am empowered to make the judgment he should have made, I would have dismissed the application for judicial review on the ground that the error of law made by the Appeal Division was not conclusive and did not in any way vitiate the Board's decision.

[37] Finally, the appellant objected to the use by Nadon J. of the words "to the conclusion that there was a likelihood the plaintiff would commit" in paragraph 30 of his reasons. This objection is without basis, as the Judge only adopted the wording used by Parliament itself in the French text of subsection 132(1), which refers to the review by the Board under section 130.

Third ground: relevant factors

[38] The appellant objected to the passage from paragraph 28 of the Trial Judge's reasons:

In the plaintiff's submission, contrary to what the Appeal Division maintained at p. 3 of its decision, the factors set out in s. 132(1) of the Act should be assessed cumulatively. In my view, there is no basis for this argument by the plaintiff. First, the wording of s. 132(1) of the Act does not support the plaintiff's interpretation. The words "any factor that is relevant" (my emphasis) indicate in my view that the NPB should only consider the relevant factors, whether one or more of the factors listed in s. 132(1) or other factors which are submitted to it and which it regards as relevant, not all the factors set out in s. 132(1) of the Act. Additionally, the word "including" used to introduce the list of factors indicates that these are only examples of relevant factors, not that all these factors should be considered by the NPB.

[39] Paragraph 28 should be read in conjunction with paragraph 29:

The plaintiff submitted no precedent in support of his interpretation of s. 132(1) of the Act. The defendant indicated that the decision of Noël J. in *Knapp* [*Knapp v. Canada (Attorney General)*] (1997), 138 F.T.R. 201, *supra*, which was

Commission avait des motifs sérieux pour conclure à la probabilité du risque et la Section d'appel, eût-elle appliqué le bon critère, n'aurait pu que rejeter l'appel tant la conclusion de la Commission était raisonnable, donc inattaquable. Dans les circonstances, le juge aurait pu rejeter la demande de contrôle judiciaire sans faire une entorse aux principes du droit administratif. Puisque je suis autorisé à rendre le jugement qu'il aurait dû rendre, j'aurais rejeté la demande de contrôle judiciaire pour le motif que l'erreur de droit commise par la Section d'appel n'est pas déterminante et ne vicie d'aucune manière la décision de la Commission.

[37] Finalement, l'appelant reproche au juge Nadon l'emploi des mots «à la conclusion qu'il existe un risque que le demandeur commette» au paragraphe 30 de ses motifs. Ce reproche est mal fondé, le juge n'ayant fait que reprendre à son compte les mots mêmes que le législateur emploie au paragraphe 132(1), lequel renvoie à l'examen fait par la Commission en vertu de l'article 130.

Troisième motif: les facteurs utiles

[38] L'appelant s'en prend à l'extrait du paragraphe 28 des motifs du juge de première instance:

Selon le demandeur, les facteurs énumérés au paragraphe 132(1) de la Loi devraient être évalués cumulativement, contrairement à ce que prétend la Section d'appel à la page 3 de sa décision. À mon avis, il n'y a aucun fondement à cet argument du demandeur. Tout d'abord, le vocabulaire du paragraphe 132(1) de la Loi n'appuie pas l'interprétation du demandeur. Les mots «tous les facteurs utiles» (je souligne) indiquent à mon avis que la CNLC doit seulement considérer les facteurs pertinents, que ce soit un ou plusieurs des facteurs énumérés au paragraphe 132(1) ou d'autres facteurs qui lui sont soumis et qu'elle considère utiles, et non tous les facteurs énumérés au paragraphe 132(1) de la Loi. De plus, le mot «notamment», qui sert d'introduction à l'énumération des facteurs, indique qu'il ne s'agit que d'exemples de facteurs utiles, et non que tous ces facteurs doivent être considérés par la CNLC.

[39] Or, ce paragraphe 28 doit être lu de concert avec le paragraphe 29:

Le demandeur ne soumet aucune jurisprudence à l'appui de son interprétation du paragraphe 132(1) de la Loi. Quant au défendeur, il indique que la décision du juge Noël dans l'affaire *Knapp* [*Knapp c. Canada (Procureur général)*]

also upheld by the Federal Court of Appeal [(1998), 229 N.R. 22 (F.C.A.)], is directly at variance with the interpretation suggested by the plaintiff. In paras. 21 to 23 of his decision, Noël J. confirmed the interpretation suggested by the wording of s. 132(1) of the Act:

In my opinion neither the wording of the section nor the Board's interpretation renders it vulnerable to a s. 7 challenge. Section 132 of the Act directs the Board to consider "any factor" relevant to the likelihood of recidivism "including a pattern of persistent violent behaviour established on the basis of any evidence". The section goes on to enumerate, in particular, seven items of evidence which can serve to establish the existence of a "pattern of persistent criminal behaviour".

A plain reading of the section indicates that the focus of the enquiry is the determination of "likelihood" and not whether some or all of the stated factors are present. It is also clear that the section does not purport to identify all relevant factors in making this determination, nor does it purport to set out a comprehensive list of the type of evidence which can serve to establish the existence of "a pattern of persistent criminal behaviour".

That of course does not make the section moot for vagueness. The legislation frames the debate in a very coherent manner by reference to stated criteria. It also allows for the consideration of any other factor relevant to the question as to whether a given offender is likely to again cause death or serious harm to another person. That is a legislative recognition that unidentified factors can be referred to in applying s. 132 and as relevance is the statutory precondition to the consideration of any such factor, the section cannot be said to be unconstitutional [sic] vague. [My emphasis.]

[40] What Nadon J., and Noël J.A. before him, decided was simply that the list of "relevant factors" in subsection 132(1) was not exhaustive, that this list was drawn up only to provide examples of what the Board had to consider and that the Board's function was to weigh the factors, not add them together. These comments by Noël J. are especially relevant:

A plain reading of the section indicates that the focus of the enquiry is the determination of "likelihood" and not

(1997), 138 F.T.R. 201], *supra*, d'ailleurs confirmée par la Cour d'appel fédérale [(1998), 229 N.R. 22 (C.A.F.)], va directement à l'encontre de l'interprétation proposée par le demandeur. En effet, aux paragraphes 21 à 23 de sa décision, le juge Noël confirme l'interprétation suggérée par le vocabulaire du paragraphe 132(1) de la Loi:

À mon avis, ni le libellé de la disposition non plus que la façon dont la Commission l'interprète ne la rendent susceptible d'être contestée aux termes de l'article 7. L'article 132 de la Loi enjoint à la Commission de prendre en compte «tous les facteurs» utiles pour évaluer le risque de récidive, «notamment un comportement violent persistant, attesté par divers éléments». La disposition énumère ensuite différents éléments de preuve pouvant servir à établir l'existence d'un «comportement violent persistant».

Une simple lecture de la disposition indique que l'enquête doit porter principalement sur l'évaluation d'un «risque» et non sur la question de savoir si tous les facteurs ou quelques-uns d'entre eux sont présents. De plus, il est évident que la disposition ne renferme ni une énumération exhaustive de tous les facteurs utiles aux fins de cette évaluation ni une liste complète de tous les types d'éléments de preuve pouvant déterminer l'existence d'un «comportement violent persistant».

Ces caractéristiques ne rendent évidemment pas la disposition inopérante du fait qu'elle serait imprécise. La disposition en question encadre le débat d'une façon cohérente en renvoyant à certains critères. Elle permet également de tenir compte de tout autre facteur pertinent quant à la question de savoir si un délinquant risque de causer à nouveau la mort ou un dommage grave à une autre personne. Le législateur a ainsi reconnu qu'il est possible d'appliquer des facteurs non énumérés dans la disposition pour interpréter l'article 132 et, étant donné que la pertinence constitue la condition préalable à l'examen de tout pareil facteur, il n'y a pas lieu de dire que la disposition est imprécise sur le plan constitutionnel. [Je souligne.]

[40] Ce que le juge Nadon et, avant lui, le juge Noël, J.C.A. ont décidé, c'est tout simplement que la liste des «facteurs utiles» énumérés au paragraphe 132(1) n'est pas exhaustive, que cette liste n'est dressée qu'à titre d'exemples de ce que la Commission est appelée à considérer et que le rôle de la Commission est de soupeser les facteurs, pas de les additionner. Ces propos du juge Noël sont particulièrement pertinents:

Une simple lecture de la disposition indique que l'enquête doit porter principalement sur l'évaluation d'un «risque» et

whether some or all of the stated factors are present.

[41] Accordingly, when the Appeal Division decided that “the factors set out in section 132(1), paragraphs (a), (b), (c) and (d) of the Act are not cumulative, although the Board must address each of the factors mentioned in that section”, it correctly described what subsection 132(1) said and what the Board did.

[42] Consequently, contrary to what was argued by the appellant, it may be that in a given case the Board will conclude that an offence is likely to be committed, even though for example in its opinion one or more or even a majority of the relevant factors are in the offender’s favour.

[43] This leads me to the appellant’s final ground.

Fourth ground: patent unreasonableness of Board’s decision

[44] According to the appellant, the Judge should have concluded that the Appeal Division erred in not finding the Board’s decision to be patently unreasonable. Unlike the appellant, I concluded earlier that the standard is that of reasonableness, a standard more advantageous to the offender.

[45] The Appeal Division found that the findings of fact made by the Board were based on the evidence. The appellant was unable, except by unsworn statements, to challenge any finding of fact whatever.

[46] As regards the “relevant factors”, the Board considered the factors mentioned in paragraph 132(1)(a), (b), (c) and (d) very carefully. It was entitled to see “persistent violent behaviour” in Mr. Cartier’s actions since he was imprisoned (paragraph 132(1)(a)). The psychological evidence filed was overwhelming for the appellant (paragraph 132(1)(b)). The appellant’s association with groups of bikers made it unlikely that the public and the appellant himself would be protected during his period of release (paragraph 132(1)(d)). The

non sur la question de savoir si tous les facteurs ou quelques-uns d’entre eux sont présents.

[41] Aussi, lorsque la Section d’appel décide «que les facteurs énumérés à l’article 132(1), paragraphes a), b), c) et d) de la Loi ne sont pas cumulatifs, bien que la Commission doive s’adresser à chacun des facteurs mentionnés audit article de la Loi», elle décrit correctement ce que dit le paragraphe 132(1) et ce qu’a fait la Commission.

[42] Il se peut, par conséquent, et contrairement à ce que plaide l’appellant, que, dans un cas donné, la Commission conclue à la probabilité qu’une infraction soit commise même si elle est d’avis, par exemple, que l’un ou l’autre ou plusieurs ou même une majorité des facteurs utiles sont favorables au délinquant.

[43] Ce qui m’amène au dernier argument de l’appellant.

Quatrième motif: le caractère manifestement déraisonnable de la décision de la Commission

[44] Selon l’appellant, le juge aurait dû conclure que la Section d’appel avait erré en ne qualifiant pas de manifestement déraisonnable la décision de la Commission. Contrairement à l’appellant, j’ai conclu plus haut que la norme est celle de la raisonabilité, une norme plus avantageuse pour le délinquant.

[45] La Section d’appel a constaté que les conclusions de fait auxquelles en était arrivée la Commission s’appuyaient sur des éléments de preuve. L’appellant a été incapable, si ce n’est par le biais d’affirmations non assermentées, de remettre en cause quelque conclusion de fait que ce soit.

[46] En ce qui a trait aux «facteurs utiles», la Commission a examiné avec beaucoup de minutie les facteurs mentionnés aux alinéas 132(1)a), b), c) et d). Il lui était loisible de voir un «comportement violent persistant» dans les agissements de M. Cartier depuis son incarcération (alinéa 132(1)a)). Le rapport psychologique déposé en preuve était accablant pour l’appellant (alinéa 132(1)b)). L’association de l’appellant à des groupes de motards rendait irréaliste la probabilité de protéger le public, et l’appellant lui-même, pendant sa

only factor in the appellant's favour was the absence of reliable information that the appellant was planning to commit an offence (paragraph 132(1)(c)). Counsel for the appellant did not maintain that other "relevant factors" were disregarded by the Board.

[47] In the circumstances, it was reasonable for the Board to say that, after weighing all the factors it regarded as relevant, it was satisfied that the appellant would commit a violent offence causing serious harm to the victim. The Appeal Division did not err in refusing to intervene, nor did Nadon J.

[48] The appeal should be allowed, but only to strike the words "with costs" from Nadon J.'s order.

[49] The Attorney General of Canada asked that the costs be awarded to him. As this appeal succeeded on the question of costs and made it possible to clarify certain provisions of the Act in question, I do not feel costs should be awarded.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

période de remise en liberté (alinéa 132(1)d)). Seule jouait en faveur de l'appellant l'absence de renseignements sûrs indiquant que l'appellant projetait de commettre une infraction (alinéa 132(1)c)). Le procureur de l'appellant n'a pas prétendu que d'autres «facteurs utiles» avaient été passés sous silence par la Commission.

[47] Dans les circonstances, il était raisonnable pour la Commission de se dire convaincue, après avoir jaugé tous les facteurs qu'elle avait jugé utiles, que l'appellant commettrait un délit de violence causant un dommage grave à la victime. La Section d'appel n'a pas erré en refusant d'intervenir. Le juge Nadon non plus.

[48] L'appel devrait être accueilli, mais aux seules fins de radier de l'ordonnance du juge Nadon les mots «avec dépens».

[49] Le procureur général du Canada a demandé que les dépens soient adjugés en sa faveur. Étant donné que cet appel réussit sur la question des dépens et qu'il a permis de clarifier certaines dispositions de la Loi en cause, je ne crois pas qu'il soit opportun d'accéder à sa demande.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A.: Je suis d'accord.

IMM-285-02
2002 FCT 1081

IMM-285-02
2002 CFPI 1081

Elek Molnar, Maria Szucs, Eric Molnar, Elek Molnar (*Applicants*)

Elek Molnar, Maria Szucs, Eric Molnar, Elek Molnar (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*défendeur*)

INDEXED AS: MOLNAR v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: MOLNAR c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, October 2; Ottawa, October 16, 2002.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 2 octobre; Ottawa, 16 octobre 2002.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Extent of duty on applicants, Hungarians of Roma ethnicity, to seek protection from persecution where police responsible for persecution — No duty on applicants to seek redress from agencies other than police — Once applicants sought assistance from police, who refused, no obligation on applicants to seek redress from other agencies; assumption state capable of protecting applicants thereby defeated — Documentary evidence of discrimination, hostility, abuse against Roma by Hungarian police.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Portée de l'obligation des demandeurs, des Hongrois d'origine ethnique Rom, de rechercher une protection contre la persécution lorsque la police en est responsable — Les demandeurs n'ont aucune obligation de rechercher réparation auprès d'organismes autres que la police — Les demandeurs ayant cherché à obtenir l'aide de la police, qui leur a opposé un refus, ils n'avaient aucune obligation de rechercher réparation auprès d'autres agences; la présomption que l'État est capable de protéger les demandeurs est donc renversée — La preuve documentaire indique que la police hongroise fait preuve de discrimination, d'hostilité et de façons abusives vis-à-vis des Rom.

The applicants, Hungarians of Roma ethnicity, claimed a well-founded fear of persecution by reason of their ethnicity, especially at the hands of the police in Hungary. They alleged that they were beaten, mistreated and humiliated by neo-Nazis, nationalists as well as by the police. The principal applicant said he was beaten by the police on three occasions, and arrested and detained by the police twice. His wife was beaten by the police twice, once when she was pregnant, which caused her to go into labour, and give birth the following day. The applicants arrived in Canada in April 2001 and claimed Convention refugee status. Based on the applicants' testimony, the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board found that the applicants were not Convention refugees because they had not adequately sought redress and protection by the police, and because they had failed to seek assistance from Roma self-governments, legal aid offices and many other organizations. This was an application for judicial review of that decision.

Les demandeurs sont des citoyens hongrois Rom qui soutiennent avoir une crainte fondée de persécution à cause de leur origine ethnique (Rom), particulièrement aux mains de la police hongroise. Ils soutiennent qu'ils ont été battus et ont fait l'objet de mauvais traitements et d'humiliations infligés par des néo-nazis, des nationalistes et des policiers. Le demandeur principal déclare qu'il a été battu par des policiers à trois occasions, ainsi qu'arrêté et détenu deux fois. Son épouse a été battue par des policiers à deux occasions, une fois alors qu'elle était enceinte ce qui a déclenché l'accouchement et causé la naissance de son enfant le jour suivant. En avril 2001, les demandeurs sont arrivés au Canada, où ils ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Se fondant sur le témoignage des revendicateurs, la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les revendicateurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention, parce qu'ils n'avaient pas adéquatement tenté d'obtenir réparation et protection auprès de la police et parce qu'ils n'avaient pas demandé l'aide des administrations autonomes des Roms, des bureaux

Held, the application should be allowed.

In *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Federal Court of Appeal imposed a heavy burden on the applicant to demonstrate that all courses of action have been exhausted before claiming the protection of another state, holding that the refusal of certain police officers to provide protection does not in itself indicate that the state is incapable of doing so. However, the police herein not only refused to protect the applicants, but were also the perpetrators of the acts of violence. So it was clearly unreasonable to have expected the applicant to seek additional protection from the police when it was the police who were responsible for the acts of violence.

The Board also erred in imposing on the applicants the burden of seeking redress from agencies other than the police. This Court has indicated that if the police refuse or are unwilling to act, there is no obligation on an individual to seek counselling, legal advice, or assistance from human rights agencies. Furthermore, it is important to draw a distinction between acts of discrimination and acts of a criminal nature. Where protection from crime is at issue, as it was herein, it is questionable whether redress could have been obtained by seeking assistance from human rights organizations. The only authority that could have provided assistance was the police.

As for the issue of state protection, in *Canada (Attorney General) v. Ward*, the Supreme Court of Canada held that the capability of a state to protect its citizens is simply an assumption that can be defeated where the claimants provide clear and convincing evidence that the state cannot protect them (eg. by advancing testimony of similarly situated individuals let down by the state protection arrangement or the claimant's testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize). That is exactly what the applicants did in the present case. They provided sufficient evidence to demonstrate that state protection was not available. Documentary evidence clearly indicated that despite efforts by the state, police protection of the Roma was inadequate. This evidence demonstrated that Roma live in fear of both the police and the judicial process in Hungary, as they are the victims of police violence and a judicial process that supports and even encourages violence against them. As was stated in *Elemer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, "When it comes to protecting Roma from the serious assaults and persecution . . . , Hungary appears to have

d'aide juridique et d'autres organisations. La présente demande de contrôle judiciaire porte sur cette décision.

Jugement: la demande est accueillie.

Dans l'arrêt *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a imposé un lourd fardeau au demandeur, qui doit démontrer qu'il a tout essayé avant de rechercher la protection d'un autre État, jugeant que le refus de certains policiers d'assurer une protection n'indique pas nécessairement qu'un État est incapable de protéger ses citoyens. En l'instance, les policiers ont non seulement refusé de protéger les demandeurs, ce sont eux qui se sont livrés aux actes de violence. Il est clair qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur cherche à obtenir à nouveau la protection des policiers, alors que c'était ces mêmes policiers qui commettaient les actes de violence à son égard.

La Commission a aussi commis une erreur en imposant aux revendicateurs le fardeau de chercher réparation auprès d'agences autres que les services de police. Lorsque des policiers refusent d'agir ou n'y sont pas disposés, notre Cour a déjà conclu que les personnes en cause n'étaient pas tenues de rechercher de l'orientation, des avis juridiques ou de l'aide auprès des agences des droits de la personne. De plus, il est important de faire une distinction entre les actes de discrimination et ceux qui sont de nature criminelle. Dans les circonstances, sachant qu'il s'agit d'être protégé contre les crimes, il n'est pas évident qu'on aurait pu obtenir réparation en recherchant l'aide des organisations des droits de la personne. La seule autorité à pouvoir fournir de l'aide est la police.

Au sujet de la protection de l'État, la Cour suprême du Canada a établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, que la capacité d'un État de protéger ses citoyens est une présomption qui peut être renversée lorsque les demandeurs peuvent prouver de façon claire et convaincante l'incapacité de l'État à les protéger (p. ex., un demandeur pourrait présenter le témoignage de personnes qui sont dans une situation semblable à la sienne et que les dispositions prises par l'État pour les protéger n'ont pas aidé ou son propre témoignage au sujet d'incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l'État ne s'est pas concrétisée). C'est précisément ce que les demandeurs ont fait en l'instance. Ils ont suffisamment prouvé que la protection de l'État n'était pas disponible. La preuve documentaire fait ressortir clairement que, malgré les efforts de l'État, la protection policière accordée aux Rom est inadéquate. Cette preuve démontre que les Rom vivant en Hongrie craignent à la fois les policiers et le processus judiciaire, puisqu'ils sont victimes de la violence policière et d'un appareil judiciaire qui appuie et même encourage la violence exercée à leur égard. Comme l'avance

suffered a break-down of State civilization”.

la décision *Elemer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, «Quand il s'agit de protéger les Rom contre les agressions graves et la persécution [...], la Hongrie paraît ne plus rien avoir en commun avec une civilisation protectrice de ses citoyens».

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cuffy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1996), 121 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Risak v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 86 F.T.R. 67; 25 Imm. L.R. (2d) 267 (F.C.T.D.); *Balogh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 22 Imm. L.R. (3d) 93 (F.C.T.D.); *N.K. v. Canada (Solicitor General)* (1995), 107 F.T.R. 25; 32 Imm. L.R. (2d) 275 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321; *Elcock v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (F.C.T.D.); *Elemer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 432; [2001] F.C.J. No. 648 (T.D.) (QL).

DISTINGUISHED:

Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1996), 143 D.L.R. (4th) 532; 206 N.R. 272 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (*P.C.K. (Re)*, [2001] C.R.D.D. No. 424 (QL)) that the applicants, Hungarians of Roma ethnicity who claimed persecution at the hands of Hungarian police, were not Convention refugees. Application allowed.

APPEARANCES:

Michael Dorey for applicants.
Mario Blanchard for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Michael Dorey & Associés, Montréal, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cuffy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 121 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); *Risak c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 86 F.T.R. 67; 25 Imm. L.R. (2d) 267 (C.F. 1^{re} inst.); *Balogh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 22 Imm. L.R. (3d) 93 (C.F. 1^{re} inst.); *N.K. c. Canada (Solliciteur général)* (1995), 107 F.T.R. 25; 32 Imm. L.R. (2d) 275 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321; *Elcock c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (C.F. 1^{re} inst.); *Elemer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 432; [2001] A.C.F. n° 648 (1^{re} inst.) (QL).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 143 D.L.R. (4th) 532; 206 N.R. 272 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié (*P.C.K. (Re)*, [2001] C.I.S.R. n° 424 (QL)) portant que les demandeurs, des Hongrois d'origine ethnique Rom qui soutenaient avoir été persécutés par la police hongroise, n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Michael Dorey pour les demandeurs.
Mario Blanchard pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Michael Dorey & Associés, Montréal, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) dated December 21, 2001 [*P.C.K. (Re)*], [2001] C.R.D.D. No. 424 (QL)], wherein the Board determined that the applicants were not Convention refugees.

[2] The applicants, Elek Molnar (senior), Elek Molnar (junior) and Maria Szucs, are Hungarian citizens of Roma ethnicity. They claim to have a well-founded fear of persecution by reason of this ethnicity.

[3] The applicants applied for refugee status in Canada and were refused by a decision of the Board dated May 27, 1998.

[4] In 1998, the applicants returned to Berekboszovmeny, Hungary, where they had previously lived. Their house was no longer there and the applicants stayed temporarily with friends. They later rented a one-room apartment in a secluded part of town.

[5] After their return, the applicants were subjected to beatings, mistreatment and humiliations at the hands of neo-Nazis, nationalists as well as by the police. More specifically, on August 20, 1998 during the celebration of a holiday, policemen beat the principal applicant and his wife. The principal applicant was arrested and detained for 13 days.

[6] On August 12, 2000, the police raided the applicants' home and attacked them with billy clubs. This incident caused the female applicant to go into labour. The following day with the help of a midwife, she gave birth to their second son.

[7] In November 2000, while the principal applicant was looking for a new home for his family, two motorcyclists followed him non-stop for approximately six hours to the Slovenian border. The following day,

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

[1] LEJUGETREMBLAY-LAMER: La présente demande porte sur le contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), en date du 21 décembre 2001 [*P.C.K. (Re)*], [2001] C.I.S.R. n° 424 (QL)], par laquelle la Commission a conclu que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.

[2] Les demandeurs, Elek Molnar (père), Elek Molnar (fils) et Maria Szucs sont des citoyens hongrois qui soutiennent avoir une crainte fondée de persécution à cause de leur origine ethnique (Rom).

[3] Les demandeurs ont déjà sollicité le statut de réfugié au Canada et leur demande a été refusée par une décision de la Commission en date du 27 mai 1998.

[4] En 1998, les demandeurs sont retournés en Hongrie, plus précisément à Berekboszovmeny, où ils vivaient antérieurement. Leur maison n'y était plus et ils sont demeurés temporairement chez des amis. Par la suite, ils ont loué un appartement d'une seule pièce dans une partie isolée de la ville.

[5] À leur retour, les demandeurs ont été battus et ont fait l'objet de mauvais traitements et d'humiliations infligés par des néo-nazis, des nationalistes et des policiers. Plus particulièrement, le 20 août 1998, pendant les célébrations d'un congé férié, des policiers ont battu le demandeur principal et son épouse. Le demandeur principal a été arrêté et détenu pendant 13 jours.

[6] Le 12 août 2000, la police a fait irruption au domicile des demandeurs et les a frappés à coups de matraque. Cet incident a déclenché des contractions chez la revendicatrice. Le jour suivant, elle a donné naissance à un second fils avec l'aide d'une sage-femme.

[7] En novembre 2000, alors que le demandeur principal était à la recherche d'un nouveau logement pour sa famille, deux motocyclistes l'ont suivi sans relâche pendant environ six heures, jusqu'à la frontière

the principal applicant returned and these motorcyclists reappeared and beat him.

[8] In December 2000, a census was being conducted in the village in order to determine the total population of the village and its ethnic composition. The applicants refrained from registering at the mayor's office for fear of the possible consequences of such a census.

[9] When the applicants failed to register with the authorities, the police forcibly took them to the station. The principal applicant was detained for six days and beaten.

[10] The applicants left Hungary on December 30, 2000. However, once in Canada, they were sent back because they lacked documentation.

[11] When they returned to Hungary, the applicants hid in pastures and stables for three months.

[12] On April 14, 2001, the applicants succeeded in travelling to Canada where they claimed refugee status.

[13] At the hearing, the principal applicant was asked whether he had ever sought redress and protection from the police. He responded that after the border incident, he made a verbal complaint to the police, but that they refused to get involved. According to him, the police laughed and said that if he was murdered, then his family could come and complain.

[14] The principal applicant was also asked why he did not consult a lawyer or seek the assistance of Roma organizations. He replied that such options would have been useless since the police in Hungary are the authority.

[15] Based on the applicants' testimony, the Board concluded that even if it accepted their allegations of persecution by the local police and nationalists, it did not believe that they had adequately sought redress and protection by the police.

de la Slovénie. Le lendemain, le demandeur principal est revenu et les motocyclistes sont réapparus et l'ont battu.

[8] En décembre 2000, un recensement a eu lieu au village afin de déterminer sa population totale et sa composition ethnique. Les demandeurs ont évité de s'inscrire au bureau du maire, craignant les conséquences possibles d'un tel recensement.

[9] Les demandeurs ayant omis de s'inscrire auprès des autorités, la police les a emmenés de force au poste. Le demandeur principal a été détenu pendant six jours et il a été battu.

[10] Les demandeurs ont quitté la Hongrie le 30 décembre 2000. Cependant, une fois au Canada, ils ont été renvoyés en Hongrie parce qu'ils ne possédaient pas la documentation nécessaire.

[11] À leur retour en Hongrie, les demandeurs se sont cachés dans des prés et des étables pendant trois mois.

[12] Le 14 avril 2001, les demandeurs ont réussi à se rendre au Canada, où ils ont revendiqué le statut de réfugié.

[13] À l'audience, on a demandé au revendicateur principal s'il avait tenté d'obtenir réparation et protection des policiers. Il a répondu qu'il s'était plaint oralement aux policiers après l'incident à la frontière, mais qu'ils ont refusé de s'impliquer. Selon lui, les policiers ont ri et déclaré que s'il était assassiné sa famille pourrait alors présenter une plainte.

[14] On a aussi demandé au revendicateur principal pourquoi il n'avait pas consulté un avocat ou demandé l'aide des organisations Rom. Il a répondu que ces options étaient inutiles, l'autorité en Hongrie étant entre les mains des policiers.

[15] Se fondant sur le témoignage des revendicateurs, la Commission a conclu que même si elle acceptait leurs allégations, à savoir qu'ils ont été persécutés par la police locale et les nationalistes, elle ne croyait pas qu'ils avaient adéquatement tenté d'obtenir réparation et protection auprès de la police.

[16] The Board also held that the applicants had not sought redress from human rights organizations. It pointed out that documentary evidence indicated that substantial progress had been made since the late 1980s in education, employment, protection, human rights by the government of Hungary as well as by non-government organizations with respect to the Roma.

[17] As a result, the Board found that the applicants were not Convention refugees because they had not adequately sought redress and protection by the police, and because they had failed to seek assistance from Roma self-governments, legal aid offices and many other organizations.

ANALYSIS

[18] The respondent submits that the Federal Court of Appeal in *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532, has imposed a heavy burden on the applicant to demonstrate that all courses of action have been exhausted before claiming the protection of another state. In that case, the Court held at paragraph 3 that the refusal of certain police officers to provide protection, does not indicate that the state is incapable of protecting its citizens:

Once it is assumed that the state (Israel in this case) has political and judicial institutions capable of protecting its citizens, it is clear that the refusal of certain police officers to take action cannot in itself make the state incapable of doing so.

[19] In my opinion, the present case can be distinguished from *Kadenko, supra*. In *Kadenko, supra*, the applicants complained to the police twice but were unable to receive assistance. However, in the case at bar, the police not only refused to protect the applicants, but were also the perpetrators of the acts of violence. According to the testimony of the principal applicant, the police beat the applicants on three separate occasions. On the first occasion, the police beat the principal applicant and his wife, and then arrested and detained him for 13 days. On the second occasion, the

[16] La Commission a aussi conclu que les revendicateurs n'avaient pas sollicité la protection des organisations des droits de la personne. Elle a noté que la preuve documentaire indique que des progrès considérables ont été accomplis depuis la fin des années 1980 dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, de la protection et des droits de la personne en ce qui a trait aux Rom, tant par le gouvernement hongrois que par les organismes non gouvernementaux.

[17] En conséquence, la Commission a conclu que les revendicateurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention parce qu'ils n'avaient pas adéquatement tenté d'obtenir réparation et protection auprès de la police et parce qu'ils n'avaient pas demandé l'aide des administrations autonomes des Rom, des bureaux d'aide juridique et d'autres organisations.

ANALYSE

[18] Le défendeur soutient que dans l'arrêt *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532, la Cour d'appel fédérale a imposé un lourd fardeau au demandeur, qui doit démontrer qu'il a tout essayé avant de rechercher la protection d'un autre État. Dans cet arrêt, la Cour a conclu, au paragraphe 3, que le refus de certains policiers d'assurer une protection n'indique pas nécessairement qu'un État est incapable de protéger ses citoyens:

Dès lors, en effet, qu'il est tenu pour acquis que l'État (en l'espèce Israël) possède des institutions politiques et judiciaires capables de protéger ses citoyens, il est certain que le refus de certains policiers d'intervenir ne saurait en lui-même rendre l'État incapable de le faire.

[19] Selon moi, on peut distinguer la présente affaire de l'arrêt *Kadenko*, précité. Dans *Kadenko*, précité, les appelants s'étaient plaints deux fois aux policiers sans recevoir aucune aide. En l'instance, les policiers n'ont pas seulement refusé de protéger les demandeurs, ce sont eux qui se sont livrés aux actes de violence. Selon le témoignage du demandeur principal, les policiers les ont battus à trois occasions. La première fois, les policiers ont battu le demandeur principal et son épouse et ils l'ont arrêté et détenu pendant 13 jours. La deuxième fois, les policiers ont fait irruption au domicile

police raided the applicants' home and attacked them with billy clubs, causing the pregnant wife to hæmorrhage, and almost lose her child. On the third occasion, the police detained the principal applicant at the police station for six days and beat him.

[20] It is clearly unreasonable to have expected the applicant to seek additional protection from the police when it is the police that were responsible for the acts of violence.

[21] Considering that the police could not provide assistance to the applicant, should the applicants have sought redress through other sources?

[22] In its decision, the Board identified numerous agencies and organizations that were enacted by the government of Hungary in order for the Roma to vindicate their rights. It highlighted the fact that legal aid had been successful in many cases of discrimination against Roma. As such, there were several avenues of redress and assistance available to the applicants, and it was incumbent upon them to seek assistance from these organizations.

[23] In my opinion, the Board erred in imposing on the applicants the burden of seeking redress from agencies other than the police.

[24] The purpose of the police is to protect the citizens. If they refuse or are unwilling to act, this Court has indicated that there is no obligation on an individual to seek counselling, legal advice, or assistance from human rights agencies.

[25] In *Cuffy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 121 F.T.R. 81 (F.C.T.D.), McKeown J. stated at paragraph 11:

The applicant in the case before me had gone to the police on several occasions as stated by the Board and they had not provided assistance to her. She has no obligation to use her own resources nor is an offer of counselling what state protection requires.

des demandeurs et les ont frappés avec des matraques, suite à quoi l'épouse enceinte a eu une hémorragie et a failli perdre son enfant. La troisième fois, les policiers ont détenu le demandeur principal au poste pendant six jours et ils l'ont battu.

[20] Il est clair qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur ait cherché à obtenir la protection des policiers, alors que c'était ces mêmes policiers qui commettaient les actes de violence à son égard.

[21] Étant donné que le demandeur ne pouvait obtenir l'aide de la police, aurait-il dû chercher réparation auprès d'autres sources?

[22] Dans sa décision, la Commission fait la liste de plusieurs agences et organisations du gouvernement hongrois qui ont été établies pour permettre aux Rom de revendiquer leurs droits. Elle a souligné que l'aide juridique offerte aux Rom a porté fruit dans de nombreux cas de discrimination exercée contre eux. Les demandeurs disposaient donc de plusieurs options pour obtenir réparation et soutien et ils auraient dû s'adresser à ces organisations pour obtenir de l'aide.

[23] Selon moi, la Commission a commis une erreur en imposant aux revendicateurs le fardeau de chercher réparation auprès d'agences autres que les services de police.

[24] Le rôle des policiers est de protéger les citoyens. S'ils refusent de le faire ou s'ils ne sont pas disposés à agir, notre Cour a déjà conclu que les personnes en cause n'étaient pas tenues de rechercher de l'orientation, des avis juridiques ou de l'aide auprès des agences des droits de la personne.

[25] Dans *Cuffy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 121 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.), le juge McKeown déclare ceci, au paragraphe 11:

La requérante à l'instance s'était adressée à la police à plusieurs reprises comme l'a dit la Commission, et la police ne lui avait pas donné d'assistance. Elle n'est nullement tenue d'utiliser ses propres ressources ni d'accepter une offre d'orientation de ce que la protection d'État exige.

[26] Similarly, in *Risak v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 86 F.T.R. 67 (F.C.T.D.), Dubé J. held at paragraph 11:

Thus, in the case at bar, the question is whether or not it was objectively reasonable to expect the applicant to have further sought the protection from the army and the police in Israel after having been so brutally rebuffed by the very authorities from whom citizens expect protection. There is nothing in our jurisprudence to the effect that in such situations the applicant has the further burden to seek assistance from human rights organizations or, ultimately, to launch an action in court against the government.

[27] Therefore, as held by Lemieux J. “Canadian jurisprudence has repeatedly stated there is no further burden on an applicant to seek assistance from human rights organizations.” (*Balogh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 22 Imm. L.R. (3d) 93 (F.C.T.D.), at paragraph 44).

[28] Furthermore, in my view, it is important to draw a distinction between acts of discrimination and acts that are criminal in nature. The organizations highlighted by the Board have been successful in reducing discrimination against the Roma. However, the purpose of these organizations is not to provide protection from crime. This is the role of the police. In *N.K. v. Canada (Solicitor General)* (1995), 107 F.T.R. 25 (F.C.T.D.), I stated at paragraphs 44 and 45:

Counsel for the respondent argued that in situations where the police refused to do their duty the individual should go to a higher tribunal or approach a different organization, such as the Human Rights Commission.

I cannot accept such a suggestion. The issue here is not merely discriminatory acts, which could be the subject of a complaint to a Human Rights Commission. Some of the acts alleged are criminal in nature (sexual and other forms of assault) and so are not within the jurisdiction of a Human Rights Commission.

[29] In the case at bar, the acts committed against the applicants were not merely discriminatory, but also

[26] De la même façon, le juge Dubé a conclu, dans *Risak c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 86 F.T.R. 67 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 11:

Donc, en l'espèce, il s'agit de déterminer s'il était objectivement raisonnable d'exiger du requérant qu'il ait davantage recherché la protection de l'armée et de la police en Israël, après avoir été si brutalement traité par ces autorités, qui sont celles de qui les citoyens s'attendent normalement de recevoir la protection. Notre jurisprudence ne contient aucun principe en vertu duquel un requérant placé dans une situation comparable à l'espèce aurait l'obligation supplémentaire de demander l'aide d'organismes de protection des droits fondamentaux ou d'intenter une action en cour contre son gouvernement.

[27] Par conséquent, comme l'a déclaré le juge Lemieux, «il est de jurisprudence constante au Canada qu'un revendicateur n'est pas tenu de rechercher l'aide d'organisations de défense des droits de l'homme». (*Balogh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 22 Imm. L.R. (3d) 93 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 44).

[28] De plus, il est important selon moi de faire une distinction entre les actes qui constituent de la discrimination et ceux qui sont de nature criminelle. Les organisations citées par la Commission ont réussi à diminuer la discrimination contre les Rom. Toutefois, l'objectif de ces organisations n'est pas de protéger les gens face à des actes criminels. C'est là le rôle de la police. Dans *N.K. c. Canada (Solliciteur général)* (1995), 107 F.T.R. 25 (C.F. 1^{re} inst.), j'ai déclaré ce qui suit, aux paragraphes 44 et 45:

Le procureur de l'intimé soutient que dans les situations où la police refuse de faire son devoir, le citoyen devrait s'adresser à une instance plus haute ou se présenter devant un organisme différent comme par exemple la Commission des droits de la personne.

Je ne peux acquiescer à une telle proposition. Il ne s'agit pas ici uniquement d'actes discriminatoires lesquels pourraient faire l'objet d'une plainte auprès d'une Commission des droits de la personne. Certains des actes reprochés sont de nature criminelle (agression sexuelle, assauts) et ne sont donc pas de la compétence d'une Commission des droits de la personne.

[29] En l'instance, les actes contre les demandeurs n'étaient pas seulement des actes discriminatoires, mais

criminal. They were threatened, detained, and beaten. Most of these acts were committed by the police, the authority that is supposed to provide protection. The Board, by concentrating on the existence of human rights agencies and legal aid, failed to address the real issue of protection from criminal acts.

[30] In these circumstances, where protection from crime is at issue, it is questionable whether redress could have been obtained by seeking assistance from human rights organizations. The only authority that could have provided assistance is the police. In my view, once the applicants sought assistance from the police and they refused, there was no obligation on them to seek redress through other sources.

[31] The question of whether the applicants have satisfied their burden relates to the broader issue of whether the state of Hungary is capable of protecting its citizens, and more particularly, the Roma. The principle concerning state protection was established by the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689. In that case, the Court held that the capability of a state to protect its citizens is simply an assumption which can be defeated where the claimants provide clear and convincing evidence that the state cannot protect them. La Forest J. indicated how this evidence might be advanced. He stated at pages 724-725:

For example, a claimant might advance testimony of similarly situated individuals let down by the state protection arrangement or the claimant's testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize. [My emphasis.]

[32] This is exactly what the applicants did in the present case. Based on the *Ward, supra*, decision, I can only conclude that the applicants have provided sufficient evidence to demonstrate that state protection was not available.

[33] As to the willingness of the state to address the situation of the Roma in Hungary, I recognize that there

bien des actes criminels. Ils ont été menacés, détenus et battus. La plupart de ces actes ont été commis par les policiers, qui sont l'autorité supposée responsable de protéger les gens. En insistant sur l'existence d'organisations de droits de la personne et d'aide juridique, la Commission n'a pas examiné la vraie question, qui est celle de la protection face à des actes criminels.

[30] Dans les circonstances, sachant qu'il s'agit d'être protégé contre les crimes, il n'est pas évident qu'on aurait pu obtenir réparation en recherchant l'aide des organisations des droits de la personne. La seule autorité à pouvoir fournir de l'aide est la police. Selon moi, du moment que les demandeurs ont cherché l'aide de la police et ne l'ont pas obtenue, ils n'étaient aucunement obligés de chercher réparation auprès d'autres sources.

[31] La question de savoir si les demandeurs se sont déchargés de leur fardeau quant à la preuve est liée à la question plus large de savoir si l'État hongrois est capable de protéger ses citoyens et, plus particulièrement, les Rom. Le principe au sujet de la protection de l'État a été établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que la capacité d'un État de protéger ses citoyens est une présomption qui peut être renversée lorsque les demandeurs peuvent prouver de façon claire et convaincante l'incapacité de l'État à les protéger. Le juge La Forest a indiqué comment cette preuve pouvait être présentée. Il déclare, aux pages 724 et 725:

Par exemple, un demandeur pourrait présenter le témoignage de personnes qui sont dans une situation semblable à la sienne et que les dispositions prises par l'État pour les protéger n'ont pas aidées ou son propre témoignage au sujet d'incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l'État ne s'est pas concrétisée. [Non souligné dans l'original.]

[32] C'est précisément ce que les demandeurs ont fait en l'instance. En suivant l'arrêt *Ward*, précité, je dois arriver à la conclusion que les demandeurs ont suffisamment prouvé que la protection de l'État n'était pas disponible.

[33] Quant à la volonté de l'État de régler la situation des Rom en Hongrie, je constate que la Commission

was substantive evidence before the Board to show that the Hungarian government had taken measures to address this issue. However, this cannot equate with adequate state protection (*Balogh, supra*). As stated by Gibson J. (*Elcock v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (F.C.T.D.), at paragraph 15):

Ability of a state to protect must be seen to comprehend not only the existence of an effective legislative and procedural framework but the capacity and the will to effectively implement that framework. [Emphasis mine.]

[34] In the present case, the documentary evidence found in the regional binder index of documents deposited by the refugee hearing officer clearly indicates that despite efforts by the state, police protection of the Roma is inadequate. This evidence demonstrates that Roma live in fear of both the police and the judicial process in Hungary, as they are the victims of police violence and a judicial process that supports and even encourages violence against them.

[35] According to a document entitled “Racism, racial discrimination, xenophobia and all forms of racial discrimination,” hostility towards the Roma is virtually systemic in the Hungarian police force. The Roma believe that they are systemically targeted by the police, as exhibited by the high number of cases of off-duty police officers harassing them. Furthermore, Roma victims are rarely able to obtain adequate remedies for such abuses. The 1997 statistics concerning “official crimes” (i.e. crimes committed by public officials) indicate that approximately three percent of cases brought against police actually led to convictions. In the few cases where police officers were convicted, the penalties were usually fines, probation or suspended sentences, and the police officers generally remained on the force.

[36] The regional index binder also contains the U.S. Department of State Country Report on Human Rights Practices for 2000, which addresses the ineffective legal

était saisie d’une preuve importante démontrant que le gouvernement hongrois avait pris des mesures en ce sens. Toutefois, ceci ne peut être décrit comme une protection adéquate de l’État (*Balogh, précité*). Comme le déclare le juge Gibson (*Elcock c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 15):

Non seulement le pouvoir protecteur de l’État doit-il comporter un encadrement légal et procédural efficace mais également la capacité et la volonté d’en mettre les dispositions en œuvre. [Non souligné dans l’original.]

[34] En l’instance, la preuve documentaire qui se trouve au cartable régional des documents déposé par l’agent chargé de la revendication fait ressortir que, malgré les efforts de l’État, la protection policière accordée aux Rom est inadéquate. Cette preuve démontre que les Rom vivant en Hongrie craignent à la fois les policiers et le processus judiciaire, puisqu’ils sont victimes de la violence policière et d’un appareil judiciaire qui appuie et même encourage la violence exercée à leur égard.

[35] Selon le document intitulé «Le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et toutes les formes de discrimination», l’hostilité envers les Rom au sein des forces policières hongroises est de nature systémique. Les Rom considèrent qu’ils sont constamment ciblés par les policiers, comme le fait ressortir le nombre élevé d’affaires de harcèlement par des policiers n’étant pas dans l’exercice de leurs fonctions. De plus, les victimes Rom obtiennent rarement une réparation adéquate suite à ces abus. Les statistiques de 1997 qui portent sur les «crimes officiels» (c.-à-d. les crimes commis par des fonctionnaires publics) indiquent qu’à peu près 3 p. 100 des affaires visant des policiers se soldent par une déclaration de culpabilité. Dans les rares cas où les policiers sont trouvés coupables, la pénalité consiste généralement en une amende, une période de probation ou une sentence suspendue. Les policiers en cause sont généralement maintenus en fonctions.

[36] Le cartable régional contient aussi le U.S. Department of State Country Report on Human Rights Practices for 2000, qui fait état de l’inefficacité de la

protection of the Roma in Hungary. According to this document, the Roma are the most common victims of police abuse. The Roma also receive less than equal treatment in the judicial process, where they are kept in pre-trial detention more often and for longer periods of time than non-Roma. This document highlights the fact that the Council of Europe's Commission against Racism and Intolerance Report for 2000 found that the legal protection of Roma is ineffective and that regulations banning discrimination are insufficiently implemented. The Amnesty International Report 2001 also indicates that this same commission held that severe problems of racism and intolerance exist in Hungary, and that the incidence of discrimination towards the Roma continue in all fields of life, especially with the police.

[37] The plight of the Roma in Hungary has led my colleague Muldoon J. to conclude that "When it comes to protecting Roma from the serious assaults and persecution shown here, Hungary appears to have suffered a break-down of State civilization". (*Elemer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 432; [2001] F.C.J. No. 648 (T.D.) (QL), at paragraph 3.) This is equally true in the present case.

[38] For these reasons, this application for judicial review is allowed. The Board's decision is set aside and the matter is sent back for redetermination in accordance with these reasons.

ORDER

[39] THIS COURT ORDERS THAT the application for judicial review is allowed. The Board's decision is set aside and the matter is sent back for redetermination in accordance with these reasons.

protection juridique accordée aux Rom en Hongrie. Selon ce document, les Rom sont les victimes les plus courantes des abus exercés par les policiers. De plus, les Rom ne reçoivent pas un traitement égal dans le cadre des procédures judiciaires, car ils sont plus souvent maintenus en détention préventive et pendant des périodes plus longues que les autres citoyens. Ce document souligne le fait que la Commission contre le racisme et l'intolérance du Conseil de l'Europe, dans son rapport pour l'année 2000, a conclu que les protections juridiques offertes aux Rom sont inefficaces et que la réglementation interdisant la discrimination n'est pas suffisamment mise en œuvre. Le rapport de 2001 d'Amnistie internationale indique aussi que cette Commission a conclu qu'il y avait de graves problèmes de racisme et d'intolérance en Hongrie, et que la discrimination envers les Rom continuait à s'exercer dans tous les domaines et était particulièrement répandue chez les policiers.

[37] La situation des Rom en Hongrie a suscité la conclusion suivante de mon collègue le juge Muldoon, savoir que «Quant il s'agit de protéger les Rom contre les agressions graves et la persécution démontrées dans la présente affaire, la Hongrie paraît ne plus rien avoir en commun avec une civilisation protectrice de ses citoyens». (*Elemer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 432; [2001] A.C.F. n° 648 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 3.) Cette conclusion s'applique également en l'instance.

[38] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la Commission est annulée et la question est renvoyée pour nouvelle décision en accord avec les présents motifs.

ORDONNANCE

[39] LA COUR ORDONNE QUE la demande de contrôle judiciaire soit accueillie. La décision de la Commission est annulée et la question lui est renvoyée pour nouvelle décision en accord avec les présents motifs.

T-1274-99
2002 FCT 1058

T-1274-99
2002 CFP1 1058

Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker and Chief Bob Crawford, on his own behalf and on behalf of the Ardoch Algonquin First Nation, and Darwin Lewis, and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc. (Applicants)

Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker et le chef Bob Crawford, en son nom et au nom de la Première nation algonquaine d'Ardoch, et Darwin Lewis, et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc. (demandeurs)

v.

c.

The Attorney General of Canada (Respondent)

Le procureur général du Canada (défendeur)

INDEXED AS: ARDOCH ALGONQUIN FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION ALGONQUINE D'ARDOCH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Trial Division, Lemieux J.—Toronto, October 10, 2001; Ottawa, October 11, 2002.

Section de première instance, juge Lemieux—Toronto, 10 octobre 2001; Ottawa, 11 octobre 2002.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Applicants claiming federal program Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS) violates Charter, s. 15(1) by discriminating against urban, off-reserve Aboriginal individuals — Principles set out in case law governing Charter, s. 15 claims reviewed, applied — AHRDS drawing distinction between applicants' communities, those of comparator group (First Nation members living on reserves) — Distinction based on analogous ground of Aboriginality—residency — Distinction failing to recognize particular group i.e. First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities — Exclusion violating human dignity in fundamental way — Substantive discrimination established.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Les demandeurs prétendent qu'un programme fédéral la stratégie de développement des ressources autochtones (SDRHA) contrevient à l'art. 15(1) de la Charte parce qu'il fait preuve de discrimination contre les Autochtones vivant hors réserve et en milieu urbain — Examen et application des principes énoncés dans la jurisprudence se rattachant aux revendications fondées sur l'art. 15 de la Charte — La SDRHA établit une distinction entre les collectivités des demandeurs, et celles d'un groupe de comparaison (les membres de la Première nation vivant dans les réserves) — Distinction fondée sur le motif analogue d'autochtonité—lieu de résidence — La distinction ne reconnaît pas un groupe particulier, c'est-à-dire les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural — L'exclusion porte atteinte à la dignité humaine d'une façon fondamentale — Preuve d'une discrimination réelle.

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS) substantively discriminating against First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities — Program pressing, substantial as helping Aboriginal people to get jobs — But means taken to implement AHRDS neither rationally connected to objective nor minimally impairing right as little as possible — Discrimination not justified under Charter, s. 1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA) fait réellement preuve de discrimination contre les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural — Il s'agit d'un programme urgent et réel puisqu'il aide les Autochtones à se trouver des emplois — Mais le moyen pris pour appliquer la SDRHA n'a pas de lien rationnel avec l'objectif et l'atteinte aux droits n'est pas minimale — Cette discrimination n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte.

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Substantive discrimination resulting from AHRDS's exclusion of applicants' communities not justified under Charter, s. 1 — Appropriate remedy to undo exclusion by ordering inclusion — HRDC ordered to eliminate discrimination by providing community control over labour training programs to applicants' communities.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La discrimination réelle résultant de l'exclusion des collectivités des demandeurs de la SDRHA n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte — Le recours approprié est de supprimer l'exclusion de ces collectivités en ordonnant leur inclusion — DRHC doit supprimer la discrimination en accordant aux collectivités des demandeurs le contrôle local des programmes de formation professionnelle.

Native Peoples — Federal program, Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), labour market initiative implemented through mechanism of funding agreements, discriminating against First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities because of decision to enter agreements only with representatives of First Nation members living on reserves — Breach of Charter, s. 15 not justified under Charter, s. 1 as means taken to implement AHRDS neither rationally connected to objective nor minimally impairing right as little as possible — Appropriate remedy to undo exclusion of applicants' communities by ordering HRDC to provide community control over labour training programs to applicants' communities.

This was an application for judicial review of a decision by Human Resources Development Canada (HRDC) not to enter into an Aboriginal Human Resources Development Agreement (AHRDA) with representative organizations mandated by the applicants' communities. The challenged program is the Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), a labour market initiative of HRDC implemented through the mechanism of funding agreements (known as AHRDA). According to the applicants, HRDC substantially discriminated against them because of its decision to enter into AHRDAs only with the provincial or regional affiliates of the Assembly of First Nations, with the Métis National Council and the Inuit Tapirisat of Canada. The applicants did not want to deny the benefits of AHRDAs to those who currently enjoy them, but simply wanted HRDC to ensure that those benefits are provided to all Aboriginal peoples equally. It was agreed that Aboriginal peoples in Canada suffer a high rate of unemployment and face special problems and barriers in obtaining employment and employment skills. The objective of the AHRDS and its two predecessors was to assist Aboriginal peoples in obtaining employment skills by providing labour market development programs delivered by Aboriginal organizations with responsibility over human resources development and promoting their capacity to exercise that responsibility in a manner which addresses the needs of distinct Aboriginal groups and communities across Canada. The applicants claimed that, instead of negotiating AHRDAs with urban and non-status First Nation peoples through their communities and mandated organizations, HRDC unilaterally imposed the separate program, that is, the urban/off-reserve component, on them, adding that this component does not give urban and non-status First Nation communities any control over training funds. Three issues were raised: (1) whether AHRDS violated subsection 15(1) of the Charter by discriminating against urban and off-reserve Aboriginal individuals; (2) if so, whether that discrimination was justifiable under section 1 of the Charter; (3) if not justifiable, what was the appropriate remedy?

Peuples autochtones — Un programme fédéral, la stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA), une initiative du marché du travail mise en œuvre par un mécanisme d'accords de financement, fait de la discrimination contre les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural à cause de la décision de ne conclure des accords qu'avec les représentants des membres de la Première nation vivant dans les réserves — La violation de l'art. 15 de la Charte n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte étant donné que les moyens pris pour mettre en œuvre la SDRHA n'ont pas de lien rationnel avec son objectif, et que l'atteinte aux droits n'est pas minimale — Le remède approprié consiste à supprimer l'exclusion des collectivités des demandeurs en ordonnant à DRHC de leur confier le contrôle local des programmes de formation professionnelle.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par Développement des ressources humaines Canada (DRHC) de ne pas conclure d'Accords de développement des ressources humaines autochtones (ADRHA) avec des organisations représentatives mandatées par les collectivités des demandeurs. Le programme contesté est la Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA), une initiative axée sur le marché du travail de DRHC mise en œuvre au moyen d'accords de financement (connus sous le nom d'ADRHA). Selon les demandeurs, DRHC a fait preuve de discrimination réelle contre eux en raison de sa décision de conclure des ADRHA uniquement avec des organisations provinciales ou régionales affiliées à l'Assemblée des premières nations, avec le Rassemblement national des Métis et Inuit Tapirisat du Canada. Les demandeurs ne veulent pas retirer les avantages des ADRHA aux personnes qui en profitent à l'heure actuelle, mais ils souhaitent que DRHC veille à ce que les avantages de cette stratégie soient offerts également à tous les peuples autochtones. Tous conviennent que les peuples autochtones du Canada sont aux prises avec un taux élevé de chômage et font face à des problèmes et à des obstacles particuliers dans leur recherche d'emploi et l'acquisition des compétences nécessaires. La SDRHA et ses deux prédécesseurs avaient pour objectif d'aider les peuples autochtones à développer leurs aptitudes au travail en les faisant participer à des programmes de développement du marché du travail élaborés et mis en œuvre par des organisations autochtones, qui sont responsables du développement des ressources humaines, et en développant leur capacité à s'acquitter de cette responsabilité d'une manière qui traite des besoins particuliers des groupes et des collectivités autochtones partout au Canada. Les demandeurs prétendent qu'au lieu de négocier des ADRHA avec les membres des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut en passant par leurs collectivités et leurs organismes représentatifs, DRHC leur a unilatéralement imposé un programme distinct, soit le volet réservé aux Autochtones vivant en milieu urbain et hors réserve, et ils ajoutent que ce volet n'accorde aux membres

Held, the application should be allowed.

(1) Principles governing claims under section 15 of the Charter are found in three Supreme Court of Canada decisions: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* and *Lovelace v. Ontario*. In *Law*, Iacobucci J. pointed out that the general approach to section 15 must always be purposive and contextual and mandates a three-stage inquiry concerning the impugned law or action: (1) whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others; (2) whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds; and (3) whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory. He identified four contextual factors concerning the issue of whether a claimant has made out a case of substantive discrimination. Those factors are: (1) the pre-existing disadvantage; (2) the relationship between grounds and the claimant's characteristics or circumstances; (3) the ameliorative purpose or effects; and (4) the nature of the interest affected. As to the second contextual factor, it is easier to establish discrimination where the impugned legislation or program fails to take into account a claimant's actual situation. The third factor was considered to be important because "the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society". In *Corbiere*, the Supreme Court of Canada followed the framework analysis for section 15 set out in *Law* and struck down, on Charter, section 15 grounds, *Indian Act*, section 77 which required Band members to be "ordinarily resident on the reserve" in order to vote in Band elections. The Court held that 'Aboriginality-residence' was an analogous ground, but there was a divergence of opinion as to whether this result was achieved by examining the purpose of section 15, or by looking at contextual factors. In *Lovelace*, the Supreme Court reiterated that the central purpose of the guarantee in subsection 15(1) is to protect against the violation of essential human dignity and confirmed the three broad inquiries required for the determination of a discrimination claim. The finding of non-discrimination turned mainly on the contextual factor which relates the grounds of the claim of discrimination to the needs, capacities

des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut aucun contrôle sur les fonds affectés à la formation. Trois questions ont été soulevées: 1) la SDRHA contrevient-elle au paragraphe 15(1) de la Charte en faisant preuve de discrimination à l'encontre des Autochtones vivant dans les villes et hors réserve; 2) dans l'affirmative, cette discrimination peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte; 3) dans la négative, quel est le redressement approprié?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) Les principes qui régissent les revendications fondées sur l'article 15 de la Charte se trouvent dans trois décisions de la Cour suprême du Canada: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* et *Lovelace c. Ontario*. Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci a signalé que la démarche générale à suivre pour interpréter l'article 15 doit toujours être fondée sur l'objet visé et le contexte et exige que l'on se pose trois grandes questions concernant la loi ou la mesure contestée: 1) la loi, le programme ou l'activité crée-t-il une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? 2) cette différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues? et 3) la loi, le programme ou l'activité contesté a-t-il un objet ou un effet réellement discriminatoire? Il a identifié quatre facteurs contextuels pour déterminer si le demandeur a prouvé qu'il y avait réellement discrimination. Ces facteurs sont: 1) le désavantage préexistant; 2) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur; 3) l'objet ou l'effet d'amélioration; et 4) la nature du droit touché. Pour ce qui est du deuxième facteur contextuel, il est plus facile d'établir la discrimination lorsque la disposition législative ou le programme contesté ne prend pas en compte la situation véritable d'un demandeur. Le troisième facteur a été considéré comme important parce que «le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire». Dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour suprême du Canada a suivi le cadre d'analyse de l'article 15 énoncé dans l'arrêt *Law* et a annulé, pour des motifs fondés sur l'article 15 de la Charte, l'article 77 de la *Loi sur les Indiens* qui exigeait que les membres de la bande «réside[nt] ordinairement sur la réserve» pour avoir le droit de voter aux élections de la bande. La Cour a conclu que «l'autochtonité-lieu de résidence» est un motif analogue, mais il y a eu divergence d'opinions quant à savoir si on parvient à ce résultat en examinant l'objet de l'article 15 ou en tenant compte des facteurs contextuels. Dans l'arrêt *Lovelace*, la Cour suprême a réitéré que l'objectif essentiel de la garantie accordée par le paragraphe 15(1) est de protéger la population contre toute atteinte à la dignité humaine essentielle et a

and circumstances of the band communities.

The applicants were compared with First Nation members living on-reserve for the purpose of determining whether they and the communities they live in are treated differently by the impugned governmental program. The comparison was between First Nation band communities and First Nation urban and rural non-band communities, which was the comparison in *Lovelace*. There was no question that the AHRDS is subject to Charter scrutiny. The first stage of the discrimination inquiry under section 15 of the Charter was whether the program makes a distinction that denies equal benefit, or imposes an unequal burden or treatment between the applicants and those in the comparator group. The applicants claimed that the benefit denied or unequal treatment imposed is the inability under the AHRDS for the communities they live in to do what First Nation members living in on-reserve communities can do for their members, both on and off-reserve. Devolving decision-making for labour market programming to Aboriginal communities was the premise upon which AHRDS and its predecessors were built. AHRDS draws a distinction between the applicants' communities and those of the comparator group. First Nation band communities enjoy the benefits of local community control while the applicants' communities do not. The distinction was not overcome by the urban component of AHRDS, the purpose of which was different. The applicants met the first stage of the discrimination inquiry. They also crossed the second stage which asks whether the distinction drawn by AHRDS is based on enumerated grounds under section 15 of the Charter or analogous grounds. A finding of an analogous ground such as Aboriginality-residency has a permanency for application in future cases which does not vary in accordance with the circumstances. Off-reserve residency was accepted as an analogous ground in *Corbiere*. The distinction drawn by AHRDS was based on that analogous ground. HRDC's decision not to enter into an AHRDA encompassing the element of local community control, with the organizations mandated by the applicants, was based on where they lived, i.e. Aboriginality-residence. Under the third stage of the inquiry, the question was whether AHRDS has a purpose or effect that is substantive discrimination, which involved a consideration of the four contextual factors outlined in the case law. First, it was made clear in *Lovelace* that band and non-band communities suffer from historical disadvantage and a section 15 inquiry does not direct a "race to the bottom". All Aboriginal people are affected by "the legacy of stereotyping and prejudice". HRDC's decision not to enter into an AHRDA with representative organizations mandated by the applicants'

confirmé qu'il faut répondre aux trois grandes questions pour statuer sur une allégation de discrimination. La conclusion de non-discrimination s'appuyait principalement sur le facteur contextuel qui lie les motifs de l'allégation de discrimination aux besoins, capacités et situations personnelles des collectivités des bandes.

Les demandeurs ont été comparés aux membres des Premières nations qui vivent dans les réserves afin de déterminer si eux-mêmes et les collectivités dans lesquelles ils vivent sont traités différemment par le programme étatique contesté. La comparaison a été faite entre les communautés des Premières nations constituées en bandes et les communautés des Premières nations non constituées en bandes qui vivent en milieu urbain et rural, ce qui était le groupe de comparaison dans l'arrêt *Lovelace*. Il ne fait aucun doute que la SDRHA peut faire l'objet d'un examen au regard de la Charte. La première étape de l'examen relatif à la discrimination fondé sur l'article 15 de la Charte consiste à se demander si le programme établit une distinction qui nie l'égalité du bénéfice de la loi, impose un fardeau injuste ou un traitement inégal entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison. Les demandeurs ont fait valoir que l'avantage nié ou le traitement inégal imposé est l'incapacité des communautés dans lesquelles ils vivent de faire, dans le cadre de la SDRHA, ce que les membres des Premières nations vivant dans les réserves peuvent faire pour leurs membres, qu'ils vivent dans la réserve ou hors réserve. Déléguer la prise de décisions pour les programmes liés au marché du travail aux communautés autochtones était la prémisses à partir de laquelle la SDRHA et ses prédécesseurs ont été construits. La SDRHA établit une distinction entre les communautés des demandeurs et celles du groupe de comparaison. Les communautés des Premières nations constituées en bandes profitent des avantages du contrôle exercé par la communauté locale alors que les communautés des demandeurs ne peuvent en faire autant. La distinction n'est pas compensée par le volet urbain de la SDRHA, dont l'objectif est différent. Les demandeurs ont satisfait au premier critère. Ils ont également franchi la deuxième étape qui demande si la distinction établie par la SDRHA est fondée sur un motif énuméré à l'article 15 de la Charte ou sur un motif analogue. La détermination d'un motif analogue comme l'autochtonité-lieu de résidence lui donne un caractère de permanence qui permet de l'appliquer dans des causes à venir, indépendamment des circonstances. La résidence hors réserve a déjà été acceptée comme un motif analogue dans l'arrêt *Corbiere*. La distinction établie par la SDRHA était fondée sur ce motif analogue. La décision de DRHC de ne pas conclure d'ADRHA, englobant l'élément de contrôle communautaire local, avec les organisations mandatées par les demandeurs, était basée sur leur lieu de résidence, c'est-à-dire l'autochtonité-lieu de résidence. Dans le cadre de la troisième étape de l'analyse, il faut se demander si la SDRHA a un objet ou un effet qui constitue de la discrimination réelle,

communities perpetuated the historic disadvantage and continued the stereotype of the applicants being less worthy and less organized. The second contextual factor speaks to the relationship between the basis on which the differential treatment occurs and the characteristics of the claimant. There was no reliable evidence that the needs, capacities and circumstances of the applicants and the communities they live in are different from the needs of First Nations reserve-based communities. The applicants did not have to show that they are more disadvantaged than the reserve-based First Nation members. AHRDS is a universal program whose purpose is to provide enhanced employment opportunities for all Aboriginal peoples in Canada and the benefits of local community control do not differ whether a First Nation person lives on the reserve or not. The third contextual factor considers the ameliorative purpose. AHRDS is a general comprehensive program geared to assisting all Aboriginal peoples, wherever they live, in order to enhance their skills, so they can gain employment in the communities in which they live. It targets all Aboriginal people and seeks to ameliorate all. It is underexclusive in terms of First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities whom the applicants represent. They have been differentially treated by HRDC and unjustifiably excluded from the purpose and significant benefit of AHRDS. Finally, consideration was given to the nature of the interest affected. The distinction drawn by the AHRDS constitutes a complete non-recognition of a particular group, i.e. the communities in which the applicants live. Such exclusion violates their human dignity in a fundamental way and by ignoring their community, stereotypes them as less worthy of recognition. Substantive discrimination was established.

(2) The section 1 Charter analysis includes two elements, first whether the program meets a pressing and substantial objective, and second, the proportionality analysis which also has three steps. AHRDS is a program which is pressing and substantial since its purpose is to help Aboriginal people, who suffer high unemployment, to get jobs. However, the means taken to implement the AHRDS was neither rationally connected to the objective nor did it minimally impair the right as little as possible. The applicants' communities were

ce qui suppose que l'on examine les quatre facteurs contextuels énumérés dans la jurisprudence. Premièrement, l'arrêt *Lovelace* fait clairement ressortir que les communautés constituées en bandes et celles qui ne le sont pas ont subi un désavantage historique et un examen fondé sur l'article 15 n'engage pas les parties dans une «course vers le bas». Tous les peuples autochtones subissent «des effets de l'héritage de stéréotypes et préjugés». La décision de DRHC de ne pas conclure d'ADRHA avec les organismes représentatifs nommés par les communautés des demandeurs perpétue le désavantage historique et maintient le stéréotype selon lequel les demandeurs sont moins importants et moins organisés. Le deuxième facteur contextuel traite de la relation entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques du demandeur. Il n'y avait pas de preuve valable que les besoins, les capacités et la situation des demandeurs et des communautés dans lesquelles ils vivent sont différents des besoins des communautés des Premières nations vivant dans les réserves. Les demandeurs n'avaient pas à démontrer qu'ils sont plus défavorisés que les membres des Premières nations vivant dans des réserves. La SDRHA est un programme universel dont le but est de fournir de meilleures possibilités d'emploi à tous les peuples autochtones du Canada et les avantages que procure le contrôle communautaire local ne diffèrent pas selon qu'un membre d'une Première nation vit dans une réserve ou non. Le troisième facteur contextuel traite de l'objet améliorateur. La SDRHA est un programme complet qui a pour but d'aider tous les peuples autochtones, quel que soit l'endroit où ils vivent, afin d'améliorer leurs compétences, de façon à ce qu'ils puissent se trouver des emplois dans les collectivités où ils vivent. Elle cible tout les peuples autochtones et elle a pour but d'améliorer leur situation à tous. Elle a un caractère trop limitatif pour ce qui est des communautés des Premières nations vivant dans les villes ainsi que pour celles qui vivent hors réserve en milieu rural, que les demandeurs représentent. Ils ont été traités de façon différente par DRHC et injustement exclus de l'objet et des bienfaits importants offerts par la SDRHA. Finalement, on a examiné la nature du droit touché. La distinction établie par la SDRHA constitue une non-reconnaissance complète d'un groupe particulier, c'est-à-dire les communautés dans lesquelles les demandeurs vivent. Une telle exclusion porte atteinte à leur dignité humaine d'une façon fondamentale et le fait d'ignorer leur communauté les rend moins dignes de reconnaissance. Il y a eu discrimination réelle.

2) L'analyse de l'article premier de la Charte comporte deux éléments, dont le premier consiste à déterminer si le programme répond à un objectif urgent et réel; le deuxième élément est l'analyse de la proportionnalité qui comporte également trois étapes. La SDRHA est un programme qui est urgent et réel puisque son objectif est d'aider les peuples autochtones, qui connaissent un taux de chômage très élevé, à trouver des emplois. Toutefois, le moyen utilisé pour mettre en œuvre la SDRHA n'a pas de lien rationnel avec l'objectif

denied the key to making the program work successfully so that it could achieve its goal, that is local decision-making by representative groups mandated by the applicants' communities. The latter were excluded because they had no AHRDAs and this was without justification. The issue of critical mass was not relevant to the applicants' communities. Moreover, there was no clear evidence that the applicants' communities are fragmented as to who represents them in labour training matters. Canada led no evidence of any study or arrangements considered other than shutting out the applicants' communities from participation, on an equal basis, in decision-making about labour market programming. The discrimination was not justified under section 1 of the Charter.

(3) The discrimination to be remedied was specific to the applicants and their communities. The appropriate remedy was to undo AHRDS's exclusion of the applicants' communities by ordering inclusion. HRDC was therefore ordered to eliminate the discrimination by providing community control over labour training programs to the applicants' communities. These communities could then, through representative organizations responsible to the community members, design, implement and fund training programs which will meet the needs of the Aboriginal community where the applicants reside. This remedy substantially leaves in place the AHRDS and the AHRDAs which are in operation and preserves the integrity of the program.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 61 C.R.R. (2d) 189; 239 N.R. 1; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103;

et l'atteinte au droit n'est pas minimale. On a refusé aux communautés des demandeurs la clé du succès du programme de façon que son objectif puisse être atteint, savoir la prise de décisions à l'échelon local par des groupes représentatifs mandatés par les communautés des demandeurs. Ces derniers ont été exclus parce qu'ils n'ont pas conclu d'ADRHA et ce, sans justification. La question de la masse critique n'était pas pertinente eu égard aux collectivités des demandeurs. Qui plus est, il n'y a pas eu de preuve claire que les communautés des demandeurs ne s'entendent pas sur les organismes qui les représentent sur les questions de formation en matière d'emploi. Le Canada n'a produit aucune preuve d'études ou de mesures qui auraient été prises en compte afin d'exclure les communautés des demandeurs de la participation, sur une base égale, au processus décisionnel concernant les programmes de développement du marché du travail. La discrimination n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

3) La discrimination à laquelle il faut remédier était particulière aux demandeurs et à leurs communautés. Le redressement approprié était de supprimer l'exclusion des communautés des demandeurs de la SDRHA en ordonnant leur inclusion. La Cour a donc ordonné à DRHC de supprimer la discrimination en conférant aux communautés des demandeurs le contrôle sur les programmes de formation liés au marché du travail. Ces communautés pourront alors, par des organismes représentatifs responsables envers les membres de la communauté, concevoir, mettre en œuvre et financer des programmes de formation qui répondront aux besoins des communautés autochtones dans lesquelles demeurent les demandeurs. Ce redressement laisse en place la presque totalité de la SDRHA et des ADRHA qui sont en vigueur et préserve l'intégrité du programme.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 61 C.R.R. (2d) 189; 239 N.R. 1; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1

(1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

REFERRED TO:

Eaton v. Brant County Board of Education, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 23 O.R. (3d) 160; 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (2d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

AUTHORS CITED:

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vols. 3, 4, Ottawa: Minister of Supply and Services, 1996.

APPLICATION for judicial review of a decision by Human Resources Development Canada not to enter into an Aboriginal Human Resources Development Agreement with representative organizations mandated by the applicants' communities on the ground that it violated Charter, section 15. Application allowed.

APPEARANCES:

Christopher M. Reid for applicants Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, Chief Bob Crawford and the Ardoch Algonquin First Nation.
Greg Tramley for applicants Darwin Lewis and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc.
Michael H. Morris, M. Sean Gaudet and Lara M. Speirs for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Christopher M. Reid, Toronto, for applicants Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, Chief Bob Crawford and the Ardoch Algonquin First Nation.
McCandless & Associates, Winnipeg, for applicants Darwin Lewis and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

DÉCISIONS CITÉES:

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 23 O.R. (3d) 160; 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (2d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

DOCTRINE:

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, 4, Ottawa: Ministère des approvisionnements et services, 1996.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de Développement des ressources humaines Canada de ne pas conclure d'accord de développement des ressources humaines avec les organisations représentatives mandatées par les communautés des demandeurs au motif que cette décision contrevient à l'article 15 de la Charte. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Christopher M. Reid pour les demandeurs Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, le chef Bob Crawford et la Première nation algonquine d'Ardoch.
Greg Tramley pour les demandeurs Darwin Lewis et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc.
Michael H. Morris, M. Sean Gaudet et Lara M. Speirs pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Christopher M. Reid, Toronto, pour les demandeurs Roger Misquadis Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, le chef Bob Crawford et la Première nation algonquine d'Ardoch.
McCandless & Associates, Winnipeg, pour les demandeurs Darwin Lewis et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

LEMIEUX J.:

A. INTRODUCTION

[1] The challenged program in this judicial review application is the Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), a labour market initiative of Human Resources Development Canada (HRDC) implemented through the mechanism of funding agreements known as Aboriginal Human Resources Development Agreements (AHRDAs) which HRDC enters into with certain Aboriginal entities to whom are devolved considerable control over the planning, design and delivery of employment training programs for Aboriginal peoples to enhance their skills and employability and, once employed, to retain those jobs.

[2] The central issue in this application is whether HRDC violated section 15 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.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44]] (the Charter) by not entering AHRDAs with Aboriginal labour market organizations claimed by the applicants to have been mandated for spearheading labour market programming by and responsible to the Aboriginal communities they live in. The result of not having AHRDAs, the applicants claim, is to treat them differently compared to other Aboriginal individuals and communities who have AHRDAs, that is reserve-based First Nations and Métis organizations and to deny them and the Aboriginal communities they live in with equal benefits of the AHRDAs: local community control over labour market training initiatives by the local Aboriginal communities the applicants live in to whom the organizations they have mandated for planning, design and delivery are accountable.

[3] The applicants Roger Misquadis and Dorothy Phipps-Walker are both members of Indian bands

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

LE JUGE LEMIEUX:

A. INTRODUCTION

[1] Le programme contesté dans la présente demande de contrôle judiciaire est la Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA), une initiative axée sur le marché du travail de Développement des ressources humaines Canada (DRHC) mise en œuvre au moyen d'accords de financement connu sous le nom d'Accords de développement des ressources humaines autochtones (ADRHA) que DRHC a conclus avec certaines organisations autochtones à qui on a confié un contrôle considérable sur la planification, la conception et la prestation de programmes de formation professionnelle pour les peuples autochtones afin d'améliorer leurs aptitudes et leur employabilité et, une fois qu'ils ont trouvé des emplois, de les aider à les conserver.

[2] La question principale dans la présente demande consiste à déterminer si DRHC a contrevenu à l'article 15 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) en ne concluant pas d'ADRHA avec les organisations autochtones d'aide à l'emploi qui, selon les demandeurs, ont été mandatées pour promouvoir les programmes relatifs au marché du travail et qui rendent compte aux collectivités autochtones dans lesquelles ils vivent. L'absence d'ADRHA, au dire des demandeurs, a pour résultat qu'ils sont traités différemment des autres individus et collectivités autochtones qui ont signé des ADRHA, c'est-à-dire les organisations des Premières nations et des Métis qui vivent dans des réserves, et ainsi de leur refuser à eux et aux collectivités autochtones dans lesquelles ils vivent les avantages qu'offrent les ADRHA: soit le contrôle local des initiatives de formation professionnelle par les collectivités autochtones dans lesquelles les demandeurs vivent et à qui rendent compte les organisations mandatées par eux pour planifier, concevoir et assurer la prestation des services.

[3] Les demandeurs Roger Misquadis et Dorothy Phipps-Walker sont tous deux membres de bandes

recognized under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] and their names have been registered on the Indian Registry maintained under the *Indian Act*. They have lived all of their lives off-reserve in the Greater Toronto area (GTA) and are members of the Aboriginal community there. Neither have any connection with the band or reserve they are registered with.

[4] Chief Bob Crawford and Mona Perry are members of the Ardoch Algonquin First Nation and Allies (Ardoch). Both are Indians who, despite this fact like 100,000 others similarly situated, are not eligible to be registered as Indians under the *Indian Act*. Bob Crawford is the elected Chief of Ardoch, a First Nation which is an Aboriginal community of 500 persons located near Mattawa in the Ottawa Valley but is not an Indian Band recognized under the *Indian Act* and therefore has no reserve.

[5] Peter Ogden is a Mic-Mac originally from Nova Scotia who now lives in Hamilton with his family. He is not a registered Indian.

[6] Aboriginal Council of Winnipeg Inc. (ACW) was formed in 1990 as a result of an amalgamation of two organizations representing the interests of the members of the Winnipeg Aboriginal community, the largest one of Canada made up of approximately 60,000 to 70,000 residents. The amalgamated associations were the Urban Indian Association, representing non-status (essentially non-registered) First Nation Peoples and also individuals of Métis ancestry. The other organization, the Council of Status and Treaty Indians represented treaty and status First Nation individuals.

[7] According to the applicants, HRDC substantially discriminates against them because of its decision to enter into AHRDAs only with the provincial or regional affiliates of the Assembly of First Nations (AFN), with the Métis National Council (MNC) and the Inuit Tapirisat of Canada (ITC) with whom Canada signed National Framework Agreements in 1996 which is aggravated, they claim, by HRDC's unilateral decisions to implement the urban component of the AHRDS in urban First Nation communities and, in Ontario, to graft on the urban component rural non-status Aboriginal

indiennes reconnues dans la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] et leurs noms ont été inscrits dans le registre des Indiens tenu en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Ils ont toujours vécu hors réserve dans la région du Grand Toronto et ils sont membres de la collectivité autochtone de cette région. Ni l'un ni l'autre n'a de lien avec la bande ou la réserve dans laquelle il est inscrit.

[4] Le chef Bob Crawford et Mona Perry sont membres de la Première nation algonquine d'Ardoch et ses alliés (Ardoch). Ce sont deux Indiens qui, comme 100 000 autres se trouvant dans la même situation, n'ont pas le droit d'être inscrits comme Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Bob Crawford est le chef élu d'Ardoch, une Première nation qui regroupe 500 personnes, située près de Mattawa dans la vallée de l'Outaouais, mais qui n'est pas une bande indienne reconnue en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qui n'a donc pas de réserve.

[5] Peter Ogden est un Mic-Mac originaire de la Nouvelle-Écosse qui vit maintenant à Hamilton avec sa famille. Son nom n'est pas inscrit au registre des Indiens.

[6] Le Conseil des Autochtones de Winnipeg Inc. (CAW) a été constitué en 1990 par suite de la fusion de deux organisations représentant les intérêts des membres de la collectivité autochtone de Winnipeg, la plus importante au Canada, comptant environ 60 000 à 70 000 résidents. Les associations fusionnées étaient l'Urban Indian Association, représentant des membres des Premières nations sans statut (essentiellement des Indiens non inscrits) de même que des personnes de descendance métisse. L'autre organisme, le Council of Status and Treaty Indians représentait les membres des Premières nations inscrits et visés par des traités.

[7] Selon les demandeurs, DRHC se rend coupable de discrimination réelle contre eux en raison de sa décision de conclure des ADRHA uniquement avec des organisations provinciales ou régionales affiliées à l'Assemblée des premières nations (APN), avec le Rassemblement national des Métis (RNM) et Inuit Tapirisat du Canada (ITC) avec lesquels le Canada a signé des accords types nationaux en 1996, ce qui est aggravé, d'après leurs prétentions, par la décision unilatérale de DRHC d'appliquer le volet urbain de la SDRHA dans les collectivités des Premières nations

First Nation communities such as Ardoch.

[8] The applicants do not want to deny the benefits of AHRDAs to those who currently enjoy them. They think the AHRDS is a sound strategy letting Aboriginal communities deal with Aboriginal labour market issues. The applicants want HRDC to ensure its benefits are provided to all Aboriginal peoples equally.

[9] The AHRDS had two predecessors. The Pathways to Success Strategy (Pathways), implemented in 1991 for a period of five years, was a new strategy providing for the direct involvement of Aboriginal peoples and organizations in employment training programs. Pathways was replaced by the New Relationship Strategy (the New Relationship), a three-year effort, in effect until March 31, 1999.

[10] Fundamentally, the applicants view Pathways as the program which was the most successful and without discrimination having as its central feature local control of decision-making by and accountability to Aboriginal peoples through representative organizations.

[11] The applicants claim the New Relationship, based as it was on the national accords with the AFN, MNC and ITC, and implemented through Regional Bilateral Agreements (RBAs) was a regressive step because it shifted exclusive control over labour market programming, at least in Winnipeg, Toronto, the Niagara Peninsula and in Ontario rural non-band communities to the reserve-based First Nation communities. HRDC, they assert, excluded them and the communities they live in from benefits of the strategy which they had participated in under Pathways. They say under the RBAs funding to urban and rural non-reserve Aboriginal First Nation communities declined with the result, for example, individual applications for grants towards the payment of fees to pay for attendance at training courses were denied. More important, they argue, is the loss of control, Pathways purpose, over their ability to fund training programs that best meet the

vivant dans les villes et, en Ontario, de rattacher à ce volet urbain les collectivités des Premières nations non inscrites vivant en milieu rural, comme Ardoch.

[8] Les demandeurs ne veulent pas retirer les avantages des ADRHA aux personnes qui en profitent à l'heure actuelle. Ils pensent que la SDRHA est une bonne stratégie qui laisse les collectivités autochtones traiter des problèmes autochtones liés au marché du travail. Les demandeurs souhaitent que DRHC veille à ce que les avantages de cette stratégie soient offerts également à tous les peuples autochtones.

[9] La SDRHA a eu deux prédécesseurs. La stratégie intitulée «Les chemins de la réussite», adoptée en 1991 pour une période de cinq ans, était une nouvelle stratégie qui misait sur la participation directe des Autochtones et des organisations autochtones aux programmes de formation professionnelle. Cette stratégie a été remplacée par la stratégie de Vers une nouvelle relation, un programme de trois ans, qui est demeuré en vigueur jusqu'au 31 mars 1999.

[10] Fondamentalement, les demandeurs considèrent que Les chemins de la réussite a été le programme qui a connu le plus de succès, sans créer de discrimination, son objectif principal étant de confier le contrôle local du processus décisionnel et la responsabilité aux peuples autochtones par l'entremise d'organisations représentatives.

[11] Les demandeurs soutiennent que la stratégie Vers une nouvelle relation, qui était fondée sur les accords nationaux conclus avec l'APN, le RNM et ITC, et qui a été appliquée par l'entremise des ententes bilatérales régionales (EBR), a marqué un recul parce qu'elle a retiré aux collectivités rurales non constituées en bandes le contrôle exclusif des programmes d'aide à l'emploi, du moins à Winnipeg, à Toronto, dans la péninsule du Niagara et en Ontario, pour le confier aux collectivités des Premières nations vivant dans les réserves. Ils soutiennent que DRHC les a exclus eux, et les collectivités dans lesquelles ils vivent, des bienfaits de la stratégie Les chemins de la réussite à laquelle ils avaient participé. Ils prétendent que dans le cadre des EBR, le financement accordé aux collectivités des Premières nations vivant en milieu urbain et rural et non dans les réserves a diminué, avec pour résultat, par exemple, que des demandes individuelles de subventions

needs of their constituents.

[12] Despite the addition in the AHRDS of the urban component, the applicants submit the AHRDS is no better than the New Relationship, which also had an urban initiative, because of its continued focus on reserve-based First Nations. They think the urban component is nothing more than something cobbled together by HRDC to fill the urban gaps created by the RBAs.

[13] In argument, counsel for the Winnipeg applicants submitted, for purposes of determining discrimination under section 15 of the Charter, reserve-based First Nations are the appropriate comparator group. That is because reserve-based First Nations have AHRDAs, compared to the Winnipeg and Ontario applicants where in the communities they live in, there are no AHRDAs.

[14] Counsel for Ontario applicants suggested a wider comparator group, i.e. members of Aboriginal communities with AHRDAs (First Nation reserve-based as well as the Métis and the Inuit) compared to those who have no AHRDAs namely urban First Nation members and non-status First Nation members in rural communities such as Ardoch whom he represents.

[15] Sections 1 and 15 of the Charter read:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

visant à payer les frais d'inscription à des cours de formation leur ont été refusées. Ce qui est encore plus important, selon leurs prétentions, ils ont perdu le contrôle, qui était l'objectif des Chemins de la réussite, sur leur capacité de financer des programmes de formation qui répondaient davantage aux besoins de leurs électeurs.

[12] Malgré l'ajout du volet urbain dans la SDRHA, les demandeurs soutiennent que cette stratégie n'est pas meilleure que la stratégie Vers une nouvelle relation, qui comptait également un volet urbain, parce qu'elle continue de mettre l'accent sur les Premières nations vivant dans les réserves. Ils pensent que le volet urbain n'est rien de plus qu'une mesure concoctée par DRHC pour combler les lacunes constatées dans les villes et qui avaient été créées par les EBR.

[13] Dans sa plaidoirie, l'avocat représentant les demandeurs de Winnipeg a soutenu, pour les fins d'établir qu'il y a eu discrimination au sens de l'article 15 de la Charte, que les Premières nations vivant dans les réserves sont le groupe de comparaison approprié. Il en est ainsi parce que les Premières nations vivant dans les réserves ont conclu des ADRHA, alors que dans les collectivités dans lesquelles les demandeurs de Winnipeg et de l'Ontario vivent, il n'y a pas de tels accords.

[14] L'avocat des demandeurs de l'Ontario a suggéré un groupe de comparaison plus large, savoir les membres des collectivités autochtones ayant conclu des ADRHA (les Premières nations vivant dans les réserves de même que les Métis et les Inuit) comparativement à tous ceux qui n'ont pas signé d'ADRHA, c'est-à-dire les membres des Premières nations vivant dans les villes et les membres des Premières nations non inscrits vivant en milieu rural comme la Première nation d'Ardoch qu'il représente.

[15] Les articles premier et 15 de la Charte sont rédigés dans les termes suivants:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

B. FACTS

[16] Both the applicants and Canada agree Aboriginal peoples in Canada suffer a high rate of unemployment and face special problems and barriers in obtaining employment and employment skills. The objective of Pathways, the New Relationship and the AHRDS is to assist Aboriginal peoples in obtaining employment skills by providing labour market development programs developed and delivered by Aboriginal organizations with responsibility over human resources development and promoting their capacity to exercise that responsibility in a manner which addresses the needs of distinct Aboriginal groups and communities across Canada. Simply put, Aboriginal peoples, their communities and their mandated service providers know best in each local area they are in what the labour market calls for and what skills are needed to satisfy the market.

[17] Previous skill training initiatives by Canada failed the Aboriginal people because Aboriginal communities had not been involved in designing and implementing strategies to meet their respective local community's unique labour market needs, whether urban or rural off-reserve.

(a) Pathways

[18] Pathways was based on HRDC's recognition that Aboriginal communities, whether First Nation reserve-based or in an urban setting, Métis or Inuit must be

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

B. LES FAITS

[16] Les demandeurs tout autant que le Canada conviennent que les peuples autochtones du Canada sont aux prises avec un taux élevé de chômage et font face à des problèmes et à des obstacles particuliers dans leur recherche d'emploi et l'acquisition des compétences nécessaires. Les chemins de la réussite, Vers une nouvelle relation et la SDRHA ont pour objectif d'aider les peuples autochtones à développer leurs aptitudes au travail en les faisant participer à des programmes de développement du marché du travail élaborés et mis en œuvre par des organisations autochtones, qui sont responsables du développement des ressources humaines, et en développant leur capacité à s'acquitter de cette responsabilité d'une manière qui traite des besoins particuliers des groupes et collectivités autochtones partout au Canada. Bref, ce sont les peuples autochtones, leurs collectivités et leurs fournisseurs de services autorisés qui connaissent le mieux, dans chaque région, les besoins du marché du travail et les aptitudes requises pour y répondre.

[17] Des initiatives antérieures de formation professionnelle mises en œuvre par le Canada n'ont pas connu de succès auprès des peuples autochtones parce que les collectivités autochtones n'ont pas participé à la conception et à la mise en œuvre de stratégies visant à répondre aux besoins uniques du marché du travail de leurs collectivités respectives, qu'il s'agisse d'Autochtones vivant hors réserve en milieu urbain ou rural.

a) «Les chemins de la réussite»

[18] La stratégie Les chemins de la réussite reposait sur le fait que DRHC reconnaissait que les collectivités autochtones, qu'il s'agisse de Premières nations vivant

directly involved in managing and allocating funds for training programs within their particular communities.

[19] Pathways was based on the principle of local control of decision-making. The applicants' record at page 362 contains the following extract from HRDC's Pathways background paper:

These problems (high Aboriginal unemployment rates and low skill levels) will worsen unless economic, social and human resource development policies are more effective. In order to be successful, the capacity to develop and control these training and re-employment actions should be in the hands of Aboriginal communities and organizations. Such an approach would ensure that training and employment activities will be well-suited to the needs of Aboriginal people. [Emphasis mine.]

[20] Pathways was structured by the establishment, at the national level, of a national management board, made up of representatives of Aboriginal groups and HRDC officials and, at the local or regional level, by local and regional management boards made up this time exclusively by the representatives of Aboriginal groups residing in the local or regional areas.

[21] The applicants make the following assertions, as to Pathways, which are not challenged by Canada.

(i) In Winnipeg

[22] For Pathways, HRDC intended there be only one management board in Winnipeg which would fund labour development programs and services on a status blind basis to all Aboriginal peoples in that city regardless of whether that person was a registered Indian, a non-registered Indian, a treaty Indian, a Métis or an Inuit.

[23] However, the Assembly of Manitoba Chiefs (AMC) and the Manitoba Métis Federation (MMF) opposed this proposal because they each wanted a separate management board for their constituency.

dans les réserves ou en milieu urbain, de Métis ou d'Inuit, doivent participer directement à la gestion et à l'affectation des fonds pour les programmes de formation dans leurs collectivités respectives.

[19] La stratégie Les chemins de la réussite était fondée sur le principe du contrôle local du processus décisionnel. Le dossier des demandeurs renferme à la page 362 l'extrait suivant d'un document de travail de la stratégie Les chemins de la réussite de DRHC:

Ces problèmes (les taux élevés de chômage chez les Autochtones et le niveau très bas de compétences professionnelles) s'accroîtront à moins que l'on améliore l'efficacité des politiques et des programmes en matière de développement socio-économiques et de perfectionnement des ressources humaines. Pour que cette mesure réussisse, les collectivités et organismes autochtones doivent avoir en main les leviers d'exécution et de contrôle de ces activités de formation et de recyclage. Une telle approche garantirait l'adaptation de ces activités aux besoins particuliers des Autochtones. [Non souligné dans l'original.]

[20] La stratégie Les chemins de la réussite reposait sur l'établissement, au palier national, d'un conseil de gestion national, composé de représentants des groupes autochtones et de fonctionnaires de DRHC et, à l'échelon local ou régional, de conseils locaux et régionaux de gestion composés cette fois exclusivement de représentants des groupes autochtones résidant dans les régions ou localités visées.

[21] Les demandeurs font les affirmations suivantes, pour ce qui concerne la stratégie Les chemins de la réussite, qui ne sont pas contestées par le Canada.

(i) À Winnipeg

[22] Pour la stratégie Les chemins de la réussite, DRHC avait l'intention de n'établir qu'un seul conseil de gestion à Winnipeg qui financerait les programmes et services de mise en valeur de la main-d'œuvre à l'intention de tous les peuples autochtones dans cette ville sans savoir s'il s'agissait d'un Indien inscrit ou non inscrit, d'un Indien visé par un traité, d'un Métis ou d'un Inuit.

[23] Toutefois, l'Assemblée of Manitoba Chiefs (AMC) et la Manitoba Métis Federation (MMF) se sont opposées à cette proposition parce qu'elles voulaient l'une et l'autre un conseil de gestion distinct pour leur circonscription.

[24] Ultimately, HRDC acceded and, as a result, the control, management and delivery of Pathways for Aboriginal people living in Winnipeg on the following basis:

- a local management board created by AMC to service only First Nation registered band members;
- a local management board created by MMF to service only Métis people and
- the Winnipeg Area Management Board (WAMB) an organization created by the Aboriginal community in Winnipeg, to service all Aboriginal people on an inclusive basis regardless of status.

(ii) In Ontario

[25] In Ontario, under Pathways, there were several area management boards (AMBs) established including, in terms of the applicants' interests here:

- the Niagara Peninsula [Area Aboriginal] Management Board (NPAAMB) mandated by the Aboriginal communities in the Niagara Peninsula to deliver services to their residents who number 32,000;
- Miziwe Biik Aboriginal Employment and Training (Miziwe Biik) mandated in 1991 by the 70,000 strong Aboriginal community in Greater Toronto Area ("GTA") as an area management board to serve their community;
- Kajita Mikam Area Management Board established and mandated to serve Aboriginal communities in Eastern Ontario. Kajita Mikam included representatives of Indian Act bands, non-status First Nation communities such as Ardoch and Métis in its catchment areas.

(b) The New Relationship

[26] In 1995, HRDC undertook a review of Pathways. At pages 597 and 600 of the applicants' record, the following extract from structural review is found:

The Aboriginal population in Canada is not homogenous. Government policy initiatives based solely on the assumption of such homogeneity are likely to result in unproductive wrangling and ineffectiveness, deflecting energy from much higher priorities. Effective policies must take count of the reality of First Nation Métis, Inuit and urban Aboriginal populations. Policies must be sensitive to the widest regional variation of existing Aboriginal communities, governments, institutions and inter-governmental relationships.

[24] Au bout du compte, DRHC a cédé, ce qui a eu pour résultat que le contrôle, la gestion et la mise en œuvre de la stratégie Les chemins de la réussite pour les Autochtones vivant à Winnipeg s'est fait de la façon suivante:

- un conseil de gestion local créé par l'AMC pour desservir uniquement les membres inscrits des Premières nations constituées en bandes;
- un conseil de gestion local créé par la MMF pour desservir uniquement les Métis, et
- le conseil de gestion de la région de Winnipeg (CGRW), un organisme créé par la collectivité autochtone de Winnipeg, pour desservir tous les Autochtones sans tenir compte de leur statut.

(ii) En Ontario

[25] En Ontario, dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite, on a établi plusieurs conseils de gestion régionaux (CGR), notamment, pour ce qui concerne les intérêts des demandeurs en l'espèce:

- Le conseil de gestion régional autochtone de la péninsule du Niagara (le CGRAPN) mandaté par la collectivité autochtone de la péninsule du Niagara pour offrir les services à leurs résidents dont le nombre s'élève à 32 000;
- Emploi et formation des Autochtones Miziwe Biik (Miziwe Biik) mandaté en 1991 par les 70 000 membres de la grande collectivité autochtone de la région du Grand Toronto (RGT) en tant que conseil de gestion régional pour desservir la collectivité;
- Le conseil de gestion régional Kajita Mikam établi et mandaté pour desservir les collectivités autochtones de l'Est de l'Ontario. Kajita Mikam était composé de représentants des bandes visées par la *Loi sur les Indiens*, des collectivités des Premières nations non inscrites comme la Première nation d'Ardoch et des Métis dans les régions desservies.

b) «Vers une nouvelle relation»

[26] En 1995, DRHC a entrepris de revoir la stratégie Les chemins de la réussite. Aux pages 597 et 600 du dossier des demandeurs, on trouve l'extrait suivant du document sur l'examen de la structure:

[TRADUCTION] La population autochtone du Canada n'est pas homogène. Les initiatives prises dans le cadre de la politique gouvernementale se fondant uniquement sur l'hypothèse d'une telle homogénéité entraîneront vraisemblablement des conflits stériles et un manque d'efficacité, détournant des énergies qui auraient pu être consacrées à des priorités beaucoup plus importantes. Pour être efficaces, les politiques doivent tenir compte de la réalité des populations autochtones vivant en milieu urbain, des Inuit, des Métis et des Premières nations. Ces politiques doivent reconnaître la très grande

The diversity of Aboriginal communities that deliver services should be community based, through a wide variety of Aboriginal jurisdictions, development institutions and related authorities. The cutting edge of programs must be designed, managed and implemented by Aboriginal people in their communities. [Emphasis mine.]

[27] Pursuant to the National Framework Agreements, HRDC, throughout Canada, entered into 54 RBAs with affiliates of the AFN. HRDC did not enter RBAs with any urban or non-status rural First Nation Aboriginal communities. Canada did, however, create an urban initiative.

(i) In Manitoba

[28] HRDC entered into a province-wide RBA with the AMC which included responsibility for all First Nation urban residents in Manitoba registered under the *Indian Act*. It also entered into a province-wide RBA with the MMF with responsibility to serve all other Aboriginal peoples.

[29] In Winnipeg, as under Pathways, the AMC and the MMF set up local management boards but, unlike Pathways, WAMB [Winnipeg Area Management Board], under the New Relationship, was no longer involved in Aboriginal labour market initiatives because HRDC did not negotiate an RBA with either WAMB or ACW despite their expressed concern that without an RBA there would be no longer an organization in that city to deliver status blind services and because the Aboriginal community in Winnipeg and its people would lose local control over programming with all Aboriginal people not being treated equally.

(ii) In Ontario

[30] The New Relationship had similar results in Ontario. HRDC did not enter into RBAs with any urban or non-status First Nation communities. Control over

diversité régionale des collectivités autochtones existantes, de leurs gouvernements, de leurs institutions et des relations intergouvernementales.

La diversité des collectivités autochtones qui fournissent les services doit être basée sur le milieu communautaire, et faire appel à de très nombreuses autorités autochtones, établissements de perfectionnement et autres autorités connexes. L'aspect fondamental des programmes doit être conçu, géré et mis en œuvre par les Autochtones dans leurs collectivités. [Non souligné dans l'original.]

[27] Aux termes des accords cadres nationaux, DRHC a conclu dans tout le Canada 54 EBR avec des représentants de l'APN. DRHC n'a pas conclu d'EBR avec les collectivités des Premières nations vivant dans les villes ou les Indiens non inscrits vivant en milieu rural. Le Canada a cependant créé un programme urbain.

(i) Au Manitoba

[28] DRHC a conclu avec l'AMC, à l'échelon de la province, une EBR qui englobait la responsabilité pour tous les membres des Premières nations du Manitoba vivant dans les villes et inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il a également conclu une EBR avec la MMF qui avait la responsabilité de desservir tous les autres peuples autochtones.

[29] À Winnipeg, comme dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite, l'AMC et la MMF ont mis sur pied des conseils de gestion locaux mais, contrairement à ce qui se passait dans la stratégie Les chemins de la réussite, le CGRW [Conseil de gestion de la région de Winnipeg], dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, ne participait plus aux initiatives autochtones axées sur le marché du travail parce que DRHC n'a pas négocié d'EBR ni avec le CGRW ni avec le CAW malgré que ces derniers aient exprimé leur crainte qu'en l'absence d'une EBR, il n'y ait plus dans cette ville d'organisme chargé de fournir les services autorisés sans tenir compte du statut et que la collectivité autochtone de Winnipeg et ses résidents perdraient le contrôle local sur la programmation, ce qui aurait pour effet de créer une inégalité de traitement pour les peuples autochtones.

(ii) En Ontario

[30] La stratégie Vers une nouvelle relation a eu des résultats semblables en Ontario. DRHC n'a pas conclu d'EBR avec les collectivités des Premières nations

funding, setting training priorities, designing training programs and approving applicants shifted to reserve-based First Nation bands. In Ontario, many First Nation bands joined together to establish one local area management board to service several Aboriginal on-reserve communities in a defined geographic area.

[31] Roger Misquadis had to apply to the Band on Manitoulin Island he is registered with but with which he says he has no connection having lived in Toronto all his life. Dorothy Phipps-Walker faces the same situation. According to HRDC, she is registered with the Lac Seul Band located on a reserve in Northwestern Ontario. She does not know the Band members, has never lived on the reserve and has never received any services from it.

[32] Kajita Mikam, the local management board in the Ottawa Valley, was reorganized to exclude the Ardoch.

[33] Miziwe Biik and the NPAAMB [Niagara Peninsula Area Aboriginal Management Board] continued to exist under the RBA regime but received funding to serve only unaffiliated Aboriginal individuals defined by HRDC as persons who were not members of Ontario bands or served by Métis organizations. These Ontario bands and Métis organizations are responsible for approximately 80% of the Aboriginal population in Ontario.

(iii) The Urban Aboriginal Employment Initiative under the New Relationship

[34] Counsel for the Ontario applicants reproduced the following two extracts from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (RCAP) to show that urban and non-status First Nation communities are extremely poor, marginalized and ignored (RCAP, vol. 3, p. 225; RCAP, vol. 4, p. 531):

vivant en milieu urbain ou non inscrites. Le contrôle sur le financement, l'établissement des priorités en matière de formation, la conception des programmes de formation et l'approbation des candidats sont passés aux bandes des Premières nations vivant dans les réserves. En Ontario, de nombreuses bandes des Premières nations se sont unies pour établir un conseil de gestion local afin de desservir plusieurs collectivités autochtones vivant dans des réserves dans une région géographique bien définie.

[31] Roger Misquadis a dû faire une demande à la bande de l'île Manitoulin dans laquelle il est inscrit, mais avec laquelle, selon ses prétentions, il n'a aucun lien puisqu'il a vécu à Toronto toute sa vie. Dorothy Phipps-Walker est dans la même situation. Selon DRHC, elle est inscrite dans la bande du Lac Seul dont la réserve est située dans le nord-ouest de l'Ontario. Elle ne connaît pas les membres de la bande, elle n'a jamais vécu dans la réserve et elle n'en n'a jamais reçu de service.

[32] Kajita Mikam, le conseil de gestion local dans la vallée de l'Outaouais, a été réorganisé pour exclure les Ardoch.

[33] Miziwe Biik et le CGRAPN [Conseil de gestion régional autochtone de la péninsule du Niagara] ont continué d'exister en vertu du régime des EBR mais n'ont reçu de financement que pour desservir les Autochtones non affiliés définis par DRHC comme étant des personnes qui n'étaient pas membres des bandes ontariennes ou qui étaient desservies par des organisations métisses. Ces bandes ontariennes et ces organisations métisses assument la responsabilité d'environ 80 % de la population autochtone de l'Ontario.

(iii) Le programme d'emploi à l'intention des Autochtones vivant en milieu urbain en vertu de la stratégie de Vers une nouvelle relation

[34] L'avocat des demandeurs de l'Ontario a reproduit les deux extraits suivants tirés du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (CRPA) pour démontrer que les collectivités des Premières nations vivant en milieu urbain et n'étant pas inscrites sont extrêmement pauvres, marginalisées et ignorées (CRPA, vol. 3, p. 253; CRPA, vol. 4, p. 597):

The arbitrary regulations and distinctions that have created unequal health and social service provision depending on a person's status as Indian, Métis or Inuit (and among First Nation, depending on residence on-or off-reserve), must be replaced with rules of access that give an equal chance for physical and social health to all Aboriginal peoples. . . .

Many urban Aboriginal people are impoverished and unorganized. No coherent or co-ordinated policies to meet their needs are in place. . . . They have been largely excluded from discussions about self-government and institutional development. Aboriginal people in urban areas have little collective visibility or power. It is clear that they urgently require resources and assistance to support existing organizations and create new institutions to enhance their cultural identity.

[35] Canada acknowledges in the course of and subsequent to the negotiations of the RBAs, concerns about perceived gaps in the ability of First Nation RBA-holders to serve all Aboriginal people living in urban and off-reserve areas were raised and in response HRDC implemented under the New Relationship a special program called the Urban Aboriginal Employment Initiative.

[36] Under this initiative, HRDC initially allocated \$21,000,000 in funding over three years of the New Relationship to three specific Aboriginal organizations in order to better address the labour market development needs of urban Aboriginal people. The three organizations receiving funds were the National Association of Friendship Centres (NAFC), the Native Women's Association of Canada (NWAC) and the Congress of Aboriginal People (CAP).

[37] NAFC represents the interests of seven provincial/territorial associations with 112 Friendship Centres. NWAC is a political organization representing the interests of Aboriginal women; and CAP is a national organization speaking for Aboriginal people not covered by the *Indian Act*, for Indians who have regained their status, and for the Aboriginal population

Il faudra remplacer la réglementation et les distinctions arbitraires qui ont débouché sur la prestation de services sociaux et de santé différents mais inégaux, basée sur le statut — Indien, Métis ou Inuit — (et chez les Premières nations, selon que la personne habite ou non dans une réserve), par des règles d'accès qui donnent à tous les peuples autochtones les mêmes possibilités en matière de santé physique et sociale.

Dans de nombreuses villes, les autochtones vivent dans la pauvreté et sont désorganisés. Les gouvernements n'ont pas adopté de politiques cohérentes et coordonnées pour répondre aux besoins des populations autochtones urbaines [. . .]. On les a en grande partie exclus des discussions sur l'autonomie gouvernementale et le développement institutionnel. Collectivement, les Autochtones citadins n'ont guère de visibilité et ils possèdent peu de pouvoirs. Il est évident que les autochtones vivant en ville ont besoin de toute urgence de ressources et d'assistance afin d'appuyer les organisations existantes et de créer de nouvelles institutions pour favoriser le renforcement de leur identité culturelle.

[35] Le Canada reconnaît que dans le cadre des négociations des EBR, et par la suite, des préoccupations ont été exprimées au sujet des lacunes perçues dans la capacité des Premières nations signataires d'une EBR de desservir toutes les populations autochtones vivant en ville et hors réserve et, pour répondre à ces préoccupations, DRHC a adopté, dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, un programme spécial appelé Programme d'emploi pour les Autochtones vivant en milieu urbain.

[36] En vertu de ce programme, DRHC a d'abord alloué, dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, 21 000 000 \$ à titre de financement réparti sur trois ans à trois organisations autochtones choisies afin de mieux cibler les besoins en perfectionnement des Autochtones vivant dans les villes pour leur donner accès au marché du travail. Les trois organisations qui ont reçu des fonds étaient l'Association nationale des centres d'amitié (ANCA), l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) et le Congrès des peuples autochtones (CPA).

[37] L'ANCA représente les intérêts de sept associations provinciales et territoriales et regroupe 112 centres d'amitié. L'AFAC est une organisation politique représentant les intérêts des femmes autochtones; et le CPA est un organisme national qui est le porte-parole des peuples autochtones non visés par la *Loi sur les Indiens*, des Indiens qui ont recouvré leur

not residing on-reserves. As a result of the agreements, HRDC maintains the urban Aboriginal people, including those residing in GTA and/or the Niagara Peninsula and Winnipeg, were able to apply for funding to support employment and training activities in urban areas.

(iv) A separate RBA—The Circle

[38] In addition to implementing the Urban Aboriginal Employment Initiative, HRDC entered into a separate RBA with the Aboriginal Labour Force Development Circle (the Circle) in May 1997. The Circle is made up of representatives of six Ontario Aboriginal organizations, including NPAAMB and Miziwe Biik. This RBA contained two funding components. First, a contribution of \$5.5 million in fiscal year 1997/98 and the same amount in fiscal year 1998/99 to support Aboriginal labour market development programming for urban Aboriginals in Ontario who are not covered by any other RBA.

[39] Funding, under this component, was limited to skills training and employment assistance to the following:

- (a) out of province First Nation individuals;
- (b) non-status individuals who did not consider themselves Métis and who were not members of a First Nation or Inuit community;
- (c) status Indians who had no connection to a band (registered on the General List); and
- (d) Aboriginal employers and institutions who were not aligned to any First Nation, Métis or individual community.

[40] The second component of the Circle RBA consisted of a contribution of approximately \$4,000,000 in fiscal year 1997/98 and close to that amount for fiscal year 1998/99 to support Aboriginal labour development programming in the geographic areas served by the six-member organizations of the Circle including the urban communities served by NPAAMB (Niagara Peninsula) and Miziwe Biik (Toronto).

statut et des populations autochtones qui ne résident pas dans les réserves. Par suite des accords, DRHC soutient que les populations autochtones des villes, y compris celles qui résidaient dans la région du Grand Toronto, ou dans la péninsule du Niagara et à Winnipeg, ont été en mesure de demander du financement pour appuyer les activités d'emploi et de formation dans les régions urbaines.

(iv) Une EBR distincte — Le Cercle

[38] En plus de mettre en œuvre le programme d'emploi pour les Autochtones vivant en milieu urbain, DRHC a conclu une EBR distincte avec le Cercle de développement du marché du travail pour les Autochtones (le Cercle) en mai 1997. Le Cercle est composé de représentants de six organisations autochtones de l'Ontario, y compris le CGRAPN et Miziwe Biik. Cette EBR compte deux volets de financement. Tout d'abord, une contribution de 5,5 millions \$ au cours de l'exercice financier 1997/1998 et la même somme versée au cours de l'exercice financier 1998/1999 pour appuyer les programmes de développement du marché du travail pour les Autochtones vivant dans les villes ontariennes qui ne sont pas visés par une autre EBR.

[39] En vertu de ce volet, le financement était limité à la formation professionnelle et à des services d'aide à l'emploi pour les personnes suivantes:

- a) les membres des Premières nations vivant à l'extérieur de la province;
- b) les personnes sans statut qui ne se considèrent pas comme Métis et qui n'étaient pas membres d'une Première nation ou d'une communauté inuit;
- c) les Indiens inscrits qui n'ont aucun lien avec une bande (inscrits sur la liste générale); et
- d) les employeurs et institutions autochtones qui n'étaient pas rattachés à une Première nation, à une communauté métisse ou autre.

[40] Le deuxième volet de l'EBR du Cercle consistait en une contribution d'environ 4 000 000 \$ dans l'exercice financier 1997/1998 et d'un montant presque identique pour l'exercice financier 1998/1999 afin d'appuyer les programmes de développement du marché du travail pour les Autochtones dans les régions géographiques desservies par les six organisations membres du Cercle, y compris les collectivités urbaines

(c) The Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS)

[41] The AHRDS is similar in purpose and structure as the New Relationship but seeks to improve, build and expand upon it. It had an urban component. As was the case under the New Relationship, HRDC entered into a direct relationship with the AFN, MNC, and ITC. AHRDAs were then entered into with provincial and sub-regional organizations affiliated with the three national Aboriginal organizations.

[42] HRDC claims AHRDS was implemented following an extensive consultation process carried out with Aboriginal stakeholders including AFN, MNC, ITC as well as CAP, NWAC and organizations and individuals purporting to represent urban and off-reserve Aboriginal people.

[43] For the applicants, the AHRDS is no better than its predecessor, the New Relationship, in its RBA form. Its effects are the same: exclusion from the benefits of the AHRDAs in terms of local control of labour market programming.

[44] In Manitoba, HRDC entered ARHDAs with the two RBA holders it had previously signed with, the AMC and the MMF, transferring to them the responsibility and control of training and employment programs for all their members, whether on or off-reserve. ACW asked HRDC to enter into an AHRDA with it covering Winnipeg but HRDC refused giving no reasons, the applicants say. As under Pathways and the New Relationship the AMC and MMF were to operate in Winnipeg through separate local management boards, each controlled by them. At the hearing of this application, I was told the AMC had dissolved their local management board. In replacement, AMC had implemented a plan under which services would be provided directly by First Nations through 20 sub-agreement holders who were expected to have offices in Winnipeg.

desservies par le CGRPN (péninsule du Niagara) et Miziwe Biik (Toronto).

c) La stratégie du développement des ressources humaines autochtones (SDRHA)

[41] L'objectif et la structure de la SDRHA sont semblables à ceux de la stratégie Vers une nouvelle relation, mais elle cherche en plus à améliorer cette stratégie et à l'étendre. Elle a un volet urbain. Comme il l'avait fait dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, DRHC a établi des contacts directs avec l'APN, le RNM et ITC. Des ADRHA ont ensuite été conclus avec des organisations provinciales et sous-régionales affiliées aux trois organisations autochtones nationales.

[42] DRHC affirme que la SDRHA a été mise en œuvre à la suite d'un processus de consultation intensif qui a été mené auprès des porte-paroles autochtones, notamment l'APN, le RNM, ITC de même que le CPA, l'AFAC et des organisations et des personnes disant représenter les populations autochtones vivant dans les villes et hors réserve.

[43] Pour les demandeurs, la SDRHA n'a pas donné des résultats différents de son prédécesseur, Vers une nouvelle relation, pour ce qui est des EBR. Ses effets sont les mêmes: exclusion des bienfaits des ADRHA en termes de contrôle local des programmes liés au marché du travail.

[44] Au Manitoba, DRHC a conclu des ADRHA avec les deux signataires des EBR antérieurs, soit l'AMC et la MMF, en leur transférant la responsabilité et le contrôle des programmes de formation et d'emploi pour tous leurs membres, que ceux-ci vivent ou non dans des réserves. L'ACW a demandé à DRHC de conclure avec lui un ADRHA portant sur la ville de Winnipeg, mais DRHC a refusé sans fournir de raison, selon les demandeurs. Comme dans le cadre des stratégies Les chemins de la réussite et Vers une nouvelle relation, l'AMC et la MMF devaient travailler à Winnipeg par l'entremise des conseils de gestion locaux distincts qu'ils contrôlaient. À l'audition de la présente demande, j'ai été informé que l'AMC avait dissous son conseil de gestion local. Pour le remplacer, l'AMC a mis en œuvre un plan en vertu duquel des services seraient fournis directement par les Premières nations en passant par les

[45] The same scenario played out in Ontario. A RBA holder became a AHRDA holder. Miziwe Biik, NPAAMB and Ardoch Algonquins requested negotiations for inclusion as AHRDA holders but were refused, they say, without being given reasons.

[46] In argument, the focus was on how the separate component, the urban/off-reserve component, was put into place and how it differed from the AHRDAs. Controversy also swirled around the selection of the service provider through the means of a request for proposal (RFP).

[47] In certain centres such as Winnipeg or in a province such as Ontario, HRDC selected the service provider for the urban/off-reserve component by means of the RFP.

[48] In Manitoba, the service provider selected was the Centre for Aboriginal Human Resources Development (CAHRD). The ACW made a RFP submission and supported CAHRD's RFP proposal. ACW had informed Canada prior to the RFP for Winnipeg it felt entitled to enter into an AHRDA with HRDC and had a mandate from the Aboriginal community in Winnipeg to do so.

[49] CAHRD signed an agreement with HRDC which required it to provide human resources development programming including design of training programs and their delivery to all Aboriginal people in Winnipeg regardless of status. It delivers status blind labour programming services as WAMB previously did under Pathways.

[50] In Ontario, HRDC put out an RFP to provide Aboriginal labour market programming, province wide, to the unaffiliated Aboriginal population residing in Ontario.

20 signataires des sous-accords qui devaient avoir des bureaux à Winnipeg.

[45] Le même scénario s'est répété en Ontario. Un signataire d'une EBR est devenu le signataire d'un ADRHA. Miziwe Biik, le CGRAPN et les Algonquins d'Ardoch ont demandé qu'il y ait des négociations en vue de la signature d'un ADRHA, mais on leur a refusé cette possibilité sans leur donner de raison, toujours selon eux.

[46] Au cours des plaidoiries, l'accent a porté sur la façon dont le volet distinct, c'est-à-dire le volet visant les Indiens en ville et hors réserve, a été mis en place et comment il diffère des ADRHA. Il y a également eu controverse au sujet de la sélection du fournisseur de services au moyen d'une demande de proposition (DP).

[47] Dans certains centres, comme Winnipeg, ou dans une province comme l'Ontario, DRHC a choisi le fournisseur de services pour le volet visant les Autochtones citadins et vivant hors réserve en ayant recours à une DP.

[48] Au Manitoba, le fournisseur de services choisi a été le Centre for Aboriginal Human Resources Development (CAHRD). Le CAW a présenté une soumission en réponse à la demande de proposition et a appuyé la proposition du CAHRD. IL avait informé le Canada avant la demande de proposition visant Winnipeg qu'il estimait être habilité à conclure un ADRHA avec DRHC et que la collectivité autochtone de Winnipeg lui en avait confié le mandat.

[49] Le CAHRD a signé un accord avec DRHC qui exigeait qu'il mette en œuvre les programmes de développement des ressources humaines, et s'occupe entre autres choses de la conception de programmes de formation qui seraient assurés à toutes les populations autochtones de Winnipeg, sans tenir compte de leur statut. Il fournit donc des programmes d'aide à l'emploi sans tenir compte du statut, comme le CGRW l'avait fait auparavant dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite.

[50] En Ontario, DRHC a fait une demande de proposition afin que des programmes liés au marché du travail soient offerts, à l'échelon de la province, à toute la population autochtone non affiliée résidant en Ontario.

[51] The Circle, in which both Miziwe Biik and NPAAMB participated as proposed local delivery mechanisms, made an RFP response but it was not successful. The bid was won by the Ontario Federation of Indian Friendship Centers (OFIFC) coupled with Grand River Employment and Training (OFIFC/GREAT).

[52] However, OFIFC, because of a resolution passed at its general meeting, backed away from serving the GTA because it said it had no mandate to serve that area. HRDC then selected, without an RFP, Miziwe Biik who entered into an agreement with it.

[53] Under the AHRDS, there is no AHRDA with rural non-reserve First Nation communities such as Ardoch. Their members are lumped into the urban component where the holder is, as noted, OFIFC/GREAT who appointed, as its local delivery mechanism, Kajita Mikam to serve, in its area, the Ardoch community.

[54] The applicants are critical of HRDC. They claim, instead of negotiating AHRDAs with urban and non-status First Nation peoples through their communities and mandated organizations, HRDC unilaterally imposed the separate program—the urban/off-reserve component—on them. They say this component does not give urban and non-status First Nation communities any control over training funds. The service provider is not mandated by the Aboriginal community and is not responsible and accountable to that community but to HRDC as any commercial contractor would be accountable.

[55] Canada says HRDC added the urban/off-reserve component to the AHRDS in response to complaints made by certain groups purporting to represent urban and other off-reserve Aboriginal people about perceived problems they encountered in accessing programs administered by RBA holders. Canada states First Nation AHRDA holders are required to provide access to programming to their members or constituents,

[51] Le Cercle, auquel Miziwe Biik et le CGRAPN ont tous deux participé en tant que mécanismes locaux de prestation proposés, ont répondu à la demande de proposition, mais leur offre n'a pas été retenue. Les soumissions retenues ont été celles de l'Ontario Federation of Indian Friendship Centers (OFIFC) jumelée à celle du Grand River Employment and Training (OFIFC/GREAT).

[52] Toutefois, l'OFIFC, en raison d'une résolution adoptée à son assemblée générale, a abandonné sa proposition de desservir la région du Grand Toronto parce que, selon elle, elle n'avait pas le mandat de desservir cette région. DRHC a donc choisi, sans faire de demande de proposition, Miziwe Biik avec qui il a conclu un accord.

[53] Dans le cadre de la SDRHA, aucun ADRHA n'a été conclu avec les collectivités des Premières nations qui vivent dans les régions rurales hors réserve comme celle d'Ardoch. Leurs membres sont regroupés dans le volet urbain dont le signataire est, comme il est indiqué ci-dessus, OFIFC/GREAT qui a nommé, à titre d'organisme de prestation local, Kajita Mikam pour desservir, dans cette région, la collectivité d'Ardoch.

[54] Les demandeurs critiquent DRHC. Ils prétendent qu'au lieu de négocier des ADRHA avec les membres des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut en passant par leurs collectivités et leurs organismes représentatifs, DRHC leur a unilatéralement imposé un programme distinct, soit le volet réservé aux Autochtones vivant en milieu urbain et hors réserve. Ils prétendent que ce volet n'accorde aux membres des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut aucun contrôle sur les fonds affectés à la formation. Le fournisseur de services n'est pas mandaté par la collectivité autochtone et n'est ni responsable ni redevable à cette collectivité, mais bien à DRHC, comme le serait tout entrepreneur commercial.

[55] Le Canada prétend que DRHC a ajouté le volet visant les Autochtones vivant dans les villes et hors réserve à la SDRHA en réponse aux plaintes formulées par certains groupes qui prétendaient représenter ce groupe d'Autochtones au sujet des problèmes qu'ils disaient éprouver pour avoir accès aux programmes administrés par les signataires d'EBR. Le Canada affirme que les Premières nations qui ont signé des

whether they live on or off-reserve. There is a non-discrimination clause in each AHRDA. Canada says, because of this, the urban/off-reserve component is intended merely to provide an additional source of access to programming for Aboriginal people living off-reserves. The reserve-based AHRDA holder is primarily responsible for serving all of its members regardless of where they live.

[56] HRDC claims the difficulty it faced in selecting an appropriate service provider for Aboriginal people living off-reserve in many urban centres was the large number of organizations purporting to speak on their behalf. Accordingly, in order to select the appropriate representative organization, HRDC asserts it initially contacted Aboriginal stakeholders to see if there was a consensus as to which organization should be selected as the AHRDA-holder for any given city or region. In many cases, a consensus did exist as was the case, for example, in Saskatchewan, Alberta, and in parts of British Columbia. It was only where no consensus existed amongst Aboriginal stakeholders that HRDC resorted to the RFP. The RFP process was used to select service providers in Nova Scotia, New Brunswick, Ontario, the Winnipeg area, and the Greater Vancouver area.

C. THE ISSUES

[57] The parties agree the following issues are raised in this proceeding:

- (a) does AHRDS violate subsection 15(1) of the Charter in that it discriminates against urban and off-reserve Aboriginal individuals?
- (b) if it does, is that discrimination justifiable under section 1 of the Charter?
- (c) if it is not justifiable, what is the appropriate remedy?

[58] Underlying these issues is a fundamental difference in approach between the applicants and

ADRHA sont tenues d'assurer l'accès aux programmes à leurs membres ou électeurs, que ceux-ci vivent ou non dans les réserves. Il y a une clause de non-discrimination dans chaque ADRHA. Par conséquent, le Canada prétend que le volet visant les Autochtones vivant en milieu urbain et hors réserve a simplement pour but de donner aux Autochtones vivant hors réserve une source additionnelle d'accès aux programmes. Le signataire de l'ADRHA, dont les membres vivent dans les réserves, est principalement responsable de desservir la totalité de ses membres peu importe l'endroit où ils vivent.

[56] DRHC prétend que le choix d'un fournisseur de services approprié pour les Autochtones vivant hors réserve dans bon nombre de centres urbains est rendu difficile en raison du grand nombre d'organismes qui prétendent parler en leur nom. Par conséquent, pour choisir l'organisme représentatif approprié, DRHC affirme avoir contacté en premier lieu les porte-parole autochtones pour vérifier s'il existait un consensus quant à savoir quel organisme devrait être choisi comme titulaire de l'ADRHA pour une ville ou une région donnée. Dans bon nombre de cas, ce consensus existait, par exemple, en Saskatchewan, en Alberta et dans certaines parties de la Colombie-Britannique. Ce n'est que lorsqu'il n'y avait pas de consensus entre les porte-parole autochtones que DRHC a eu recours à la demande de proposition. Ce processus a été utilisé pour choisir les fournisseurs de services en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, en Ontario, dans la région de Winnipeg et dans la région du Grand Vancouver.

C. LES QUESTIONS EN LITIGE

[57] Les parties conviennent que les questions suivantes sont soulevées dans la présente instance:

- a) la SDRHA contrevient-elle au paragraphe 15(1) de la Charte en faisant de la discrimination à l'encontre des Autochtones vivant dans les villes et hors réserve?
- b) dans l'affirmative, cette discrimination peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte?
- c) dans la négative, quel est le redressement approprié?

[58] Ces questions en litige font ressortir une différence fondamentale entre l'approche utilisée par les

HRDC as to what the benefit generated by AHRDS is. HRDC is of the view the benefit of the AHRDS is access to programming with local community control stated as merely a goal of AHRDS but not a benefit.

[59] Canada takes on the “local community control issue” directly. It acknowledges that one of its stated objectives in establishing AHRDS was to transfer responsibility for the design and delivery of labour market programs directly to Aboriginal organizations themselves. Canada states the AHRDS was intended to be flexible to ensure Aboriginal organizations would have the authority to make decisions to meet the needs of their communities while being accountable for clear performance results.

[60] Canada argues the objective of local community control is a relative goal which can only be pursued by accounting for the diverse circumstances governing Canada’s Aboriginal population. This is what is written in Canada’s memorandum:

The concept of “local community control” was not intended to mean giving each and every individual aboriginal community in Canada control over the design and development of training and development programs. Rather, it was intended to try to bring control of human resources programs and services closer to the community level by involving Aboriginal people (through representative organizations) in the design and delivery of the programs at the levels and to the extent appropriate. The objective was to direct decision-making to the level that maximized the effective and efficient development and delivery of employment training and jobs for all Aboriginal people. The development of employment and training opportunities for Aboriginal people is the primary objective of AHRDS, not the degree of local control or empowerment. [Emphasis mine.]

[61] HRDC expands on this important objective of AHRDS of ensuring the effective and efficient delivery of programs to eligible recipients. It states in order to attain efficiencies and economies of scale, HRDC was required to strike a balance by negotiating AHRDAs

demandeurs et DRHC pour décrire les avantages de la SDRHA. DRHC est d’avis que le grand avantage de la SDRHA est de donner accès aux programmes, et que le contrôle exercé par la collectivité locale est simplement un objectif de la stratégie, mais pas un avantage.

[59] Le Canada aborde la «question du contrôle par la collectivité locale» de façon directe. Il reconnaît que l’un des objectifs qu’il poursuivait ouvertement en établissant la SDRHA était de transférer la responsabilité de la conception et de la prestation des programmes liés au marché du travail directement aux organisations autochtones. Le Canada déclare que la SDRHA devait avoir suffisamment de souplesse pour permettre aux organisations autochtones d’exercer le pouvoir de prendre les décisions nécessaires pour répondre aux besoins de leurs collectivités tout en ayant la responsabilité d’atteindre des résultats clairs sur le plan du rendement.

[60] Le Canada prétend que l’objectif du contrôle par la collectivité locale est un objectif relatif qui ne peut être atteint que si l’on tient compte de la diversité des situations que vivent les populations autochtones du Canada. C’est ce qui est d’ailleurs écrit dans le mémoire du Canada:

[TRADUCTION] Le Canada n’a jamais eu l’intention que le concept de «contrôle par la collectivité locale» signifie de confier à chaque collectivité autochtone au Canada le contrôle de la conception et de l’élaboration de programmes de formation et de perfectionnement. Au contraire, l’intention était d’essayer de ramener le contrôle des programmes et des services de ressources humaines plus près de la collectivité en faisant participer les populations autochtones (par l’entremise de leurs organismes représentatifs) à la conception et à la prestation des programmes dans la mesure et aux paliers appropriés. L’objectif était de confier le processus décisionnel au palier susceptible de maximiser l’efficacité de l’élaboration et de la prestation de programmes de formation et de recherche d’emplois pour tous les Autochtones. L’objectif premier de la SDRHA est d’augmenter les occasions d’emploi et de formation pour les Autochtones, non pas le degré de contrôle local ou d’habilitation. [Non souligné dans l’original.]

[61] DRHC élabore sur cet objectif important de la SDRHA qui consiste à assurer la prestation efficace de programmes aux personnes qui y sont admissibles. Il soutient que pour atteindre cette efficacité et réaliser des économies d’échelle, DRHC a dû parvenir à un

with community organizations who could demonstrate they had the infrastructure necessary to deliver programming.

[62] HRDC says it signed AHRDAs with organizations only where a critical mass existed in terms of numbers and the word "local" used in this context simply meant decisions would be made at a level most effective for the development and delivery of skills and/or employment and training opportunities for Aboriginal peoples.

[63] The applicants counter by stating AHRDS is a comprehensive program providing a number of key benefits and local community control is foremost amongst them since this benefit provides community control over program design, program delivery, program administration and funding allocation in an era when HRDC is no longer involved in those functions having transferred them through the AHRDAs. Applicants say the benefit of local community control allows communities the flexibility to design and implement labour market strategies tailored to meet their respective labour market needs. Moreover, AHRDS yields to Aboriginal individuals a locally controlled representative community organization accountable to them and having the required knowledge of the community.

[64] Applicants attack HRDC's stated rationale for exclusion: critical mass and lack of consensus after consultation with them. They argue critical mass is not an issue in Winnipeg and Toronto. That may be so in other areas. But, Ardoch has advised HRDC it is willing to join with NPAAMB or link up with other rural non-reserve First Nation communities in the Ottawa Valley.

[65] The applicants challenge HRDC on the degree of consultation it made to determine if a representative

équilibre en négociant des ADRHA avec les organisations communautaires qui pouvaient démontrer qu'elles avaient l'infrastructure nécessaire pour fournir les programmes.

[62] DRHC prétend avoir signé des ADRHA avec les organisations seulement lorsqu'il existait une masse critique, du point de vue du nombre d'habitants, et que le mot «local» utilisé dans ce contexte signifiait simplement que les décisions seraient prises au palier qui serait le mieux en mesure d'assurer le développement et la concrétisation d'occasions d'emplois, de formation et de perfectionnement des aptitudes professionnelles pour les Autochtones.

[63] Les demandeurs prétendent pour leur part que la SDRHA est un programme complet qui offre un certain nombre d'avantages clés, dont le contrôle par la collectivité locale est l'un des plus importants puisque cet avantage donne à la collectivité le contrôle sur la conception des programmes, leur prestation et leur mise en œuvre ainsi que sur la répartition du financement dans un domaine où DRHC ne participe plus à ces fonctions puisqu'il les leur a transférées par l'entremise des ADRHA. Les demandeurs prétendent que cet avantage que représente le contrôle par la collectivité locale donne aux collectivités la flexibilité de concevoir et de mettre en œuvre des stratégies axées sur le marché du travail conçues pour répondre à leurs besoins respectifs à cet égard. Qui plus est, grâce à la SDRHA, les Autochtones disposent d'une organisation communautaire représentative qui est contrôlée au palier local, qui doit répondre de ses gestes devant eux et qui connaît bien la collectivité.

[64] Les demandeurs contestent les raisons fournies par DRHC pour les avoir exclus: la masse critique et le manque de consensus après consultation avec eux. Ils prétendent que la masse critique n'est pas un problème à Winnipeg et à Toronto. C'est peut-être le cas dans d'autres régions. Mais, Ardoch a informé DRHC qu'elle est disposée à se joindre au CGRAPN ou à d'autres collectivités des Premières nations vivant hors réserve et en milieu rural dans la vallée de l'Outaouais.

[65] Les demandeurs contestent les affirmations de DRHC concernant le degré de consultations qu'il a

organization could be found in urban centres and refer to cross-examination of HRDC officials that such consultation never sought to determine whether there was a consensus in urban communities as to which organization should deliver the urban/off-reserve component.

D. ANALYSIS

(1) The principles

[66] In terms of the applicable principles governing section 15 of the Charter claims, three Supreme Court of Canada decisions were cited by both sides:

(1) *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497;

(2) *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; and

(3) *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950.

[67] The importance of *Law, supra*, lies in its synthesis of all previous Supreme Court of Canada decisions interpreting section 15 of the Charter. Justice Iacobucci, on behalf of the Court, translated his analysis into guidelines for use by courts in determining equality claims under section 15 of the Charter.

[68] *Corbiere, supra*, is significant. In a case brought by off-reserve members of the Batchewana Indian Band, the Supreme Court of Canada struck down, on section 15 Charter grounds, a section of the *Indian Act* which required Band members to be “ordinarily resident on the reserve” in order to vote in Band elections.

[69] *Lovelace, supra*, is of considerable application. That case challenged a program established by the Government of Ontario which distributes the proceeds of that province’s first reserve-based commercial casino only to Ontario First Nation communities registered as bands under the *Indian Act* to the exclusion of non-band

tenues pour déterminer si on pouvait trouver dans les centres urbains une organisation représentative et ils font référence au contre-interrogatoire des fonctionnaires de DRHC qui fait ressortir que cette consultation n’a jamais eu pour but de déterminer s’il y avait dans les collectivités urbaines un consensus quant à savoir quelle organisation devrait se charger du volet ayant trait aux Autochtones vivant dans les villes et hors réserve.

D. ANALYSE

1) Les principes

[66] Pour ce qui concerne les principes qui régissent les revendications fondées sur l’article 15 de la Charte, trois décisions de la Cour suprême du Canada ont été citées par les deux parties:

1) *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497;

2) *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; et

3) *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950.

[67] L’importance de l’arrêt *Law*, précité, tient au fait qu’il fait la synthèse de toutes les décisions antérieures de la Cour suprême du Canada qui ont interprété l’article 15 de la Charte. Le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour, a traduit son analyse en directives à l’intention des tribunaux chargés de statuer sur les revendications fondées sur l’égalité en application de l’article 15 de la Charte.

[68] L’arrêt *Corbiere*, précité, est important. Dans une action intentée par des membres de la bande indienne de Batchewana vivant hors réserve, la Cour suprême du Canada a annulé, pour des motifs fondés sur l’article 15 de la Charte, un article de la *Loi sur les Indiens* qui exigeait que les membres de la bande «réside[nt] ordinairement sur la réserve» pour avoir le droit de voter aux élections de la bande.

[69] L’arrêt *Lovelace*, précité, a une application étendue. Dans cette affaire, on contestait un programme établi par le gouvernement de l’Ontario qui distribue les recettes du premier casino commercial exploité dans une réserve de cette province aux seules collectivités des Premières nations de l’Ontario inscrites en tant que

Aboriginal communities who were the plaintiffs at trial. The plaintiffs included Ardoch Algonquin First Nation and Allies, several other Ontario rural non-reserve First Nation communities, one Métis and non-status Indian association and the Ontario Métis Aboriginal Association. The Supreme Court of Canada decided Ontario's program did not violate section 15 of the Charter as the plaintiffs had not made out a case of substantive discrimination.

(a) The principles in *Law, supra*

[70] Justice Iacobucci in *Law, supra*, first addresses the general approach to section 15: “[o]n its face . . . guarantees the equal treatment of individuals by the state without discrimination” (paragraph 22). The approach must always be purposive and contextual and mandates a three-stage inquiry concerning the impugned law or action. He expresses this three-stage inquiry in the following terms, at paragraph 39:

First, does the impugned law [program] (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage?

[71] At paragraph 51 of the *Law* decision, Justice Iacobucci restates previous Supreme Court of Canada decisions on the purpose of section 15:

All of these statements share several key elements. It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social

bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens* à l'exclusion des collectivités autochtones non constituées en bandes qui étaient les demandesses au procès. Les demandesses incluait la Première nation algonquine d'Ardoch et ses alliés, plusieurs autres collectivités de Premières nations vivant hors réserve dans des régions rurales de l'Ontario, une association de Métis et d'Indiens non inscrits et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario. La Cour suprême du Canada a décidé que le programme ontarien ne contrevenait pas à l'article 15 de la Charte puisque les demandeurs n'avaient pas réussi à prouver qu'il y avait réellement eu discrimination.

a) Les principes énoncés dans l'arrêt *Law, précité*

[70] Dans l'arrêt *Law, précité*, le juge Iacobucci a tout d'abord traité de la démarche générale à suivre pour interpréter l'article 15: «À sa face même, [l'article 15] garantit à tous un traitement égal par l'État, indépendamment de toute discrimination» (paragraphe 22). L'approche doit toujours être fondée sur l'objet visé et le contexte et elle exige que l'on se pose trois grandes questions concernant la loi ou la mesure contestée. Il exprime ces trois grandes questions dans les termes suivants au paragraphe 39:

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique?

[71] Au paragraphe 51 de l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci reformule les décisions antérieures de la Cour suprême du Canada concernant l'objet de l'article 15:

Tous ces énoncés ont plusieurs éléments clés en commun. On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes

prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration. Legislation which effects differential treatment between individuals or groups will violate this fundamental purpose where those who are subject to differential treatment fall within one or more enumerated or analogous grounds, and where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. Alternatively, differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of s. 15(1) where it does not violate the human dignity or freedom of a person or group in this way, and in particular where the differential treatment also assists in ameliorating the position of the disadvantaged within Canadian society.

[72] Justice Iacobucci, in the next paragraph, stated “in the articulation of the purpose of s. 15(1) . . . a focus is quite properly placed upon the goal of assuring human dignity by the remedying of discriminatory treatment”. He then proceeds, in paragraph 53, to analyse what human dignity is and concludes at paragraph 54 stating “[t]he overriding concern with protecting and promoting human dignity in the sense just described infuses all of the elements of the discrimination analysis”.

[73] He continued his analysis by stating in order to determine whether the fundamental purpose of subsection 15(1) is brought into play in a particular case, it was essential to engage in a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant. In discussing the comparative approach, he concluded at paragraph 56 “[u]ltimately, a court must identify differential treatment as compared to one or more other persons or groups. Locating the appropriate comparator is necessary in identifying differential treatment and the grounds of the distinction. Identifying the appropriate comparator will be relevant when considering many of the contextual factors in the discrimination analysis”.

et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Subsidiairement, une différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne, ou d'un groupe de cette façon, surtout si la différence de traitement contribue à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société canadienne.

[72] Au paragraphe suivant, le juge Iacobucci déclare ceci: «dans la formulation de l'objet du par. 15(1) [. . .] l'accent est mis, à juste titre, sur le but de préserver la dignité humaine au moyen de l'élimination du traitement discriminatoire». Il commence ensuite, au paragraphe 53, à analyser en quoi consiste la dignité humaine et il conclut, au paragraphe 54 dans les termes suivants: «Tous les éléments de l'analyse relative à la discrimination sont imprégnés de la volonté supérieure de préserver et de promouvoir la dignité humaine, au sens susmentionné».

[73] Il poursuit son analyse en déclarant que, pour déterminer si l'objet fondamental du paragraphe 15(1) intervient dans le cadre d'une allégation donnée, il est essentiel d'effectuer une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l'allégation et le demandeur. Après avoir discuté de la nature de la méthode comparative, il conclut comme ceci, au paragraphe 56: «En dernière analyse, le tribunal doit établir la différence de traitement par comparaison avec une ou plusieurs autres personnes ou groupes. Il est nécessaire de trouver l'élément de comparaison approprié pour cerner la différence de traitement et les motifs de la distinction. Il y aura lieu de trouver l'élément de comparaison approprié au moment de l'examen des nombreux facteurs contextuels dans l'analyse de la discrimination».

[74] In *Law, supra*, Justice Iacobucci addressed the issue of contextual factors at length. He identified four such factors which may be referred to by a subsection 15(1) claimant “in order to demonstrate that legislation [government action or program] has the effect of demeaning his or her dignity” (paragraph 62) cautioning, however, there are “undoubtedly others, and not all four factors will necessarily be relevant in every case” (*ibid*). Those four factors go to the issue of whether a claimant has made out a case of substantive discrimination.

[75] The four contextual factors referred to were:

- (1) pre-existing disadvantage;
- (2) the relationship between grounds and the claimant’s characteristics or circumstances;
- (3) ameliorative purpose or effects; and
- (4) nature of the interest affected.

[76] He found that “probably the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed . . . is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice experienced by the individual or group” (paragraph 63):

These factors are relevant because, to the extent that the claimant is already subject to unfair circumstances or treatment in society by virtue of personal characteristics or circumstances, persons like him or her have often not been given equal concern, respect, and consideration. It is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization.

[77] My understanding of the Supreme Court of Canada’s second contextual factor “the relationship between grounds and the claimant’s characteristic or circumstances” is how an alleged Charter ground such as age, disability or sex corresponds to the claimant’s needs (requirements), capacity (ability) and circumstances. Justice Iacobucci remarked that “legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others

[74] Dans l’arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a traité en détail de la question des facteurs contextuels. Il a identifié quatre facteurs sur lesquels peut s’appuyer un demandeur «pour démontrer que des dispositions législatives [une mesure ou un programme gouvernemental] ont pour effet de saper sa dignité» (paragraphe 62) en faisant toutefois une mise en garde pour préciser qu’«il en existe évidemment d’autres, et que les quatre facteurs ne [sont] pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas» (*ibid*). Ces quatre facteurs sont utilisés pour déterminer si le demandeur a prouvé qu’il y avait réellement discrimination.

[75] Les quatre facteurs contextuels sont les suivants:

- 1) le désavantage préexistant;
- 2) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur;
- 3) l’objet ou l’effet d’amélioration; et
- 4) la nature du droit touché.

[76] Il conclut que «le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu’une différence de traitement imposé [. . .] est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe» (paragraphe 63):

Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l’objet d’un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d’une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n’aient pas fait l’objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s’ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l’accentuation de leur caractérisation sociale injuste [. . .].

[77] Pour ce qui est du deuxième facteur contextuel énoncé par la Cour suprême du Canada, soit «le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur», l’interprétation que j’en donne est de savoir comment un motif qui serait fondé sur la Charte, comme l’âge, l’incapacité ou le sexe, correspond aux besoins (exigences) du demandeur, à sa capacité (ses compétences) et à sa situation personnelle. Le juge

with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity” (paragraph 70). Conversely, where legislation or the program fails to take into account a claimant’s actual situation, it will be easier to establish discrimination.

[78] He considered an important contextual factor to be the ameliorative purpose or effects of the impugned legislation or government action upon a more disadvantaged person or group because, quoting from Justice Sopinka in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241 [paragraph 66], “the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society”. Justice Iacobucci continues (at paragraph 72):

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.

[79] He emphasized this factor to be likely only relevant where the person or group that is excluded from the scope of ameliorative legislation or other State action is more advantaged in a relative sense adding “[u]nderinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of a historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination” (paragraph 72) (emphasis mine).

[80] The last contextual factor adverted to by Justice Iacobucci is the nature of the interest affected. He quoted from Justice L’Heureux-Dubé in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 [paragraph 63]:

Iacobucci fait remarquer que «la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d’autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d’une façon qui respecte leur[s] valeur[s] en tant qu’êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d’avoir un effet négatif sur la dignité humaine» (paragraphe 70). Réciproquement, lorsque la disposition législative ou le programme ne prend pas en compte la situation véritable d’un demandeur, il sera plus facile d’établir la discrimination.

[78] À son avis, un facteur contextuel important serait l’objet ou l’effet d’amélioration des dispositions législatives ou autres mesures étatiques contestées eu égard à une personne ou un groupe plus défavorisés dans la société parce que, comme le disait le juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 [paragraphe 66] «le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination par l’attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l’ensemble de la société ordinaire». Le juge Iacobucci poursuit en ces termes (au paragraphe 72):

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l’objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l’exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives.

[79] Il souligne que ce facteur ne sera probablement pertinent que dans la mesure où la personne ou le groupe exclu de l’application de dispositions ou d’une autre mesure étatique apportant une amélioration est relativement plus favorisé et il ajoute ceci: «Des dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d’un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination» (au paragraphe 72) (non souligné dans l’original).

[80] Le dernier facteur contextuel auquel fait allusion le juge Iacobucci est la nature du droit touché. Il cite M^{me} le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 [paragraphe 63]:

If all other things are equal, the more severe and localized the . . . consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

[81] He noted Madam Justice L'Heureux-Dubé explained at paragraph 64 (of the *Egan* decision), that the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating not only the economic but also the constitutional and societal significance attributed to the interest or interests adversely affected by the legislation in question. Moreover, it is relevant to consider whether the distinction restricts access to a fundamental social institution, or affects «a basic aspect of full membership in Canadian society», or «constitute[s] a complete non-recognition of a particular group.»

[82] At paragraph 75 of his reasons, Justice Iacobucci concludes his analysis of the contextual factors a claimant may refer to in order to establish an infringement of equality rights in a purposive sense:

An infringement of s. 15(1) of the *Charter* exists if it can be demonstrated that, from the perspective of a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant who takes into account the contextual factors relevant to the claim, the legislative imposition of differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity: . . . Demonstrating the existence of discrimination in this purposive sense will require a claimant to advert to factors capable of supporting an inference that the purpose of s. 15(1) of the *Charter* has been infringed by the legislation [or government action].

(b) The findings in *Corbiere*

[83] In *Corbiere, supra*, the Supreme Court of Canada was unanimous in the result with the reasons written by McLachlin J. (now Chief Justice of Canada) and Bastarache J. subscribed to by three other Justices and those written by Justice L'Heureux-Dubé subscribed in by three other Justices. Both sets of reasons followed the framework analysis for section 15 outlined in *Law, supra*.

Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

[81] Il note que M^{me} le juge L'Heureux-Dubé a expliqué au paragraphe 64 (de l'arrêt *Egan*), qu'on ne peut évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. Qui plus est, il est pertinent d'examiner si la distinction restreint de quelque façon l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromet «un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne» ou «a pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier».

[82] Au paragraphe 75 de ses motifs, le juge Iacobucci conclut son analyse des facteurs contextuels sur lesquels peut s'appuyer un demandeur afin d'établir qu'il y a eu contravention aux principes d'égalité des droits dans un sens fondé sur l'objet visé dans les termes suivants:

Il y a violation du par. 15(1) de la *Charte* s'il peut être démontré que, dans la perspective d'une personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle où se trouve le demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents aux fins de l'allégation, l'imposition d'une différence de traitement dans la loi a pour effet de porter atteinte à sa dignité [. . .] Démontrer l'existence d'une discrimination suivant cette démarche fondée sur l'objet exigera du demandeur qu'il invoque des facteurs permettant d'inférer que les dispositions [ou la mesure étatique] constituent une atteinte à l'objet du par. 15(1) de la *Charte*.

b) Les conclusions de l'arrêt *Corbiere*

[83] Dans l'arrêt *Corbiere*, précité, la Cour suprême du Canada a été unanime quant au résultat, d'une part sous la plume de M^{me} le juge McLachlin (maintenant juge en chef) et de M. le juge Bastarache, au raisonnement desquels ont souscrit trois autres juges et d'autre part sous la plume de M^{me} le juge L'Heureux-Dubé, au raisonnement de laquelle ont souscrit trois autres juges. Les deux séries de motifs ont suivi le cadre d'analyse de l'article 15 élaboré dans l'arrêt *Law*, précité.

[84] I take from *Corbiere, supra*, the following points in terms of the three-stage analysis:

(1) Section 77 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14] of the *Indian Act*'s exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies the first step which is "to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden" as *per* McLachlin and Bastarache JJ. (paragraph 4). Justice L'Heureux-Dubé characterized the distinction, namely the exclusion of the band members who live off-reserve from the definition of elector within the band under the *Indian Act* as differential treatment;

(2) The Court was satisfied on the second inquiry finding the denial of benefits/unequal burden or differential treatment was made on an analogous ground by looking at the purpose of section 15 and whether the analogous ground was like the enumerated grounds which "often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable costs to personal identity" as *per* McLachlin and Bastarache JJ. (paragraph 13) who also found "'Aboriginality-residence' as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is an analogous ground" (paragraph 14) because the distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity, the situation of off-reserve Aboriginal band members being unique and immutable.

Justice L'Heureux-Dubé found "Aboriginality-residence" to be an analogous ground reaching this conclusion, however, by not only examining the purpose of section 15 but also the contextual factors set out in *Law, supra*. In her perspective, the fact that band members living off-reserve had generally experienced disadvantage and prejudice and formed part of a "discrete and insular minority" defined by race and

[84] Je déduis de l'arrêt *Corbiere*, précité, les points suivants qui se rapportent à l'analyse en trois étapes:

1) l'exclusion, découlant de l'article 77 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14] de la *Loi sur les Indiens*, des membres hors réserve des bandes indiennes quant au droit de voter à l'égard de l'administration de leur bande respecte la première exigence qui consiste «à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l'égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal», selon le raisonnement du juge McLachlin et du juge Bastarache (paragraphe 4). Le juge L'Heureux-Dubé qualifie cette distinction, c'est-à-dire l'exclusion des membres hors réserve des bandes indiennes de la définition d'électeur au sein de la bande en vertu de la *Loi sur les Indiens*, de différence de traitement;

2) la Cour s'est dite convaincue, pour ce qui est de la deuxième question à poser dans l'analyse, que le déni d'égalité de bénéfice de la loi ou le fardeau inégal ou la différence de traitement se fondait sur un motif analogue, en examinant l'objet de l'article 15 et en se demandant si le motif analogue était semblable aux motifs énumérés qui «sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inaccessible du point de vue de l'identité personnelle», selon le raisonnement des juges McLachlin et Bastarache (paragraphe 13) qui estiment également que "'l'autochtonité-lieu de résidence" constitue un motif analogue lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci» (paragraphe 14) parce que la distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes, la situation des membres hors réserve des bandes autochtones étant unique et immuable.

Le juge L'Heureux-Dubé a conclu que le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» est un motif analogue; toutefois, pour parvenir à cette conclusion, elle n'a pas examiné seulement l'objet de l'article 15, mais également les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law*, précité. Selon sa perspective, le fait que les membres hors réserve des bandes aient généralement connu des désavantages et subi des préjudices et qu'ils

place of residence was important.

McLachlin and Bastarache JJ. disagreed with her approach stating at paragraph 10 of their joint reasons:

If it is the intention of L'Heureux-Dubé J.'s reasons to affirm contextual dependency of the enumerated and analogous grounds, we must respectfully disagree. If "Aboriginality-residence" is to be an analogous ground. . . then it must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination, whether the challenge is to a governmental tax credit, a voting right, or a pension scheme. This established, the analysis moves to the third stage: whether the distinction amounts, in purpose or effect, to discrimination on the facts of the case. [Emphasis mine.]

(3) The third inquiry, a fact-finding and contextual one, is to determine whether the distinction amounts, in purpose or effect, to discrimination. McLachlin and Bastarache JJ. found substantive discrimination existed by reference to three contextual factors referred to in *Law, supra*: pre-existing disadvantage, correspondence and importance of the interests affected. They wrote, at paragraph 17:

The impugned distinction perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members by denying them the right to vote and participate in their band's governance. Off-reserve band members have important interests in band governance which the distinction denies. They are co-owners of the band's assets. The reserve, whether they live on or off it, is their and their children's land. [Emphasis mine.]

McLachlin and Bastarache JJ. concluded the section 77 disenfranchisement resulted in the denial of substantive equality because its message was clear: "off-reserve band members are not as deserving as those band members who live on reserves". This distinction was made on the arbitrary basis of a personal characteristic (paragraph 18).

[85] Justice L'Heureux-Dubé's opinion that the third inquiry was met was considerably more elaborate. She

soient membres de «minorités distinctes et isolées» du fait de leur race et de leur lieu de résidence était important.

Les juges McLachlin et Bastarache n'ont cependant pas accepté son raisonnement en déclarant ce qui suit au paragraphe 10 de leurs motifs:

Si les motifs du juge L'Heureux-Dubé visent à faire dépendre du contexte l'existence même des motifs énumérés et des motifs analogues, nous devons, avec égards, exprimer notre désaccord. Si le motif de l'«autochtonité-lieu de résidence» doit constituer un motif analogue [. . .], il doit alors constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle, que la contestation vise un crédit d'impôt gouvernemental, un droit de vote ou un régime de pension. Ceci étant établi, nous passons maintenant à la troisième étape de l'analyse, soit la question de savoir si, de par son objet ou ses effets, la distinction est source de discrimination à la lumière des faits de l'espèce. [Non souligné dans l'original.]

3) La troisième question à poser, qui est une question de recherche des faits et de contexte, consiste à déterminer si la distinction équivaut du point de vue de son objet ou de son effet, à de la discrimination. Les juges McLachlin et Bastarache ont conclu qu'il y avait réellement eu discrimination en s'appuyant sur trois des facteurs contextuels dont il est question dans l'arrêt *Law*, précité: la préexistence d'un désavantage, la correspondance du droit touché et son importance. Ils écrivent ceci au paragraphe 17:

La distinction reprochée perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes en les privant de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande. Ces personnes ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande, ce que la distinction les empêche de faire. Ils sont copropriétaires de l'actif de la bande. Qu'ils y vivent ou non, la réserve est leur territoire et celui de leurs enfants. [Non souligné dans l'original.]

Les juges McLachlin et Bastarache concluent que la privation du droit de vote découlant de l'article 77 entraîne un déni d'égalité du bénéfice de la loi parce que son message est clair: «les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas aussi méritants que les membres qui vivent dans les réserves». Cette distinction est faite sur la base arbitraire d'une caractéristique personnelle (paragraphe 18).

[85] L'opinion du juge L'Heureux-Dubé selon lequel le troisième critère a été établi était beaucoup plus

summarized her conclusions at paragraph 91 of her reasons in the following terms:

In summary, therefore, a contextual view of the people affected and the differential treatment in question leads to the conclusion that this legislative distinction conflicts with the purposes of s. 15(1). The people affected by this distinction, in general, are vulnerable and disadvantaged. They experience stereotyping and disadvantage as Aboriginal people and band members living away from reserves. They form part of a “discrete and insular minority” defined by race and residence, and it is more likely that further disadvantage will have a discriminatory impact upon them. Second, the distinction in question does not correspond with the characteristics or circumstances of the claimants and on-reserve band members in a manner which “respects and values their dignity and difference”: . . . The powers of the band council affect cultural, political, and financial interests and needs that are shared by band members living on and off the reserve. Third, the nature of the interests affected is fundamental. Given the form of representative democracy provided for in the *Indian Act*, failure to give any voice in that process to certain members of the band affects an important attribute of membership, and places a barrier between them and a community which has particular importance to them. . . . Finally, the interest affected is also significant because of the ways in which, in the past, ties between band members and the band or reserve have been involuntarily or reluctantly severed. Those affected or their parents may have left the reserve for many reasons that do not signal a lack of interest in the reserve given the various historical circumstances surrounding reserve communities in Canada such as an often inadequate land base, a serious lack of economic opportunities and housing, and the operation of past Indian status and band membership rules imposed by Parliament.

(c) What Lovelace, supra, holds

[86] In *Lovelace, supra*, Justice Iacobucci wrote the reasons on behalf of a unanimous Court. He continued the *Law* analytical framework for section 15 Charter equality cases. He considered “[a]t the centre of this appeal is the appellants’ claim that their exclusion from the First Nations Fund represents a contravention of the equality right guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*” (paragraph 51).

élaborée. Elle résume ses conclusions au paragraphe 91 de ses motifs dans les termes suivants:

En résumé donc, l’analyse contextuelle des personnes touchées et de la différence de traitement en question amène à conclure que la distinction établie par la loi est incompatible avec les objectifs du par. 15(1). Les personnes touchées par cette distinction sont, en général, vulnérables et défavorisées. Elles font l’objet de stéréotypes et souffrent de désavantages à la fois comme Autochtones et comme membres hors réserve des bandes indiennes. Elles font partie d’une «minorité discrète et isolée» qui est définie par la race et le lieu de résidence, et il est vraisemblable que l’imposition de désavantages additionnels aura sur elles un effet discriminatoire. Deuxièmement, la distinction en question ne correspond ni aux caractéristiques ni à la situation des demandeurs et des membres hors réserve des bandes indiennes d’une manière qui «respecte et valorise leur dignité et leur différence»; [. . .] Les pouvoirs des conseils de bande ont une incidence sur des droits et besoins économiques, culturels et politiques que partagent les membres qui habitent les réserves et ceux qui vivent à l’extérieur de celles-ci. Troisièmement, la nature des droits touchés est fondamentale. Compte tenu de la forme de démocratie représentative prévue par la *Loi sur les Indiens*, le fait de ne pas donner à certains membres de la bande la possibilité de s’exprimer dans le cadre de ce processus a des conséquences sur un attribut important de l’appartenance à la bande, et crée un obstacle entre ces personnes et une communauté qui a une importance particulière pour celles-ci. [. . .] Enfin, le droit touché est également important en raison des diverses façons par lesquelles les liens qui unissaient des membres d’une bande à celle-ci ou à la réserve ont, volontairement ou à contrecoeur, été rompus dans le passé. Il est possible que les personnes touchées ou leurs parents aient quitté la réserve pour des raisons qui ne témoignent pas d’un manque d’intérêt envers la réserve, compte tenu des diverses circonstances qui, historiquement, ont caractérisé la vie des communautés habitant les réserves au Canada, telles que des assises territoriales souvent insuffisantes, de graves pénuries de logement et de possibilités de développement économique et l’application des anciennes règles imposées par le Parlement qui régissaient le statut Indien et l’appartenance aux bandes.

c) Les conclusions de l’arrêt Lovelace, précité

[86] Dans l’arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci a rédigé les motifs au nom d’une Cour unanime. Il a poursuivi le cadre analytique élaboré dans l’arrêt *Law* pour l’interprétation de l’article 15 de la Charte portant sur les cas de droit à l’égalité. Il a estimé que «[l’]essence du présent pourvoi est la prétention des parties appelantes que leur exclusion du Fonds des Premières nations contrevient au droit à l’égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*» (paragraphe 51).

[87] He reiterated the central purpose of the guarantee in subsection 15(1) is to protect against the violation of essential human dignity and he confirmed the three broad inquiries required for the determination of a discrimination claim at paragraph 53 of his reasons:

First, we must examine whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others. Secondly, we must establish whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds. And finally, we must ask whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory.

[88] Justice Iacobucci emphasized the discrimination inquiry “demands a full contextual analysis . . . focused through the application of contextual factors which have been identified as being particularly sensitive to the potential existence of substantive discrimination . . . [which] proceeds on the basis of ‘a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant’” (paragraph 55).

[89] At the same paragraph, he stated:

Further, the determination of the appropriate comparator and the evaluation of the context must be examined from the reasonable perspective of the claimant. The question to be asked is whether, taking the perspective of a “reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim” . . . the law has the effect of demeaning a claimant’s human dignity. . . .

[90] I take the following principles from *Lovelace*, *supra*, as particularly relevant to this judicial review application.

[91] First, Justice Iacobucci confirmed a subsection 15(1) scrutiny was not limited to distinctions set out only in legislation. It was clearly available to review ameliorative programs established by government.

[92] Second, he acknowledged the historical disadvantage suffered by both claimant and the comparator group and rejected a relative disadvantage approach. He said a section 15 inquiry “does not direct the appellants and respondents to a ‘race to the bottom’

[87] Il a réitéré que l’objectif essentiel de la garantie accordée par le paragraphe 15(1) est de protéger la population contre toute atteinte à la dignité humaine essentielle et il a confirmé qu’il faut répondre à trois grandes questions pour statuer sur une allégation de discrimination au paragraphe 53 de ses motifs:

Premièrement, il faut se demander si la loi, le programme ou l’activité traite le demandeur différemment d’autres personnes. Deuxièmement, il faut déterminer si cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues. Enfin, il faut se demander si la loi, le programme ou l’activité contesté a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle.

[88] Le juge Iacobucci a insisté sur le fait que l’analyse relative à la discrimination «commande un examen exhaustif du contexte [. . .] [qu’elle s’attache] à l’application de facteurs contextuels qui ont été considérés particulièrement susceptibles de révéler l’existence potentielle de discrimination réelle [. . .] [et qui] prend la forme d’ “une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l’allégation et le demandeur” (paragraphe 55).

[89] Il poursuit au même paragraphe dans les mots suivants:

En outre, la détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation du contexte doivent être réalisées à partir du point de vue raisonnable du demandeur. La question qu’il faut se poser est de savoir si, du point de vue d’une «personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents» [. . .] la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur.

[90] À mon avis, les principes suivants tirés de l’arrêt *Lovelace*, précité, sont particulièrement pertinents à la présente demande de contrôle judiciaire.

[91] Tout d’abord, le juge Iacobucci a confirmé qu’un examen du paragraphe 15(1) n’était pas limité aux seules distinctions établies par un texte de loi. Il est tout à fait possible d’examiner des programmes améliorateurs établis par l’État.

[92] Deuxièmement, il a reconnu le désavantage historique qu’ont subi le demandeur et le groupe de comparaison et il a rejeté la démarche fondée sur le désavantage relatif. Il a dit que l’examen de l’article 15 «n’engage pas les parties appelantes et les intimées dans

i.e. the claimants are not required to establish that they are more disadvantaged than the comparator group”. To him, it was important to acknowledge “that all Aboriginal peoples have been affected ‘by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples’ . . . Aboriginal peoples experience high rates of unemployment and poverty, and face serious disadvantages in the areas of education, health, and housing”, citing both *Corbiere, supra* and the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (paragraph 69).

[93] Third, he found the section 15 inquiry “must proceed on the basis of comparing band and non-band aboriginal communities” finding “no basis for limiting the comparison of band communities with rural non-band aboriginal communities” (emphasis mine) because “there is a great degree of diversity in the living circumstances of the appellant groups which cannot be properly reflected by this single descriptor” (paragraph 64).

[94] Fourth, in his analysis of the contextual factors and particularly the contextual factor related to correspondence of the grounds to the needs, capacities and circumstances, Justice Iacobucci emphasized it was important to fully understand the nature of the program.

[95] Fifth, relying on various passages from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (RCAP) he found the claimant groups faced a unique set of disadvantages in terms of inequalities existing between groups of Aboriginal people quoting from RCAP, vol. 3, at page 204 [paragraph 70]:

Since federal programs and services, with all their faults, typically are the only ones adapted to Aboriginal needs, they have long been a source of envy to non-status and urban Indians, to Inuit outside their northern communities, and to Métis people.

He continued at paragraphs 71 and 72 by writing:

une “course vers le bas”, en d’autres mots les demandeurs ne sont pas tenus de démontrer qu’ils sont plus défavorisés que le groupe de comparaison». Pour lui cependant, il était important de reconnaître que «tous les peuples autochtones subissent les effets “de l’héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones” [. . .]. Les peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et ils font face à d’importants désavantages dans les domaines de l’éducation, de la santé et du logement», citant à la fois l’arrêt *Corbiere*, précité et le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (paragraphe 69).

[93] Troisièmement, il estime que l’analyse fondée sur l’article 15 «doit être faite en comparant les communautés autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas [. . .] [concluant qu’il n’y a] aucune raison de comparer les communautés constituées en bandes aux seules communautés autochtones rurales non constituées en bandes» (non souligné dans l’original) parce qu’«il existe, dans les conditions de vie des groupes appelants, une grande diversité qui ne peut pas être reflétée convenablement par ce seul élément descriptif» (paragraphe 64).

[94] Quatrièmement, dans son analyse des facteurs contextuels et plus particulièrement du facteur contextuel lié à la correspondance entre les motifs et les besoins, les capacités et la situation, le juge Iacobucci a insisté pour dire qu’il était important de comprendre pleinement la nature du programme.

[95] Cinquièmement, s’appuyant sur différents passages du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (CRPA), il a conclu que les groupes demandeurs faisaient face à un ensemble unique de désavantages du point de vue des inégalités, existant entre les différents groupes de populations autochtones, et il se réfère à la page 230, vol. 3 du *Rapport de la CRPA* [paragraphe 70]:

Ces programmes fédéraux, malgré tous leurs défauts, sont habituellement les seuls qui soient adaptés aux besoins des autochtones, et cette situation fait l’envie des autochtones citadins, des Indiens non inscrits, des Inuit vivant à l’extérieur de leurs communautés nordiques et des Métis.

Il continue dans ces mots aux paragraphes 71 et 72:

Furthermore, the appellants have emphasized that these disadvantages have been exacerbated by continuing unfair treatment perpetuated by the stereotype that they are “less aboriginal”, with the result that they are generally treated as being less worthy of recognition, and viewed as being disorganized and less accountable than other aboriginal peoples. In *Law, supra*, this Court affirmed that the existence of substantive discrimination was highly correlated with the existence of a stigmatizing stereotype. In essence, a stereotype is a “misconception whereby a person or, more often, a group is unfairly portrayed as possessing undesirable traits, or traits which the group, or at least some of its members, do not possess”

In *Corbiere, supra*, this Court recognized the vulnerability of off-reserve First Nations band members to unfair treatment on the basis of that group being stereotyped as “less Aboriginal” than band members living on a reserve. . . . While the appellants are situated differently from the Corbiere claimants, I accept that the appellants in this appeal are vulnerable to stereotyping in a similar and a somewhat related fashion. [Emphasis mine.]

[96] Justice Iacobucci in his reasons “having decided the relevant comparator group” considered the first and second stages of the discrimination inquiry. He characterized the first stage as an examination “whether the appellants were subject to differential treatment” and found “[c]learly, the appellants have been subjected to differential treatment since the province of Ontario confirmed, on May 2, 1996, that the appellants were excluded from a share of the First Nations Fund and any related negotiation process (paragraphs 65 and 66).

[97] He turned the second stage “whether this differential treatment was on the basis of an enumerated or analogous ground under s. 15(1)”. He considered the submissions of the Métis appellants that they were excluded on the basis of race or ethnicity. He contrasted this with the submission by the *Lovelace* appellants who submitted “that non-registration under the *Indian Act* is inextricably tied to a long-standing cultural, community and personal identity of a group of individuals constituting a discrete and insular minority within the larger aboriginal population. Further, they argue, that

En outre, les parties appelantes ont souligné que ces désavantages sont exacerbés par le traitement injuste continu que perpétue le stéréotype selon lequel elles seraient «moins autochtones», ce qui a pour résultat qu’elles sont généralement traitées comme étant moins dignes d’être reconnues et qu’elles sont considérées comme étant désorganisées et moins responsables que les autres peuples autochtones. Dans l’arrêt *Law*, précité, notre Cour a confirmé qu’il y avait une corrélation très étroite entre l’existence de discrimination réelle et l’existence d’un stéréotype stigmatisant. Essentiellement, un stéréotype est une «conception erronée à partir de laquelle une personne ou, la plupart du temps un groupe, est injustement dépeint comme possédant des caractéristiques indésirables, ou des caractéristiques que le groupe, ou au moins certains de ses membres, ne possède pas».

Dans *Corbiere*, précité, notre Cour a reconnu que les membres hors réserve des Premières nations constituées en bandes sont vulnérables aux traitements injustes du fait qu’on attache à ce groupe le stéréotype que ses membres sont «moins autochtones» que les membres de bandes vivant dans des réserves [. . .] Bien que, dans le présent pourvoi, les parties appelantes ne soient pas dans la même situation que les demandeurs dans *Corbiere*, j’estime qu’elles sont également vulnérables aux stéréotypes et ce d’une manière assez connexe. [Non souligné dans l’original.]

[96] Dans ses motifs, «[a]yant arrêté le choix du groupe [de] comparaison pertinent» le juge Iacobucci procède aux première et deuxième étapes de l’analyse relative à la discrimination. Il qualifie la première étape d’examen visant à savoir «si les parties appelantes ont fait l’objet d’un traitement différent» et il conclut en ces termes: «Les parties appelantes font manifestement l’objet d’un traitement différent depuis que la province d’Ontario a confirmé, le 2 mai 1996, qu’elles étaient exclues de la participation aux recettes du Fonds des Premières nations et de toute négociation à cet égard» (paragraphes 65 et 66).

[97] Il aborde ensuite la deuxième étape qui consiste à déterminer «si cette différence de traitement était fondée sur un motif énuméré à [l’]article 15] ou un motif analogue à ceux-ci». Il a examiné les prétentions des Métis appelants selon lesquelles ils étaient exclus en raison de leur race ou de leur origine ethnique. Il a comparé ces prétentions à celles fournies par les appelants dans l’arrêt *Lovelace* selon lesquelles «l’absence d’inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* est inextricablement liée à l’identité culturelle, communautaire et personnelle de longue date d’un

their exclusion from the *Indian Act* is constructively immutable” (paragraphs 65-66).

[98] He concluded he did not have to decide the point because of his finding that “even if these grounds are present there is no discrimination in these circumstances” (paragraph 67). He added, however, in the same paragraph, “[a]lthough there may be sound reasons for accepting either the Lovelace or Be-Wab-Bon submissions on the question of enumerated or analogous grounds, and as coming within previous jurisprudence of the Court such as outlined in *Corbiere, supra; Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paragraph 62; *Egan, supra*, and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418”.

[99] Justice Iacobucci then went on in the third stage to consider the four contextual factors set out in *Law, supra*. He found “[t]he appellants have most certainly established pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability, and the Be-Wab-Bon appellants legitimately emphasized that “[f]urther inequities should not be layered upon these widely acknowledged unfair historical exclusions”. He concluded, however, the appellants “have failed to establish that the First Nations Fund functioned by device of stereotype. . . . Instead, . . . this distinction corresponded to the actual situation of individuals it affects, and the exclusion did not undermine the ameliorative purpose of the targeted program. In short, the First Nations Fund does not conflict with the purpose of s. 15(1) and does not engage the remedial function of the equality right” (paragraph 73).

[100] As I read *Lovelace, supra*, the finding of non-discrimination turned mainly on the contextual factor which relates the grounds of the claim of discrimination to the needs, capacities and circumstances of the band communities. Justice Iacobucci looked at the First Nations Fund in the context of the overall project concluding the province and the First Nation bands had

groupe de personnes qui constituent une minorité distincte et isolée au sein de l’ensemble [de] la population autochtone. Ils prétendent également que leur exclusion de la *Loi sur les Indiens* est immuable» (paragraphes 65 et 66).

[98] Il conclut qu’il n’était pas nécessaire qu’il se prononce sur ce point compte tenu de sa conclusion selon laquelle «même si ces motifs sont présents, il n’y a pas de discrimination dans les circonstances» (paragraphe 67). Toutefois, il ajoute ceci dans le même paragraphe: «[q]uoiqu’il puisse y avoir des raisons valables d’accepter aussi bien les arguments des appelants Lovelace que ceux des appelantes Be-Wab-Bon sur la question des motifs énumérés ou analogues et de les considérer conformes à la jurisprudence antérieure de [la] Cour, notamment les arrêts *Corbiere*, précité; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, au paragraphe 62; *Egan*, précité; et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418».

[99] Le juge Iacobucci aborde ensuite la troisième étape qui consiste à examiner les quatre facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Law*, précité. Il conclut en ces termes: «Les parties appelantes ont certes établi la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes et d’une situation de vulnérabilité, et le groupe Be-Wab-Bon a à juste titre fait valoir qu’[TRADUCTION] “[i]l ne faut pas ajouter d’autres iniquités à ces exclusions historiques injustes et largement reconnues”. Il conclut toutefois que les parties appelantes «n’ont pas réussi à démontrer que le Fonds des Premières nations fonctionnait par l’application de stéréotypes [. . .]. Au contraire, [. . .] cette distinction correspond à la situation véritable des individus qu’elle touche, et l’exclusion ne comprenait pas l’objet améliorateur du programme ciblé. Bref, le Fonds des Premières nations n’est pas incompatible avec l’objet du par. 15(1) et ne fait pas entrer en jeu la fonction réparatrice du droit à l’égalité» (paragraphe 73).

[100] D’après l’interprétation que je donne de l’arrêt *Lovelace*, précité, la conclusion de non-discrimination s’appuie principalement sur le facteur contextuel qui lie les motifs de l’allégation de discrimination aux besoins, capacités et situations personnelles des collectivités des bandes. Le juge Iacobucci a examiné le Fonds des Premières nations dans le contexte d’un projet global,

agreed to much more than that the First Nations Fund revenues be directed to community development, etc. He stated [at paragraph 74]:

Specifically, it is critical to recognize that the province did not merely and unilaterally allocate this First Nations Fund from its general consolidated revenue pool. Rather, the First Nations Fund represents the proceeds of a partnered initiative designed to address several issues at once, namely: (i) to reconcile the differing positions of the province and First Nations bands with respect to the need to regulate reserve-based gambling activities, (ii) to support the development of a government-to-government relationship between First Nations bands and the provincial government, as a concretization of the SPR [Statement of Political Partnership], and (iii) to ameliorate the social, cultural and economic conditions of band communities.

[101] Justice Iacobucci stressed the casino project was not only a targeted ameliorative program but was a program that was developed on a partnered basis. He emphasized this partnership between Ontario and the Ontario bands because, in his view, “the casino arrangement must be distinguished from a universal or generally comprehensive benefits program” (paragraph 82).

[102] He found, in this context, it was not surprising “that there is a very high degree of correspondence between the program and the actual needs, circumstances, and capacities of the bands” (paragraph 82).

[103] Justice Iacobucci then examined the contextual factor of ameliorative purpose and extended it to situations “where disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability describes the excluded group or individual” and said the focus of the analysis “is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program in question was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than at disadvantage potentially experienced by any member of society. In other words, we are dealing here with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive”

concluant que la province et les Premières nations constituées en bandes avaient convenu bien davantage que simplement le fait que les recettes du Fonds des Premières nations seraient affectées au développement communautaire, etc. Il déclare ceci [au paragraphe 74]:

En particulier, il est essentiel de reconnaître que la province n’a pas simplement et unilatéralement créé ce Fonds au moyen de sommes prélevées sur le Trésor provincial. Au contraire, le Fonds est constitué des recettes d’une mesure qui a été établie en partenariat et vise à réaliser plusieurs objectifs en même temps, à savoir: (i) concilier les positions différentes de la province et des Premières nations constituées en bandes relativement à la nécessité de réglementer les activités de jeu dans les réserves; (ii) appuyer l’établissement de relations de gouvernement à gouvernement entre les Premières nations constituées en bandes et le gouvernement provincial en vue de donner effet au SPR; (iii) améliorer les conditions sociales, culturelles et économiques des communautés constituées en bandes.

[101] Le juge Iacobucci a insisté pour dire que le projet de casino n’était pas seulement un programme améliorateur ciblé, mais également un programme qui a été élaboré en partenariat. Il a insisté sur ce partenariat entre l’Ontario et les bandes ontariennes parce que, à son avis, «les arrangements concernant le casino doivent être distingués des programmes d’avantages universels ou généralement accessibles» (paragraphe 82).

[102] Dans ce contexte, il a conclu qu’il n’était pas étonnant qu’il existe un «degré très élevé de correspondance entre le programme et les besoins, la situation et les capacités véritables des bandes» (paragraphe 82).

[103] Le juge Iacobucci a ensuite examiné le facteur contextuel de l’objet améliorateur et l’a étendu à des situations «où le désavantage, les stéréotypes, les préjugés ou la vulnérabilité caractérisent le groupe ou l’individu exclu» et il ajoute que «l’aspect central de l’analyse n’est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme en question vise à améliorer la situation d’un groupe défavorisé précis plutôt qu’à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. En d’autres mots, nous sommes en présence d’un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d’avoir un caractère trop limitatif, et non d’un programme améliorateur plus complet auquel on

(paragraph 85). He then added [at paragraph 86]:

Having said this, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society. [Emphasis mine.]

[104] He found the ameliorative purpose of the overall casino project and related First Nations Fund had been clearly established and concluded “[t]he First Nations Fund has, therefore, a purpose that is consistent with s. 15(1) of the *Charter* and the exclusion of the appellants does not undermine this purpose since it is not associated with a misconception as to their actual needs, capacities and circumstances”(paragraph 87).

[105] He touched upon the nature of the interest affected by the program viewing that “that the severe and localized economic interest is interwoven with a compelling interest in a fundamental social institution, namely recognition as self-governing aboriginal communities” [paragraph 89]. He concluded:

However, I fail to see how the targeted arrangement and circumstances surrounding the First Nations Fund, including the special characteristics of First Nations bands as described above, results in any lack of recognition of the appellants as self-governing communities. To the extent that there is any such effect in this respect, I find it remote.

(2) Application of the principles to this case

[106] Before embarking on the three-stage analysis mandated by the Supreme Court of Canada, I address, at the very start, who the claimants, First Nation members of urban Aboriginal communities living off-reserve in Winnipeg, Toronto and in the Niagara Peninsula and First Nation members who have no reserve and live in Aboriginal communities in the Ottawa Valley, are to be compared to for purposes of the discrimination analysis.

reproche d’avoir un caractère trop limitatif» (paragraphe 85). Il ajoute ensuite [au paragraphe 86]:

Cela dit, il faut reconnaître qu’il est peu probable que le fait d’exclure un groupe d’un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d’associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu’il est moins digne de reconnaissance et d’intégration au sein de la société dans son ensemble. [Non souligné dans l’original.]

[104] Il a aussi conclu que l’objet améliorateur du projet de casino dans son ensemble et du Fonds des Premières nations a clairement été établi et poursuit sur ces mots: «Le Fonds des Premières nations a donc un objet compatible avec le par. 15(1) de la *Charte*, et l’exclusion des parties appelantes ne compromet pas la réalisation de cet objet puisqu’elle n’est pas liée à une conception erronée de leurs besoins, capacités et situation véritables» (paragraphe 87).

[105] Il a aussi abordé la nature du droit touché par le programme estimant que «l’intérêt économique grave et localisé est intimement lié à un intérêt impérieux dans une institution sociale fondamentale, savoir la reconnaissance en tant que communautés autochtones jouissant de l’autonomie gouvernementale» [paragraphe 89]. Il conclut ainsi:

Je ne vois toutefois pas comment les mesures ciblées et les circonstances entourant le Fonds des Premières nations, notamment les caractéristiques spéciales des Premières nations constituées en bandes décrites précédemment, ont pour effet d’empêcher les parties appelantes d’être reconnues comme des communautés titulaires de l’autonomie gouvernementale. Dans la mesure où un tel effet existe, j’estime qu’il est ténu.

(2) Application des principes à l’espèce

[106] Avant d’entamer l’analyse en trois étapes recommandée par la Cour suprême du Canada, je dois décider en tout premier lieu à quel groupe doivent être comparés, pour les fins de l’analyse relative à la discrimination, les demandeurs qui sont des membres des collectivités des Premières nations vivant dans les villes et hors réserve à Winnipeg, Toronto et dans la péninsule du Niagara et des membres des Premières nations qui ne sont pas rattachés à une réserve et qui vivent dans les communautés autochtones de la vallée de l’Outaouais.

[107] In *Lovelace, supra*, Justice Iacobucci emphasized that generally, the claimant chooses the relevant comparator group but the Court may, within the scope of the grounds pleaded, refine the comparison proposed.

[108] I accept the comparator group proposed by counsel for the Winnipeg applicants. The applicants are to be compared with First Nation members living on-reserve for the purpose of determining whether they and the communities they live in are treated differently by the impugned government program, the AHRDS. In this context, the comparison may also be said to be between First Nation band communities and First Nation urban and rural non-band communities (which was the comparison in *Lovelace, supra*, paragraph 64).

[109] There can be no question AHRDS is subject to Charter scrutiny. *Lovelace, supra*, makes this point quite emphatically.

[110] The existence and functioning of urban and rural Aboriginal communities is also beyond doubt. I need only refer to affidavits of Mary Richard and Wayne Helgason dealing with the Winnipeg Aboriginal community. The Toronto Aboriginal community was described in the affidavit of Joseph Hester and those in the Niagara Peninsula by Vince Hill. Chief Crawford deposed to the functioning of Ardoch.

[111] The first stage of the discrimination inquiry under section 15 of the Charter asks whether the program makes a distinction that denies equal benefit, imposes an unequal burden or put in other words, imposes unequal treatment between the applicants and those in the comparator group.

[112] The benefit denied or unequal treatment imposed claimed by the applicants is the inability under the AHRDS for the communities they live in to do what First Nation members living in on-reserve communities can do for their members, both on and off-reserve: decide how best to devise and implement training

[107] Dans l'arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci a insisté pour dire qu'en général le demandeur choisit le groupe de comparaison pertinent mais la Cour peut, dans le cadre des motifs plaidés, préciser la comparaison proposée.

[108] J'accepte le groupe de comparaison proposé par l'avocat des demandeurs de Winnipeg. Les demandeurs doivent être comparés aux membres des Premières nations qui vivent dans les réserves afin de déterminer si eux-mêmes et les communautés dans lesquelles ils vivent sont traités différemment par le programme étatique contesté, soit la SDRHA. Dans ce contexte, la comparaison peut également se faire entre les communautés des Premières nations constituées en bandes et les communautés des Premières nations non constituées en bandes et qui vivent en milieu urbain et rural (ce qui était le groupe de comparaison dans l'arrêt *Lovelace*, précité, paragraphe 64).

[109] Il ne fait aucun doute que la SDRHA peut faire l'objet d'un examen au regard de la Charte. L'arrêt *Lovelace*, précité, l'établit très clairement.

[110] L'existence et le fonctionnement des communautés autochtones vivant en milieu urbain et rural ne fait aucun doute non plus. Il me suffit de me référer aux affidavits de Mary Richard et de Wayne Helgason traitant de la communauté autochtone de Winnipeg. La communauté autochtone de Toronto a été décrite dans l'affidavit de Joseph Hester et celle de la péninsule du Niagara par Vince Hill. Le chef Crawford a témoigné sur le fonctionnement d'Ardoch.

[111] La première étape de l'examen relatif à la discrimination fondé sur l'article 15 de la Charte consiste à se demander si le programme établit une distinction qui nie l'égalité du bénéfice de la loi, impose un fardeau injuste ou, en d'autres mots, impose un traitement inégal entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison.

[112] L'avantage nié ou le traitement inégal imposé qu'allèguent les demandeurs est l'incapacité des communautés dans lesquelles ils vivent de faire, dans le cadre de la SDRHA, ce que les membres des Premières nations vivant dans les réserves peuvent faire pour leurs membres, qu'ils vivent dans la réserve ou hors réserve:

programs, decide which type of program is needed to serve Aboriginal peoples in their communities, allocate funding for this purpose and insure service providers function appropriately in a context of accountability.

[113] Devolving decision-making for labour market programming to Aboriginal communities was the premise upon which Pathways, the New Relationship and AHRDS were built and the reason is apparent and is acknowledged by HRDC. Experience has shown that labour market programming to serve Aboriginal peoples will not work unless decisions are made by those on the ground.

[114] I accept the evidence of David Hallman, David McCulloch and Robert Hawson, on behalf of HRDC, AHRDS did not envisage every Aboriginal community would have an AHRDAs. Efficiencies and economies of scale are relevant.

[115] I do not, however, accept their evidence critical mass was an issue relevant to the communities the applicants live in.

[116] AHRDS draws a distinction between the applicants' communities and those of the comparator group. First Nation band communities enjoy the benefits of local community control while the applicants' communities do not. The distinction is not overcome by the urban component of AHRDA whose purpose is different: to ensure access in urban and rural communities to supplement the primary responsibility of AHRDS holders (First Nation bands) to serve their members in those communities. As counsel for Canada argued this is not a case where the applicants allege they were denied funding when they applied for it. The applicants have met the first stage.

c'est-à-dire décider de la meilleure façon de concevoir et de mettre en œuvre des programmes de formation, décider quel type de programme est nécessaire pour desservir les membres de leurs communautés, allouer le financement à cette fin et s'assurer que les fournisseurs de services fonctionnent de façon appropriée dans un contexte de responsabilité.

[113] Déléguer la prise de décisions pour les programmes liés au marché du travail aux communautés autochtones était la prémisse à partir de laquelle les stratégies Les chemins de la réussite et Vers une nouvelle relation et la SDRHA ont été construites; la raison en est manifeste et reconnue par DRHC. L'expérience a démontré que les programmes de développement du marché du travail visant à desservir les peuples autochtones ne fonctionnent pas à moins que les décisions soient prises sur le terrain.

[114] J'accepte les témoignages de David Hallman, David McCulloch et Robert Hawson, qui ont déposé pour le compte de DRHC, selon lesquels la SDRHA n'envisageait pas que toutes les communautés autochtones signeraient un ADRHA. L'efficacité et les économies d'échelle sont des facteurs pertinents.

[115] Toutefois, je n'accepte pas leur témoignage concernant le fait que la masse critique était une question pertinente pour les communautés dans lesquelles les demandeurs vivent.

[116] La SDRHA établit une distinction entre les communautés des demandeurs et celles du groupe de comparaison. Les communautés des Premières nations constituées en bandes profitent des avantages du contrôle exercé par la communauté locale alors que les communautés des demandeurs ne peuvent en faire autant. La distinction n'est pas compensée par le volet urbain de la SDRHA dont l'objectif est différent: assurer aux communautés urbaines et rurales l'accès aux programmes pour aider les signataires des ADRHA (les Premières nations constituées en bandes) à s'acquitter de leur responsabilité primordiale, savoir desservir leurs membres dans ces collectivités. Comme l'avocat représentant le Canada l'a fait valoir, il ne s'agit pas d'un cas où les demandeurs allèguent qu'on leur a refusé du financement quand ils en ont fait la demande. Les demandeurs ont satisfait au premier critère.

[117] They have also crossed the second stage which asks whether the distinction drawn by AHRDS is based on enumerated section 15 Charter or analogous grounds.

[118] In *Corbiere, supra*, McLachlin and Bastarache JJ. described both enumerated and analogous grounds stand (at paragraph 8) “as constant markers of suspect decision making or potential discrimination”. Aboriginality-residence (off-reserve band member status) “must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination, whether the challenge is to a governmental tax credit, a voting right, or a pension scheme” (paragraph 10).

[119] What I take from these observations is that a finding of an analogous ground such as Aboriginality-residency has a permanency for application in future cases which does not vary in accordance with the circumstances. Varying circumstances may affect the determination of whether substantive discrimination has been made out because the markers are “only indicators of suspect grounds of distinction, it follows that decisions on these grounds are not always discriminatory” (paragraph 7).

[120] Off-reserve residency has already been accepted as an analogous ground in *Corbiere*. The only issue is whether the distinction was based on that analogous ground. I find that it did. HRDC’s decision not to enter into an AHRDA, encompassing the element of local community control, with the organizations mandated by the applicants was based on where they lived, i.e. Aboriginality-residence.

[121] I now move to the third stage where the question is whether AHRDS has a purpose or effect that is substantive discrimination which involves a consideration of the four contextual factors outlined in the jurisprudence.

[122] *Lovelace, supra*, made it clear band and non-band communities suffer from historical disadvantage

[117] Ils ont également franchi la deuxième étape qui demande si la distinction établie par la SDRHA est fondée sur un motif énuméré à l’article 15 de la Charte ou sur un motif analogue.

[118] Dans l’arrêt *Corbiere*, précité, les juges McLachlin et Bastarache ont conclu que les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. Le motif de l’autochtonité–lieu de résidence (le statut de membre d’une bande vivant hors réserve) «doit alors constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle, que la contestation vise un crédit d’impôt gouvernemental, un droit de vote ou un régime de pension» (paragraphe 10).

[119] Ce que je retiens de ces observations, c’est que la détermination d’un motif analogue comme l’autochtonité–lieu de résidence lui donne un caractère de permanence qui permet de l’appliquer dans des causes à venir, indépendamment des circonstances. La différence de circonstances peut modifier la décision portant sur la question de savoir s’il y a réellement eu discrimination parce que ces indicateurs ne sont «que des indicateurs de l’existence de motifs de distinction suspects, [et qu’]il s’ensuit que les décisions fondées sur ces motifs ne sont pas toujours discriminatoires» (paragraphe 7).

[120] La résidence hors réserve a déjà été acceptée comme un motif analogue dans l’arrêt *Corbiere*. La seule question à trancher est de savoir si la distinction était fondée sur ce motif analogue. Je conclus que tel est le cas. La décision de DRHC de ne pas conclure d’ADRHA, englobant l’élément de contrôle communautaire local, avec les organisations mandatées par les demandeurs était basée sur leur lieu de résidence, c’est-à-dire l’autochtonité–lieu de résidence.

[121] J’en viens maintenant à la troisième étape dans laquelle il faut se demander si la SDRHA a un objet ou un effet qui constitue de la discrimination réelle, ce qui suppose que l’on examine les quatre facteurs contextuels énumérés dans la jurisprudence.

[122] L’arrêt *Lovelace*, précité, faisait clairement ressortir que les communautés constituées en bandes et

and a section 15 inquiry does not direct a “race to the bottom”. All Aboriginal people are affected by “the legacy of stereotyping and prejudice”.

[123] Both *Corbiere* and *Lovelace*, *supra*, touched upon the inequalities existing between groups of Aboriginal peoples. It will be recalled *Corbiere* focussed on off-reserve First Nation members living around Sault Ste-Marie and, in *Lovelace*, the claimants included the Ardoch First Nation.

[124] Justice L’Heureux-Dubé, in *Corbiere*, *supra*, viewed off-reserve band members as “vulnerable and disadvantaged. They experience stereotyping and disadvantage as Aboriginal people and band members living away from reserves. They form part of a ‘discrete and insular minority’ defined by race and residence” [paragraph 91].

[125] In *Lovelace*, *supra*, Justice Iacobucci, quoting from RCAP addressed the issue of inequality between the claimants and reserve-based First Nation members.

[126] He considered the appellants’ argument the disadvantage they faced was “perpetuated by the stereotype that they are ‘less aboriginal’, with the result that they are generally treated as being less worthy of recognition, and viewed as being disorganized and less accountable than other Aboriginal peoples” [paragraph 71].

[127] He referred to *Corbiere* and said that case “recognized the vulnerability of off-reserve First Nations band members to unfair treatment on the basis of that group being stereotyped as ‘less Aboriginal’ than band members living on a reserve” [paragraph 72].

[128] Justice Iacobucci concluded at paragraph 72: While the appellants are situated differently from the *Corbiere* claimants, I accept that the appellants in this appeal are

celles qui ne sont pas constituées en bandes ont subi un désavantage historique et un examen fondé sur l’article 15 n’engage pas les parties dans une «course vers le bas». Tous les peuples autochtones subissent «les effets de l’héritage de stéréotypes et préjugés».

[123] Les deux arrêts *Corbiere* et *Lovelace*, précités, ont traité des inégalités qui existent entre les groupes d’Autochtones. On se rappellera que l’arrêt *Corbiere* mettait l’accent sur les membres des Premières nations vivant hors réserve dans la région de Sault Ste. Marie et, dans l’arrêt *Lovelace*, les demandeurs incluait la Première nation d’Ardoch.

[124] Dans l’arrêt *Corbiere*, précité, le juge L’Heureux-Dubé a estimé que les membres des bandes vivant hors réserve étaient «vulnérables et défavorisé[s]. [Ils] font l’objet de stéréotypes et souffrent de désavantages à la fois comme Autochtones et comme membres hors réserve des bandes indiennes. [Ils] font partie d’une “minorité discrète et isolée” qui est définie par la race et le lieu de résidence» [paragraphe 91].

[125] Dans l’arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci, citant le rapport de la CRPA, a traité la question de l’inégalité entre les demandeurs et les membres des Premières nations vivant dans des réserves.

[126] Il a examiné l’argument des appelants selon lequel le désavantage qu’ils connaissent est perpétué par «le stéréotype selon lequel [ils] seraient “moins autochtones”, ce qui a pour résultat qu’[ils] sont généralement traité[s] comme étant moins dignes d’être reconnu[s] et qu’[ils] sont considéré[s] comme étant désorganisés et moins responsables que les autres peuples autochtones» [paragraphe 71].

[127] Il a fait référence à l’arrêt *Corbiere* et a déclaré que cette affaire «[reconnaissait] que les membres hors réserve des Premières nations constituées en bandes sont vulnérables aux traitements injustes du fait qu’on attache à ce groupe le stéréotype que ses membres sont “moins autochtones” que les membres de bandes vivant dans les réserves» [paragraphe 72].

[128] Le juge Iacobucci concluait au paragraphe 72: Bien que, dans le présent pourvoi, les parties appelantes ne soient pas dans la même situation que les demandeurs dans

vulnerable to stereotyping in a similar and a somewhat related fashion.

[129] The distinction drawn in the AHRDS, as it has been applied to the applicants' communities, is a distinction similar to that found in *Corbiere*, and *Lovelace*, *supra*. HRDC's decision not to enter into an AHRDA with representative organizations mandated by the applicants' communities perpetuates the historic disadvantage and continues the stereotype of the applicants being less worthy and less organized. It is difficult to understand HRDC's reasoning since these communities were considered by it to be worthy under Pathways.

[130] The second contextual factor speaks to the relationship between the basis on which the differential treatment occurs and the characteristics of the claimant. Some distinctions may correspond to the needs, capacities, or circumstances of a group in a manner that does not affect their human dignity. (*Corbiere*, *supra*, paragraph 73.)

[131] The no discrimination finding in *Lovelace* was largely based on the Court's finding the targeted program, characterized as an ameliorative program developed on a partnership between Ontario and the First Nations in Ontario, corresponded to the needs, capacities and circumstances of those First Nations. This targeted program was put into place to address several issues between the Government of Ontario and Ontario First Nations and enumerated by Justice Iacobucci at paragraph 74 of his reasons. He also noted the First Nations Fund from which the claimants were excluded was not drawn from the province's general consolidated revenue pool. He distinguished the casino arrangement from a universal or generally comprehensive program.

[132] I agree with the applicants the AHRDS is completely different than the type of program than the one the Court considered in *Lovelace*, *supra*. There is no reliable evidence, the needs, capacities and circumstances of the applicants and the communities they live in are different than the needs of First Nations

Corbiere, j'estime qu'elles sont également vulnérables aux stéréotypes et ce d'une manière assez connexe.

[129] La distinction établie dans la SDRHA, telle qu'elle a été appliquée aux communautés des demandeurs, est une distinction semblable à celle qui a été constatée dans les arrêts *Corbiere* et *Lovelace*, précités. La décision de DRHC de ne pas conclure d'ADRHA avec les organismes représentatifs nommés par les communautés des demandeurs perpétue le désavantage historique et maintient le stéréotype selon lequel les demandeurs sont moins importants et moins organisés. Il est difficile de comprendre le raisonnement de DRHC étant donné qu'il a considéré ces communautés comme étant dignes de confiance dans la stratégie Les chemins de la réussite.

[130] Le deuxième facteur contextuel traite de la relation entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques du demandeur. Certaines distinctions peuvent correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation d'un groupe d'une manière qui n'a pas d'incidence sur la dignité humaine. (*Corbiere*, précité, paragraphe 73.)

[131] La conclusion dans l'arrêt *Lovelace* selon laquelle il n'y avait pas de discrimination était largement fondée sur la conclusion de la Cour selon laquelle le programme ciblé, qui a été qualifié de programme améliorateur mis au point dans le cadre d'un partenariat entre l'Ontario et les Premières nations ontariennes, correspondait aux besoins, aux capacités et à la situation de ces Premières nations. Ce programme ciblé avait été mis en place pour régler plusieurs problèmes entre le gouvernement de l'Ontario et les Premières nations de l'Ontario et qui ont été énumérés par le juge Iacobucci au paragraphe 74 de ses motifs. Il a également noté que le Fonds des Premières nations dont les demandeurs étaient exclus n'avait pas été créé au moyen de sommes prélevées sur le Trésor provincial. Il a distingué le projet de casino d'un programme universel et très largement intégré.

[132] Je reconnais avec les demandeurs que la SDRHA est complètement différente du type de programme que la Cour a examiné dans l'arrêt *Lovelace*, précité. Il n'y a pas de preuve valable que les besoins, les capacités et la situation des demandeurs et des communautés dans lesquelles ils vivent sont

reserve-based communities. The applicants do not have to show they are more disadvantaged than the reserve-based First Nation members. AHRDS is a universal program whose purpose is to provide enhanced employment opportunities for all Aboriginal peoples in Canada and the benefits of local community control do not differ whether a First Nation person lives on the reserve or not. Different treatment between band and non-band communities cannot be justified on the basis the Court did in *Lovelace*.

[133] The third contextual factor considers the ameliorative purpose. It is not disputed AHRDS's purpose is an ameliorative one geared to enhancing, through training programs, the employment opportunities of Aboriginal peoples who are disadvantaged by very high unemployment and special barriers they face in getting jobs.

[134] In *Lovelace, supra*, Justice Iacobucci said the Court was dealing "with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive" (paragraph 85). Noting his comment in *Law, supra*, the Court affirmed that "ameliorative legislation designed to benefit the population in general, yet which excludes historically disadvantaged claimants, will 'rarely escape the charge of discrimination'" (paragraph 84).

[135] As the Court stressed, it is important to appreciate the nature of the impugned program—AHRDS. It is a general comprehensive program geared to assisting all Aboriginal peoples, wherever they live, in order to enhance their skills, tuned to local labour market demand, so they can gain employment in the communities they live in.

[136] AHRDS is not a targeted program in the sense used in *Lovelace, supra*, where the program was tailored to ameliorate a specific group rather than the disadvantage potentially experienced by any member of society. AHRDS targets all Aboriginal people and seeks

différents des besoins des communautés des Premières nations vivant dans des réserves. Les demandeurs n'ont pas à démontrer qu'ils sont plus défavorisés que les membres des Premières nations vivant dans des réserves. La SDRHA est un programme universel dont le but est de fournir de meilleures possibilités d'emploi à tous les peuples autochtones du Canada et les avantages que procure le contrôle communautaire local ne diffèrent pas selon qu'un membre d'une Première nation vit dans une réserve ou non. La différence de traitement entre les communautés constituées en bandes et celles qui ne le sont pas ne peut se justifier sur la base des conclusions de la Cour dans *Lovelace*.

[133] Le troisième facteur contextuel traite de l'objet améliorateur. Il n'est pas contesté que l'ADRHA a un objectif améliorateur qui est conçu pour augmenter, au moyen de programmes de formation, les possibilités d'emploi des peuples autochtones qui sont désavantagés, connaissent un taux de chômage élevé et font face à des obstacles particuliers qui les empêchent de se trouver des emplois.

[134] Dans l'arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci traitait «d'un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif, et non d'un programme améliorateur plus complet auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif» (paragraphe 85). Reprenant l'observation formulée dans l'arrêt *Law*, précité, la Cour a confirmé que «des dispositions législatives amélioratrices qui visent la population en général mais excluent des demandeurs historiquement défavorisés seront "presque toujours taxées de discriminatoires"» (paragraphe 84).

[135] Comme la Cour l'a signalé, il est important de bien comprendre la nature du programme contesté, savoir la SDRHA. Il s'agit d'un programme complet qui a pour but d'aider tous les peuples autochtones, quel que soit l'endroit où ils vivent, afin d'améliorer leurs compétences, de les adapter à la demande du marché du travail local, de façon à ce qu'ils puissent se trouver des emplois dans les collectivités où ils vivent.

[136] La SDRHA n'est pas un programme ciblé dans le sens utilisé dans *Lovelace*, précité, où le programme était conçu pour améliorer un groupe particulier et non pour contrer le désavantage que tout membre de la société était susceptible de connaître. La SDRHA cible

to ameliorate all.

[137] I find AHRDS is underexclusive in terms of First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities whom the applicants represent.

[138] They have been excluded and unjustifiably differentially treated by HRDC from the purpose and significant benefit of AHRDS, that which HRDC itself recognizes without which the program will fail, local control of programming and funding tailored to each community's different needs in the labour market.

[139] Finally, consideration must be given to the nature of the interest affected.

[140] In *Lovelace, supra*, the Court endorsed what Justice L'Heureux-Dubé said about this factor. Included in the considerations involved in the analysis is whether the distinction constitutes a complete non-recognition of a particular group. In my view, it does in respect of the communities the applicants live in.

[141] What HRDC failed to recognize are the applicants' urban and rural First Nation communities, that they function as a community in which First Nation members participate, have traditional forms of governance which tasks organizations to carry out programs they consider necessary to address the needs of the members of that community. HRDC does not acknowledge a Roger Misquadis, a Mona Perry, a Peter Ogden, with others, has built an Aboriginal community in the places they live in.

[142] This conclusion is manifest by looking at which organizations HRDC entered AHRDAs with and which communities it did not.

[143] As the applicants' affidavits attest, such exclusion violates their human dignity in a fundamental way and ignoring their community stereotypes them as

tous les peuples autochtones et elle a pour but d'améliorer leur situation à tous.

[137] Je conclus que la SDRHA a un caractère trop limitatif pour ce qui est des communautés des Premières nations vivant dans les villes ainsi que pour celles qui vivent hors réserve en milieu rural, que les demandeurs représentent.

[138] Ils ont été traités de façon différente et injuste par DRHC et exclus de l'objet et des bienfaits importants offerts par la SDRHA, savoir le contrôle local des programmes et du financement adapté aux besoins différents de chaque collectivité relativement au marché du travail, bienfaits sans lesquels, DRHC le reconnaît lui-même, le programme sera un échec.

[139] Finalement, il faut examiner la nature du droit touché.

[140] Dans *Lovelace*, précité, la Cour a endossé les propos du juge L'Heureux-Dubé au sujet de ce facteur. Parmi les éléments faisant partie de l'analyse figure la question de savoir si la distinction constitue une non-reconnaissance complète d'un groupe particulier. À mon avis, c'est le cas pour les communautés dans lesquelles les demandeurs vivent.

[141] Ce que DRHC n'a pas reconnu, ce sont les communautés urbaines et rurales des Premières nations que représentent les demandeurs, le fait qu'elles fonctionnent comme une communauté à laquelle participent les membres des Premières nations, qu'elles ont des formes traditionnelles d'administration et qu'elles disposent d'organismes qui sont chargés de mettre en œuvre les programmes qu'elles estiment nécessaires pour répondre aux besoins des membres de cette communauté. DRHC ne reconnaît pas qu'un Roger Misquadis, une Mona Perry, un Peter Ogden, et bien d'autres ont construit une communauté autochtone là où ils vivent.

[142] Cette conclusion est manifeste si l'on examine les organismes avec lesquels DRHC a conclu des ADRHA et les collectivités avec lesquelles il ne l'a pas fait.

[143] Comme l'attestent les affidavits des demandeurs, une telle exclusion porte atteinte à leur dignité humaine d'une façon fondamentale et le fait

less worthy of recognition.

[144] I find substantive discrimination has been established. All of the contextual factors converge to establish this conclusion.

(3) Justification—Section 1 of the Charter

[145] The section 1 Charter analysis is derived from *The Queen. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, with McLachlin and Bastarache JJ. in *Corbiere, supra*, endorsing the approach taken by Justice Iacobucci in *Egan, supra*. The first element is whether the program meets a pressing and substantial objective and the second element is the proportionality analysis which considers (a) whether the program is rationally connected to the objective; (b) the right is impaired as minimally as possible; and (c) the attainment of the goal is not outweighed by the abridgement of the right.

[146] I agree with counsel for Canada that AHRDS is a program which is pressing and substantial. Its purpose is to help Aboriginal people, who suffer high unemployment, get jobs.

[147] However, I find the means taken to implement the AHRDS is not rationally connected to the objective nor does it minimally impair the right as little as possible.

[148] The goal of the AHRDS is to help Aboriginal people get jobs but what is denied the applicants' communities is the key to making the program work successfully so that its goal can be achieved—local decision-making by representative groups mandated by the applicants' communities. The exclusion is because they have no AHRDAs and this without justification. I have already commented HRDC is entitled to apply efficiency criteria when it decides with whom AHRDAs should be entered with. I have decided the issue of critical mass is not relevant to the applicants' communities.

[149] HRDC raised another justification: fragmentation in the urban Aboriginal communities of Toronto and Winnipeg as to which representative organization is mandated by the community to plan,

d'ignorer leur communauté les rend moins dignes de reconnaissance.

[144] Je conclus qu'il y a eu discrimination réelle. Tous les facteurs contextuels convergent pour en venir à cette conclusion.

3) Justification—Article premier de la Charte

[145] L'analyse de l'article premier de la Charte est tirée de l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; dans *Corbiere*, précité, les juges McLachlin et Bastarache ont endossé la démarche suivie par le juge Iacobucci dans *Egan*, précité. Le premier élément consiste à déterminer si le programme répond à un objectif urgent et réel et le deuxième élément est l'analyse de la proportionnalité visant à déterminer a) si le programme a un lien rationnel avec son objectif; b) si l'atteinte au droit est minimale; et c) si l'atteinte au droit l'emporte sur la réalisation de l'objectif.

[146] Je conviens avec l'avocat du Canada que la SDRHA est un programme qui est urgent et réel. Son objectif est d'aider les peuples autochtones, qui connaissent un taux de chômage très élevé, à trouver des emplois.

[147] Toutefois, j'estime que le moyen utilisé pour mettre en œuvre la SDRHA n'a pas de lien rationnel avec l'objectif et que l'atteinte au droit n'est pas minimale.

[148] L'objectif de la SDRHA est d'aider les Autochtones à trouver des emplois, mais ce qu'on refuse aux communautés des demandeurs c'est la clé du succès du programme de façon que son objectif puisse être atteint — savoir la prise de décisions à l'échelon local par des groupes représentatifs mandatés par les communautés des demandeurs. L'exclusion découle du fait qu'ils n'ont pas d'ADRHA et ce, sans justification. J'ai déjà fait observer que DRHC a le droit d'appliquer des critères d'efficacité quand il décide avec qui il doit conclure des ADRHA. J'ai décidé que la question de la masse critique n'est pas pertinente eu égard aux collectivités des demandeurs.

[149] DRHC fait valoir une autre justification: l'absence de consensus dans les communautés autochtones urbaines de Toronto et de Winnipeg quant à savoir quel organisme représentatif est mandaté par la

deliver and find training programs. This justification cannot be argued seriously in the case of the Ardoch.

[150] I find this justification not to have been established in fact. There is no clear evidence the applicants' communities are fragmented as to who represents them in labour training matters, HRDC did not realistically try to find out and it ignored the very organizations which operated successfully under Pathways.

[151] The minimal impairment test requires Canada to lead evidence on what alternative measures it considered when it made its decision to exclude the applicants' communities from AHRDAs. Canada says it had to choose representative organizations and where, no consensus existed, it went to the RFP process.

[152] I have already held I was not satisfied with Canada's evidence on this point. Apart from that, Canada led no evidence of any study or arrangements considered short of shutting out the applicants' communities from participation, on an equal basis, in decision-making about labour market programming.

[153] In these circumstances, I find the discrimination not justified under section 1 of the Charter.

(4) The Remedy

[154] Canada's evidence amply demonstrates the varying conditions and circumstances experienced by Aboriginal peoples and communities across Canada. In terms of the AHRDS, I recognize the need for flexibility on HRDC's part.

[155] On the other hand, the applicants have led a great deal of evidence to demonstrate how their communities were organized and functioned under Pathways and how those communities make decisions on an issue-by-issue basis, such as Aboriginal health

communauté pour planifier, offrir et trouver les programmes de formation. Cette justification ne peut être défendue sérieusement dans le cas de la Première nation d'Ardoch.

[150] J'estime que cette justification n'a pas été établie par les faits. Il n'y a pas de preuve claire que les communautés des demandeurs ne s'entendent pas sur les organismes qui les représentent sur les questions de formation en matière d'emploi, et DRHC n'a pas vraiment essayé de le savoir et il a ignoré les organismes mêmes qui ont fonctionné avec succès dans la stratégie Les chemins de la réussite.

[151] Le critère de l'atteinte minimale exige que le Canada fournisse des preuves sur les mesures de remplacement qu'il a examinées quand il a pris la décision d'exclure les communautés des demandeurs des ADRHA. Le Canada prétend qu'il a dû choisir des organismes représentatifs et que, lorsqu'aucun consensus n'existait, il a utilisé le processus des demandes de propositions.

[152] J'ai déjà dit que je ne suis pas satisfait de la preuve fournie par le Canada sur ce point. Qui plus est, le Canada n'a produit aucune preuve d'études ou de mesures qui auraient été prises en compte afin d'exclure les communautés des demandeurs de la participation, sur une base égale, au processus décisionnel concernant les programmes de développement du marché du travail.

[153] Dans les circonstances, j'estime que la discrimination n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

4) Le redressement

[154] La preuve fournie par le Canada démontre amplement les conditions et les situations variées dans lesquelles vivent les peuples et les communautés autochtones partout au Canada. Du point de vue de la SDRHA, je reconnais que DRHC se devait d'être flexible.

[155] Par ailleurs, les demandeurs ont déposé beaucoup d'éléments de preuve pour démontrer comment leurs communautés étaient organisées et fonctionnaient dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite et comment elles ont pris des décisions au

matters and labour training issues which permits me to fashion a discrete remedy applicable to the applicants' communities which does not impair the generally satisfactory way the AHRDS has been implemented by HRDC.

[156] The discrimination which is to be remedied is specific to the applicants and their communities. I have no evidence of any other discriminatory implementation of AHRDS by HRDC. The discrimination I have found consists of AHRDS's exclusion when it embraces the applicants' communities.

[157] In the circumstances, the appropriate remedy is to undo the exclusion by ordering inclusion.

[158] I order HRDC to eliminate the discriminatory effect imposed on the applicants and the communities they live in by the manner which AHRDS has been implemented in those communities. HRDC is to eliminate the discrimination by providing community control over labour training programs to the applicants' communities. These communities can then, through representative organizations accountable and responsible to the community members, design, implement and fund training programs which will meet the needs of the Aboriginal community where the applicants reside.

[159] This remedy substantially leaves in place the AHRDS and the AHRDAs which are in operation and preserves the integrity of the program.

[160] I leave it to HRDC in consultation with the representative organizations of the applicants' communities who have been identified in these proceedings how best to fashion inclusion in a way which is respectful of the needs of all Aboriginal peoples in their communities.

[161] For all these reasons, this judicial review application is allowed with costs.

cas par cas, par exemple sur les questions de santé, de formation au marché du travail pour les Autochtones, ce qui m'a permis d'élaborer un redressement spécifiquement applicable aux communautés des demandeurs qui ne portera pas atteinte à la façon généralement satisfaisante dont la SDRHA a été appliquée par DRHC.

[156] La discrimination à laquelle il faut remédier est particulière aux demandeurs et à leurs communautés. Je n'ai aucune preuve d'une autre application discriminatoire de la SDRHA par DRHC. La discrimination que j'ai constatée est l'exclusion des communautés des demandeurs de la SDRHA.

[157] Dans les circonstances, le redressement approprié est de supprimer l'exclusion en ordonnant l'inclusion.

[158] J'ordonne donc que DRHC élimine l'effet discriminatoire imposé aux demandeurs et aux collectivités dans lesquelles ils vivent par la manière dont la SDRHA a été appliquée dans ces communautés. DRHC doit supprimer la discrimination en conférant aux communautés des demandeurs le contrôle sur les programmes de formation liés au marché du travail. Ces communautés pourront alors, par des organismes représentatifs responsables envers les membres de la communauté, concevoir, mettre en œuvre et financer des programmes de formation qui répondront aux besoins des communautés autochtones dans lesquelles demeurent les demandeurs.

[159] Ce redressement laisse en place la presque totalité de la SDRHA et des ADRHA qui sont en vigueur et préserve l'intégrité du programme.

[160] Je laisse à DRHC, en consultation avec les organismes représentatifs des communautés des demandeurs qui ont été identifiés dans la présente instance, le soin de trouver la meilleure façon de les inclure d'une façon qui respecte les besoins de tous les peuples autochtones dans leurs communautés.

[161] Pour tous ces motifs, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens.

A-659-01
2002 FCA 413

A-659-01
2002 CAF 413

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

v.

Olga Barnes, Michelle Murphy, Paula Hawco, Debbie Guest, Paula Furlong, Jean Piercey, Lorraine Tobin and David Saunders (*Respondents*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BARNES (C.A.)

Court of Appeal, Isaac, Sharlow and Malone JJ.A.—
Ottawa, October 16 and 28, 2002.

Employment Insurance — Respondents laid off, established employment insurance benefits claim, returned to work for one week — Later received payment for increase of salary — Pay period to which retroactive payment allocated — Meaning of “shall be allocated proportionately over last pay period for which regular salary, wages and commissions are paid” in Employment Insurance Regulations, s. 23(1.1) — “Regular” indicating continuity — Reinforced by French version — Retroactive pay allocated to last pay period prior to lay-off as subsequent employment very temporary.

Construction of Statutes — Employment Insurance Regulations, s. 23(1.1) — Meaning of “shall be allocated proportionately over last pay period for which regular salary, wages and commissions are paid” — Application of plain meaning rule of statutory construction — “Regular” indicating payments on continuous basis — Notion of continuity reinforced by French version, case law — Retroactive lump-sum payment allocated to last regular pay period prior to lay-off, subsequent one-week call-back.

The respondents were employed as processing clerks by Revenue Canada Taxation from July 27 to December 18, 1998. They then established claims for employment insurance benefits effective December 20, 1998. The respondents returned to work for Revenue Canada Taxation for one more week, from January 7 to 13, 1999. In April 1999, all of the laid-off employees received a retroactive payment in the amount of \$3,394.42 in respect of an increase in salary arising

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

c.

Olga Barnes, Michelle Murphy, Paula Hawco, Debbie Guest, Paula Furlong, Jean Piercey, Lorraine Tobin et David Saunders (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) c. BARNES (C.A.)

Cour d'appel, juges Isaac, Sharlow et Malone, J.C.A.—
Ottawa, 16 et 28 octobre 2002.

Assurance-emploi — Les défendeurs ont été licenciés, et ont établi des demandes de prestations d'emploi et sont ensuite retournés au travail pour une semaine — Par la suite, ils ont reçu un paiement au titre d'une augmentation de salaire — Période de paie à laquelle le paiement rétroactif devait être attribué — Sens des mots «est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière» à l'art. 23(1.1) du Règlement sur l'assurance-emploi — Le mot «régulier» indique la continuité — Cette interprétation est renforcée par la version française — Le paiement rétroactif a été attribué à la dernière période de paie avant le licenciement étant donné que l'emploi subséquent était exercé pour une durée fort brève.

Interprétation des lois — Art. 23(1.1) du Règlement sur l'assurance-emploi — Sens des mots «est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière» — Application de la règle d'interprétation législative relative au sens clair — Le mot «régulier» indique des paiements sur une base continue — La notion de continuité est renforcée par la version française et par la jurisprudence — Le paiement forfaitaire rétroactif a été attribué à la dernière période de paie régulière avant le licenciement et le rappel subséquent d'une semaine.

Les défendeurs ont travaillé à titre de commis au traitement à Revenu Canada, Impôt, du 27 juillet au 18 décembre 1998. Ils ont ensuite établi leurs demandes en vue d'obtenir des prestations d'emploi à compter du 20 décembre 1998. Les défendeurs sont retournés à travailler à Revenu Canada, Impôt, pour une autre semaine, du 7 au 13 janvier 1999. Au mois d'avril 1999, tous les employés licenciés ont reçu un paiement rétroactif de 3 394,42 \$ au titre de l'augmentation de salaire

under a collective agreement. The respondents wanted the Canada Employment Insurance Commission (CEIC) to allocate the retroactive pay to their last pay period in December 1998, which would have entitled them to a higher weekly benefit rate, because the retroactive payment related to their employment during 1998. The CEIC and the Board of Referees took the position that allocating the retroactive increase to the pay period ending December 18, 1998 would be contrary to subsection 23(1.1) of the *Employment Insurance Regulations*, which requires retroactive pay increases to be allocated to the last pay period for which “regular salary, wages or commissions are paid”. The week of January 7 to 13, 1999 was identified as the last pay period. The Umpire allowed the appeal from the Board of Referees’ decision on the basis that the retroactive payment should be allocated to the period of employment ending December 18, 1998, which he considered was the last period for which regular salary, wages or commissions had been paid. This was an application for judicial review of that decision. The principal issue was the meaning of the phrase “shall be allocated proportionately over the last pay period for which regular salary, wages, and commissions are paid” as used in subsection 23(1.1). Since this was a question of law, concerning the meaning of words used in legislation, the Umpire’s decision on this issue was to be reviewed on a standard of correctness. The application of the meaning to the facts was a question of mixed fact and law, to be reviewed on a standard of reasonableness.

Held, the application should be dismissed.

The applicant contended that the phrase “regular salary, wages or commissions” should be interpreted as meaning “base pay as opposed to more extraordinary forms of remuneration” such as bonuses, vacation pay or gratuities. However, the word “regular”, when used to modify the phrase “salary, wages or commissions,” indicates clearly those payments that are normally or routinely paid to an employee on a continuous basis. This notion of continuity is reinforced by the French version of subsection 23(1.1), which refers to the pay period for which salary “*ont été versés sur une base régulière*”, the pay period for which salary has been paid on a regular basis. Since both versions of the Regulations are equally authoritative, and the French version is clear, the French version should govern the construction of subsection 23(1.1). Also, in *Abrahams v. Attorney General of Canada*, the Supreme Court of Canada interpreted the word “regularly” when used in the context of whether an employee is regularly

prévue par une convention collective. Les défendeurs voulaient que la Commission de l’assurance-emploi du Canada (la CAEC) attribue la paie rétroactive à leur dernière période de paie, au mois de décembre 1998, ce qui leur aurait donné droit à un taux de prestations hebdomadaires plus élevé puisque le paiement rétroactif se rapportait à leur emploi en 1998. La CAEC et le conseil arbitral ont pris la position selon laquelle l’attribution de l’augmentation rétroactive à la période de paie ayant pris fin le 18 décembre 1998 serait contraire au paragraphe 23(1.1) du *Règlement sur l’assurance-emploi*, selon lequel les augmentations de salaire rétroactives sont attribuées à la dernière période de paie pour laquelle «un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière». La semaine du 7 au 13 janvier 1999 a été désignée comme dernière période de paie. Le juge-arbitre a accueilli l’appel interjeté contre la décision du conseil arbitral en se fondant sur le fait que le paiement rétroactif devrait être attribué à la période d’emploi ayant pris fin le 18 décembre 1998 qui, à son avis, était la dernière période pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions avaient été versés sur une base régulière. Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de cette décision. La principale question se rapportait au sens des mots «est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière» tels qu’ils sont employés au paragraphe 23(1.1). Étant donné qu’il s’agissait d’une question de droit se rapportant au sens des mots employés dans un texte législatif, la décision rendue par le juge-arbitre sur ce point devait être examinée selon la norme de la décision correcte. L’application de cette interprétation aux faits de l’affaire était une question de fait et de droit qui devait être examinée selon la norme de la décision raisonnable.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

Le demandeur a soutenu que les mots «un salaire, un traitement ou des commissions [...] versés sur une base régulière» devraient être interprétés comme voulant dire [TRADUCTION] «la paie de base par opposition à des formes exceptionnelles de rétribution» telles que les primes, la paie de vacances, les gratifications. Toutefois, le mot «régulier», lorsqu’il est employé en vue de qualifier les mots «un salaire, un traitement ou des commissions» vise clairement les paiements qui sont normalement ou habituellement versés à un employé sur une base continue. Cette notion de continuité est renforcée par la version française du paragraphe 23(1.1), où il est fait mention de la période de paie pour laquelle un salaire «[a] été versé sur une base régulière». Étant donné que les deux versions du Règlement ont également force de loi ou même valeur et que la version française est claire, la version française devrait régir l’interprétation du paragraphe 23(1.1). De plus, dans l’arrêt *Abrahams c. Procureur général du*

engaged in some other occupation under the former *Unemployment Insurance Act, 1971*, concluding that “regularly” was to be used with the connotation of “continuity”.

Here, the employees were called back to work because additional short-term work was available. It was casual and intermittent. The Umpire correctly concluded that the money earned in January was not regular salary or wages because the five-day call-back period was not a renewal of the respondents’ employment or an extension of the previous term of employment, but a very temporary assignment. Since the Umpire’s interpretation of the words in subsection 23(1.1) was correct, the payments made in respect of the January work was not regular salary or wages. Therefore, his decision on the question of mixed fact and law was reasonable. The last regular pay period was that which ended on December 18, 1998, and not January 7 to 13, 1999.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 14(1), 115.
Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 23(1) (as am. by SOR/97-310, s. 6), (1.1) (as enacted by SOR/97-31, s. 12).
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 13.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Canada (Attorney General) v. Sveinson*, [2002] 2 F.C. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.), as to the standard of review; *Canada (Attorney General) v. Stillo*, 2002 FCA 346; [2002] F.C.J. No. 1323 (C.A.) (QL); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 287 N.R. 248 (S.C.C.); *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185.

Canada, la Cour suprême du Canada a interprété le mot «régulièrement», employé dans le contexte de la question de savoir si un employé exerçait régulièrement une autre profession en vertu de l’ancienne *Loi sur l’assurance-chômage de 1971*; elle a statué que le mot «régulièrement» visait la «continuité» de l’emploi.

Dans ce cas-ci, les employés ont été rappelés au travail parce qu’il y avait du travail supplémentaire à effectuer à court terme. Il s’agissait d’un travail occasionnel et intermittent. Le juge-arbitre a conclu avec raison que l’argent qui avait été gagné au mois de janvier ne constituait pas un salaire ou un traitement versé sur une base régulière parce que la période de rappel de cinq jours ne constituait pas un renouvellement de l’emploi des défendeurs ou une prorogation de la période antérieure d’emploi, mais qu’il s’agissait d’une affectation temporaire. Étant donné que l’interprétation donnée par le juge-arbitre aux mots figurant au paragraphe 23(1.1) était correcte, les paiements qui avaient été versés pour le travail effectué au mois de janvier n’étaient pas un salaire ou un traitement versés sur une base régulière. La décision que le juge-arbitre a rendue au sujet de la question de fait et de droit était donc raisonnable. La dernière période de paie régulière était celle qui avait pris fin le 18 décembre 1998 et non la période allant du 7 au 13 janvier 1999.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi sur l’assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 14(1), 115.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), ch. 31, art. 13.
Règlement sur l’assurance-emploi, DORS/96-332, art. 23(1) (mod. par DORS/97-310, art. 6), (1.1) (édicé par DORS/97-31, art. 12).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Canada (Procureur général) c. Sveinson*, [2002] 2 C.F. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.), pour ce qui est de la norme de contrôle; *Canada (Procureur général) c. Stillo*, 2002 CAF 346; [2002] A.C.F. n° 1323 (C.A.) (QL); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 287 N.R. 248 (C.S.C.); *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185.

DISTINGUISHED:

Canada (Attorney General) v. Sveinson, [2002] 2 F.C. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.), as to the facts and the applicable provisions.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Heidman, A-488-00, Evans J.A., judgment dated 19/10/01 (companion case to *Canada (Attorney General) v. Sveinson*, [2002] 2 F.C. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.)).

APPLICATION for judicial review of an Umpire's decision (*Barnes (Re)* (2001), CUB 50072A) allowing an appeal from a Board of Referees' decision upholding a Canada Employment Insurance Commission decision that the retroactive pay received by the respondents be allocated to their last pay period, being a one-week call-back period. Application dismissed.

APPEARANCES:

Lori Rasmussen for applicant.
David Yazbeck for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MALONE J.A.:

I. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review of a decision of Umpire D. H. Riche, dated July 27, 2001 and reported at CUB 50072A. The Umpire allowed an appeal by Olga Barnes, for herself and seven other individuals, brought pursuant to subsection 115(1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act). He determined that a lump-sum payment of retroactive pay which the respondent had received from her employer, Revenue Canada Taxation, should be

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Canada (Procureur général) c. Sveinson, [2002] 2 C.F. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.), en ce qui concerne les faits et les dispositions applicables.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Procureur général) c. Heidman, A-488-00, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19-10-01 (décision complémentaire: *Canada (Procureur général) c. Sveinson*, [2002] 2 C.F. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.)).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision (*Barnes (Re)* (2001), CUB 50072A) par laquelle un juge-arbitre a accueilli un appel de la décision d'un conseil arbitral confirmant la décision de la Commission de l'assurance-emploi du Canada selon laquelle la paie rétroactive reçue par les défendeurs devait être attribuée à leur dernière période de paie, soit une période de rappel d'une semaine. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Lori Rasmussen pour le demandeur.
David Yazbeck pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour les défendeurs.

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

LE JUGE MALONE, J.C.A.:

I. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le juge-arbitre D. H. Riche, le 27 juillet 2001, laquelle est publiée au CUB 50072A. Le juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par Olga Barnes, en son nom et au nom de sept autres personnes, en vertu du paragraphe 115(1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi). Il a conclu qu'un paiement forfaitaire que la défenderesse avait reçu de son employeur, Revenu Canada, Impôt, au titre de la paie

allocated to the pay period pre-dating the date on which the claimant established her claim, and not to a subsequent one week call-back for the same employer.

[2] At the commencement of the hearing before us, counsel for the applicant asked that the style of cause be amended by adding the names of the following persons as respondents: Michelle Murphy, Paula Hawco, Debbie Guest, Paula Furlong, Jean Piercey, Lorraine Tobin and David Saunders. Counsel for the respondent Barnes consented to the request, saying that he had been authorized to represent all eight respondents. The Court therefore granted the request and directed that the originating documents be amended accordingly.

II. ISSUE AND STANDARD OF REVIEW

[3] The principal issue raised in the application is the meaning of the phrase “shall be allocated proportionately over the last pay period for which regular salary, wages, and commissions are paid” as used in subsection 23(1.1) [as enacted by SOR/97-31, s. 12] of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, (the Regulations). This is a question of law since it concerns the meaning of the words used in legislation. As such, the Umpire’s decision on this issue is to be reviewed on a standard of correctness (see: *Canada (Attorney General) v. Sveinson*, [2002] 2 F.C. 205 (C.A.)).

[4] The application of the meaning to the facts of the case is a question of mixed fact and law, and is to be reviewed on a standard of reasonableness (see: *Canada (Attorney General) v. Stillo*, 2002 FCA 346; [2002] F.C.J. No. 1323 (C.A.) (QL)).

III. FACTS

[5] Ms. Barnes’ appeal was brought before the Umpire as a representative appeal on behalf of herself and the other respondents. Although the facts that follow are based on Ms. Barnes’ claim, the facts respecting

rétroactive, devait être attribué à la période de paie antérieure à la date à laquelle la prestataire avait établi sa demande et non à un rappel au travail subséquent d’une semaine effectué par l’employeur.

[2] Au début de l’audience qui a eu lieu devant nous, l’avocate du demandeur a demandé que l’intitulé soit modifié en vue d’ajouter les noms des personnes suivantes à titre de défendeurs: Michelle Murphy, Paula Hawco, Debbie Guest, Paula Furlong, Jean Piercey, Lorraine Tobin et David Saunders. L’avocat de la défenderesse Barnes a consenti à la demande, en disant qu’il avait été autorisé à représenter les huit défendeurs. La Cour a donc fait droit à la demande et a ordonné que les documents introductifs d’instance soient modifiés en conséquence.

II. LE POINT LITIGIEUX ET LA NORME DE CONTRÔLE

[3] La principale question soulevée dans la demande se rapporte au sens des mots «est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière» tels qu’ils sont employés au paragraphe 23(1.1) [édicte par DORS/97-31, art. 12] du *Règlement sur l’assurance-emploi*, DORS/96-332, (le Règlement). Il s’agit d’une question de droit étant donné qu’elle se rapporte au sens des mots employés dans un texte législatif. Cela étant, la décision rendue par le juge-arbitre sur ce point doit être examinée selon la norme de la décision correcte (voir: *Canada (Procureur général) c. Sveinson*, [2002] 2 C.F. 205 (C.A.)).

[4] L’application de cette interprétation aux faits de l’affaire est une question de fait et de droit qui doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable (voir: *Canada (Procureur général) c. Stillo*, 2002 CAF 346; [2002] A.C.F. n° 1323 (C.A.) (QL)).

III. LES FAITS

[5] L’appel de M^{me} Barnes devant le juge-arbitre était un appel collectif interjeté au nom de cette dernière et au nom des autres défendeurs. Les faits ci-après énoncés sont fondés sur la demande de M^{me} Barnes, mais les faits

each of the other claimants in this appeal are substantially the same.

[6] Ms. Barnes was employed as a processing clerk by Revenue Canada Taxation during the period from July 27, 1998 to December 18, 1998. In December of 1998 the respondents were laid off along with approximately 52 other employees. They then established claims for employment insurance benefits effective December 20, 1998 and Ms. Barnes was eligible for benefits for a period of 29 weeks.

[7] During the first week of January 1999 all of the laid-off employees (60 in total) were contacted by Revenue Canada Taxation as to their availability to work from January 7 to 13, 1999. Of those, only the respondents returned for this short period.

[8] In April 1999 all of the laid-off employees received a retroactive payment in the amount of \$3,394.42 in respect of an increase in salary arising under a collective agreement under which the respondents were the beneficiaries. In October 1999 each respondent submitted a second record of employment for their work in January which also showed the retroactive payment.

[9] On two separate occasions the respondents contacted the Canada Employment Insurance Commission (the Commission) and asked that the retroactive pay be allocated to their last pay period. In the view of the respondents, the allocation of the lump-sum payment to the December period would have entitled them to a higher weekly benefit rate. They claimed that because the retroactive payment related to their employment during 1998 it should be included in their earnings for the period up to December 1998.

[10] The Commission took the position that the allocating of the retroactive increase to the pay period of employment ending December 18, 1998 would be contrary to subsection 23(1.1) of the Regulations, which

concernant chacun des autres prestataires dans cet appel sont fondamentalement les mêmes.

[6] M^{me} Barnes a travaillé à titre de commis au traitement à Revenu Canada, Impôt, du 27 juillet au 18 décembre 1998. Au mois de décembre 1998, les défendeurs ainsi qu'environ 52 autres employés ont été licenciés. Ils ont ensuite établi leurs demandes en vue d'obtenir des prestations d'emploi à compter du 20 décembre 1998; M^{me} Barnes était admissible aux prestations pour une période de 29 semaines.

[7] Pendant la première semaine du mois de janvier 1999, Revenu Canada, Impôt, a communiqué avec tous les employés licenciés (60 employés en tout) afin de savoir s'ils étaient disponibles pour travailler du 7 au 13 janvier 1999. Parmi ces employés, seuls les défendeurs sont retournés au travail pour cette brève période.

[8] Au mois d'avril 1999, tous les employés licenciés ont reçu un paiement rétroactif de 3 394,42 \$ au titre de l'augmentation de salaire prévue par une convention collective, les défendeurs étant désignés comme bénéficiaires en vertu de cette convention. Au mois d'octobre 1999, chaque défendeur a soumis un deuxième relevé d'emploi pour le travail qu'il avait exécuté au mois de janvier, lequel indiquait également le paiement rétroactif.

[9] Les défendeurs ont communiqué à deux reprises avec la Commission de l'assurance-emploi du Canada (la Commission) et ont demandé que la paie rétroactive soit attribuée à leur dernière période de paie. De l'avis des défendeurs, l'attribution du paiement forfaitaire à la période du mois de décembre leur aurait donné droit à un taux de prestations hebdomadaires plus élevé. Les défendeurs ont allégué qu'étant donné que le paiement rétroactif se rapportait à leur emploi en 1998, il devrait être inclus dans leur rémunération pour la période allant jusqu'au mois de décembre 1998.

[10] La Commission a pris la position selon laquelle l'attribution de l'augmentation rétroactive à la période de paie ayant pris fin le 18 décembre 1998 serait contraire au paragraphe 23(1.1) du Règlement, selon

requires retroactive pay increases to be allocated to the last pay period for which “regular salary, wages or commissions are paid”. The Commission identified the week of January 7 to 13, 1999 as the last pay period.

[11] The respondents appealed the Commission’s decision to a Board of Referees (the Board). The Board upheld the decision of the Commission, having concluded that the Commission had correctly interpreted and applied subsection 23(1.1) of the Regulations. The respondents then appealed that decision. That appeal was heard by Umpire Riche, who allowed their appeal on the basis that the retroactive payment should be allocated to the period of employment ending December 18, 1998. In his view that was the last period for which regular salary, wages or commissions had been paid.

IV. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[12] The relevant provisions of the Act are as follows:

14. (1) The rate of weekly benefits payable to a claimant is 55% of their weekly insurable earnings.

...

115. (1) An appeal as of right to an umpire from a decision of a board of referees may be brought by

- (a) the Commission;
- (b) a claimant or other person who is the subject of a decision of the Commission;
- (c) the employer of the claimant; or
- (d) an association of which the claimant or employer is a member.

(2) The only grounds of appeal are that

- (a) the board of referees failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) the board of referees erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

lequel les augmentations de salaire rétroactives sont attribuées à la dernière période de paie pour laquelle «un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière». La Commission a désigné la semaine du 7 au 13 janvier 1999 comme dernière période de paie.

[11] Les défendeurs ont interjeté appel contre la décision de la Commission devant un conseil arbitral (le conseil), qui a confirmé la décision de la Commission, après avoir conclu que la Commission avait correctement interprété et appliqué le paragraphe 23(1.1) du Règlement. Les défendeurs ont ensuite interjeté appel contre cette décision. Cet appel a été entendu par le juge-arbitre Riche, qui l’a accueilli en se fondant sur le fait que le paiement rétroactif devrait être attribué à la période d’emploi ayant pris fin le 18 décembre 1998. À son avis, c’était la dernière période pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions avaient été versés sur une base régulière.

IV. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[12] Les dispositions pertinentes de la Loi sont les suivantes:

14. (1) Le taux de prestations hebdomadaires qui peut être versé à un prestataire est de cinquante-cinq pour cent de sa rémunération hebdomadaire assurable.

[. . .]

115. (1) Toute décision d’un conseil arbitral peut, de plein droit, être portée en appel devant un juge-arbitre par la Commission, le prestataire, son employeur, l’association dont le prestataire ou l’employeur est membre et les autres personnes qui font l’objet de la décision.

(2) Les seuls moyens d’appel sont les suivants:

- a) le conseil arbitral n’a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d’exercer sa compétence;
- b) le conseil arbitral a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que l’erreur ressorte ou non à la lecture du dossier;

(c) the board of referees based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

c) le conseil arbitral a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

The relevant regulatory provisions are set out below [s. 23(1) (as am. by SOR/97-310, s. 6)]:

Les dispositions réglementaires pertinentes sont énoncées ci-dessous [art. 23(1) (mod. par DORS/97-310, art. 6)]:

23. (1) For the purposes of section 14 of the Act, insurable earnings shall be allocated in the following manner:

23. (1) Pour l'application de l'article 14 de la Loi, la rémunération assurable est répartie de la façon suivante:

(a) remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b), paid in respect of a pay period or that remains unpaid for the reason described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations* shall be allocated to that pay period; and

a) la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l'alinéa b), qui est versée pour une période de paie ou qui n'est pas versée pour les raisons visées au paragraphe 2(2) du *Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations*, est attribuée à cette période de paie;

(b) overtime pay, shift premiums, pay adjustments, retroactive pay increases, bonuses, gratuities, accumulated sick leave credits, incentive payments, cost of living allowances, separation payments, wages in lieu of notice and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*, shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid.

b) la paie d'heures supplémentaires, les primes de quart de travail, les rajustements de salaire, les augmentations de salaire rétroactives, les primes, les gratifications, les crédits de congés de maladie non utilisés, les primes de rendement, l'indemnité de vie chère, l'indemnité de fin d'emploi, l'indemnité de préavis et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie ou qui n'est pas versée pour les raisons visées au paragraphe 2(2) du *Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations*, sont répartis proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle ils sont versés.

(1.1) Where an insured person is on unpaid leave or has quit their employment or been terminated or laid off, the remuneration referred to in paragraph (1)(b) shall be allocated proportionately over the last pay period for which regular salary, wages or commissions are paid. [Emphasis added.]

(1.1) Lorsque l'assuré est en congé sans solde, a quitté volontairement son emploi ou est licencié, ou dans le cas de la cessation de son emploi, la rétribution mentionnée à l'alinéa (1)(b) est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière. [Je souligne.]

V. ANALYSIS

[13] Counsel for the applicant contended that the facts in this case "are essentially indistinguishable from those in *Sveinson*" (memorandum, paragraph 16). On this basis she argued that the disposition in this case should be governed by *Sveinson* and the companion case of the *Canada (Attorney General) v. Heidman* (19 October 2001, A-488-00, F.C.A.). In *Sveinson*, this Court quashed the decision of an Umpire who allocated a lump-sum payment for retroactive pay to the period in respect of which it was paid. His decision, the Court said, was an error of law.

V. ANALYSE

[13] L'avocate du demandeur a soutenu [TRADUCTION] qu'«il [était] essentiellement impossible de faire une distinction [entre les faits de la présente espèce et] ceux de l'affaire *Sveinson*» (mémoire, paragraphe 16). Cela étant, a-t-elle affirmé, le règlement de l'affaire ici en cause devrait être régi par l'arrêt *Sveinson* et par l'arrêt connexe *Canada (Procureur général) c. Heidman* (19 octobre 2001, A-488-00, C.A.F.). Dans l'arrêt *Sveinson*, la présente Cour a annulé la décision du juge-arbitre, qui avait attribué un paiement forfaitaire au titre de la paie rétroactive à la

[14] I do not agree with the applicant's contention. In *Sveinson*, the claimant was employed on a term basis at the Revenue Canada Tax Centre in Winnipeg from April to October 1998. As a result of a new collective agreement, she received a retroactive pay increase in April 1999, part of which was paid in respect of the period of her employment at the Tax Centre relevant for calculating her benefits. In *Sveinson* and *Heidman* the issue to be determined was whether retroactive pay was to be allocated in accordance with paragraph 23(1)(a) (the pay period in respect of which it was paid) or paragraph 23(1)(b) of the Regulations (the pay period in which it was paid). The Court determined (at paragraphs 18 to 24) that the retroactive pay in issue came within paragraph 23(1)(b) and therefore ought to be allocated to the pay period in which it was paid. Subsection 23(1.1) of the Regulations was not in issue in either *Sveinson* or *Heidman*.

[15] In this case the respondents were not employed when they received their retroactive pay increase, and therefore their case falls under subsection 23(1.1) which reads:

23. (1) . . .

(1.1) Where an insured person is on unpaid leave or has quit their employment or been terminated or laid off, the remuneration referred to in paragraph (1)(b) shall be allocated proportionately over the last pay period for which regular salary, wages or commissions are paid. [Emphasis added.]

[16] This subsection, as opposed to subsection 23(1), applies to claimants like the respondents who received a payment of the type enumerated in subsection 23(1)(b) while unemployed. In this case, the respondents received their retroactive pay in April 1999, a time which did not correspond with any pay period. Nevertheless, some

période pour laquelle ce paiement avait été versé. La Cour a dit que la décision du juge-arbitre était erronée en droit.

[14] Je ne souscris pas aux prétentions du demandeur. Dans l'arrêt *Sveinson*, la prestataire avait travaillé pour une période déterminée au centre fiscal de Revenu Canada, à Winnipeg, du mois d'avril au mois d'octobre 1998. Par suite d'une nouvelle convention collective, elle avait reçu une augmentation de salaire rétroactive au mois d'avril 1999, le montant y afférent ayant en partie été versé pour la période au cours de laquelle elle avait travaillé au centre fiscal qui était pertinente aux fins du calcul du montant des prestations. Dans les arrêts *Sveinson* et *Heidman*, la question à trancher était de savoir si la paie rétroactive devait être attribuée conformément à l'alinéa 23(1)a) (la période de paie pour laquelle elle avait été versée) ou à l'alinéa 23(1)b) du Règlement (la période de paie au cours de laquelle elle avait été versée). La Cour a conclu (aux paragraphes 18 à 24) que la paie rétroactive en question était visée par l'alinéa 23(1)b) et qu'elle devait donc être attribuée à la période de paie au cours de laquelle elle avait été versée. Le paragraphe 23(1.1) du Règlement n'était pas en cause dans les arrêts *Sveinson* et *Heidman*.

[15] En l'espèce, les défendeurs ne travaillaient pas lorsqu'ils ont touché l'augmentation de salaire rétroactive et l'affaire est donc visée par le paragraphe 23(1.1), qui est ainsi libellé:

23. [. . .]

(1.1) Lorsque l'assuré est en congé sans solde, a quitté volontairement son emploi ou est licencié, ou dans le cas de la cessation de son emploi, la rétribution mentionnée à l'alinéa (1)b) est répartie proportionnellement sur la dernière période de paie pour laquelle un salaire, un traitement ou des commissions ont été versés sur une base régulière. [Je souligne.]

[16] Cette disposition, par opposition au paragraphe 23(1), s'applique aux prestataires, comme les défendeurs, qui ont reçu un paiement du type prévu à l'alinéa 23(1)b) pendant qu'ils étaient en chômage. En l'espèce, les défendeurs ont touché leur paie rétroactive au mois d'avril 1999, à un moment qui ne correspondait

temporal allocation is required for the purposes of the Act. The choice made by the Governor in Council is set out in subsection 23(1.1) which I have already reproduced.

[17] The phrase “regular salary, wages or commissions” is not defined in the Regulations. Therefore, it must be interpreted in accordance with established principles of statutory construction, starting with the plain-meaning rule applied recently by the Supreme Court of Canada in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 26:

In Elmer Driedger’s definitive formulation, found at p. 87 of his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[18] Counsel for the applicant contended that the phrase should be interpreted as meaning “base pay as opposed to more extraordinary forms of remuneration” such as bonuses, vacation pay, gratuities and the like which are mentioned in paragraph 23(1)(b).

[19] For his part, counsel for the respondents urged us to consider common definitions of “regular” such as recurring, attending or functioning at fixed times or intervals. In my respectful view, the word “regular”, when used to modify the phrase “salary, wages or commissions,” indicates clearly those payments that are normally or routinely paid to an employee on a continuous basis. For example, payments received by an employee for work done on a full- or part-time basis.

[20] By virtue of section 13 of the *Official Languages Act* [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31], the French and

à aucune période de paie. Néanmoins, il faut effectuer une attribution dans le temps pour l’application de la Loi. Le choix qui a été fait par le gouverneur en conseil est énoncé au paragraphe 23(1.1) qui a ci-dessus été reproduit.

[17] Les mots «un salaire, un traitement ou des commissions [...] versés sur une base régulière» ne sont pas définis dans le Règlement. Il faut donc les interpréter conformément aux principes établis d’interprétation de la loi, en commençant par la règle du sens clair que la Cour suprême du Canada a récemment appliquée dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex* (2002), 212 D.L.R. (4th) 1, au paragraphe 26:

Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité:

[TRADUCTION] Aujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[18] L’avocate du demandeur a soutenu que les mots en question devraient être interprétés comme voulant dire [TRADUCTION] «la paie de base par opposition à des formes exceptionnelles de rétribution» telles que les primes, la paie de vacances, les gratifications et ainsi de suite dont il est fait mention à l’alinéa 23(1)(b).

[19] De son côté, l’avocat des défendeurs nous demande de tenir compte des définitions communes du mot «régulier», ce mot voulant notamment dire ce qui suit: se produisant, se répétant ou fonctionnant à des moments ou intervalles fixes. À mon avis, le mot «régulier», lorsqu’il est employé en vue de qualifier les mots «un salaire, un traitement ou des commissions» vise clairement les paiements qui sont normalement ou habituellement versés à un employé sur une base continue, par exemple, les paiements reçus par un employé pour du travail effectué à temps plein ou à temps partiel.

[20] En vertu de l’article 13 de la *Loi sur les langues officielles* [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31], les deux

English versions of a statute are equally authoritative. That provision reads as follows:

13. Any journal, record, Act of Parliament, instrument, document, rule, order, regulation, treaty, convention, agreement, notice, advertisement or other matter referred to in this Part that is made, enacted, printed, published or tabled in both official languages shall be made, enacted, printed, published or tabled simultaneously in both languages, and both language versions are equally authoritative.

Accordingly, this notion of continuity or recurrence is reinforced by the French version of subsection 23(1.1), which refers to the pay period for which salary “*ont été versés sur une base régulière*”, the pay period for which salary has been paid on a regular basis. Since both versions of the Regulations are equally authoritative, and the French version is clear, I am of the view that the French version should govern the construction of subsection 23(1.1).

[21] The Supreme Court of Canada has interpreted the word “regularly” when used in the context of whether an employee is regularly engaged in some other occupation under the former *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]. In that case, the Court accepted the Umpire’s conclusion that “regularly” was to be used with the connotation of “continuity.” The Court further held that “regularly” can be contrasted with “casual” and “intermittent.” As an example, the Court distinguished regular employment from a job which is “just a day or two here and there with no firm commitment by either the claimant or the new employer” (see *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at pages 8-9).

[22] Here, the evidence is that the employees affected were called back to work because additional short-term work was available. This was a one-time event during January 1999. Moreover, it was for a limited purpose, did not result in permanent employment, and could not be construed as recurring. It was casual and intermittent. In addition, the respondents were not laid off from this employment in January of 1999 as there had been no firm commitment by either party for continuous employment.

versions d’une loi ont également force de loi ou même valeur. Cette disposition est ainsi libellée:

13. Tous les textes qui sont établis, imprimés, publiés ou déposés sous le régime de la présente partie dans les deux langues officielles le sont simultanément, les deux versions ayant également force de loi ou même valeur.

Cette notion de continuité ou de répétition est donc renforcée par la version française du paragraphe 23(1.1), où il est fait mention de la période de paie pour laquelle un salaire «[a] été versé sur une base régulière». Étant donné que les deux versions du Règlement ont également force de loi ou même valeur et que la version française est claire, je suis d’avis que cette version devrait régir l’interprétation du paragraphe 23(1.1).

[21] La Cour suprême du Canada a interprété le mot «régulièrement» employé dans le contexte de la question de savoir si un employé exerçait régulièrement une autre profession en vertu de l’ancienne *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48]. Dans cette affaire-là, la Cour a retenu la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le mot «régulièrement» visait la «continuité» de l’emploi. La Cour a en outre statué que le mot «régulièrement» peut être opposé aux mots «occasionnel» et «intermittent». Ainsi, la Cour a fait une distinction entre un emploi régulier et un emploi «d’un jour ou deux, ici et là, sans engagement ferme de la part du prestataire ou de son nouvel employeur» (voir *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, aux pages 8 et 9).

[22] Dans ce cas-ci, la preuve montre que les employés touchés ont été rappelés au travail parce qu’il y avait du travail supplémentaire à effectuer à court terme. Il s’agissait d’un événement ne se produisant qu’une fois au mois de janvier 1999. En outre, ce travail visait une fin restreinte, il ne donnait pas lieu à un emploi permanent, et il ne pouvait pas être considéré comme se répétant. Il s’agissait d’un travail occasionnel et intermittent. De plus, les défendeurs n’ont pas été licenciés au mois de janvier 1999 étant donné que ni l’une ni l’autre partie ne s’était fermement engagée à un emploi continu.

[23] In this case, the Umpire concluded that the money earned in January was not regular salary or wages because the five-day call-back period was not a renewal of the respondents' employment or an extension of the previous term of employment, but a very temporary assignment. The Umpire's interpretation of the words in subsection 23(1.1) is correct. It follows, that the payments made in respect of the January work was not regular salary or wages, and therefore, in my view, the Umpire's decision on the question of mixed law and fact was reasonable. I am in respectful agreement with his conclusion that the last regular pay period is that which ended on December 18, 1998, and not as the applicant contends, January 7 to 13, 1999.

[24] I would dismiss this application for judicial review with costs.

ISAAC J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

[23] En l'espèce, le juge-arbitre a conclu que l'argent qui avait été gagné au mois de janvier ne constituait pas un salaire ou un traitement versé sur une base régulière parce que la période de rappel de cinq jours ne constituait pas un renouvellement de l'emploi des défendeurs ou une prorogation de la période antérieure d'emploi, mais qu'il s'agissait d'une affectation pour une durée fort brève. L'interprétation donnée par le juge-arbitre aux mots figurant au paragraphe 23(1.1) est correcte. Il s'ensuit que les paiements qui ont été versés pour le travail effectué au mois de janvier n'étaient pas un salaire ou un traitement versés sur une base régulière; à mon avis, la décision que le juge-arbitre a rendue au sujet de la question de droit et de fait était donc raisonnable. Je souscris à la conclusion du juge-arbitre selon laquelle la dernière période de paie régulière est celle qui a pris fin le 18 décembre 1998 et non, comme le soutient le demandeur, la période allant du 7 au 13 janvier 1999.

[24] Je rejetterais cette demande de contrôle judiciaire avec dépens.

LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-500-01
2002 FCA 423

A-500-01
2002 CAF 423

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

James Norman (*Respondent*)

James Norman (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NORMAN (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. NORMAN (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Isaac and Malone J.J.A.—
Toronto, October 7; Ottawa, November 5, 2002.

Cour d'appel, juges Desjardins, Isaac et Malone, J.C.A.—
—Toronto, 7 octobre; Ottawa, 5 novembre 2002.

Employment Insurance — Unemployed person attending school not available for work, therefore not entitled to employment insurance benefits — Statement to contrary in reporting card false declaration — Right to natural justice not infringed as result of delay in having appeal from Board of Referee's decision heard by Umpire — Delay herein not oppressive to point of tainting proceedings — Actual prejudice caused by delay not of such magnitude that public's sense of decency, fairness affected — Strong reservations expressed about applying principles developed in human rights context to realm of economic rights.

Assurance-emploi — Une personne en chômage qui suivait des cours de formation n'était pas disponible pour travailler, de sorte qu'elle n'était pas admissible aux prestations d'emploi — Une déclaration contraire était une fausse déclaration — Il n'avait pas été porté atteinte au droit à la justice naturelle à cause du temps qui s'était écoulé avant que le juge-arbitre entende l'appel de la décision du conseil arbitral — Le délai en l'espèce n'était pas oppressif au point de vicier les procédures — Le préjudice réel causé par le délai n'était pas d'une telle ampleur qu'il heurtait le sens de la justice et de la décence du public — De sérieuses réserves ont été faites au sujet de l'application aux droits économiques des principes élaborés dans le contexte des droits de la personne.

Administrative Law — Judicial Review — Delays — Employment insurance — Right to natural justice not infringed as result of delay in having appeal from Board of Referees' decision heard by Umpire — Delay herein not unacceptable as not to point of being so oppressive as to taint proceedings — Actual prejudice caused by delay not of such magnitude that public's sense of decency, fairness affected — Strong reservations expressed about applying principles developed in human rights context to realm of economic rights.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Délais — Assurance-emploi — Il n'avait pas été porté atteinte au droit à la justice naturelle à cause du temps qui s'était écoulé avant que le juge-arbitre entende l'appel de la décision du conseil arbitral — Le délai en l'espèce n'était pas oppressif au point de vicier les procédures — Le préjudice réel causé par le délai n'était pas d'une telle ampleur qu'il heurtait le sens de la justice et de la décence du public — De sérieuses réserves ont été faites au sujet de l'application aux droits économiques des principes élaborés dans le contexte des droits de la personne.

The respondent was enrolled in an adult-education course while receiving employment insurance benefits. In his reporting cards submitted to the Canada Employment Insurance Commission (the Commission) during the claims period in question, he stated that he was not attending school. When the Commission found out, it determined that the respondent was therefore not available for work as required by the Act. As a result, the Commission imposed an indefinite disentitlement to the benefits from September 12, 1995 to January 29, 1996, and advised the respondent that an overpayment in the amount of \$3,197 was due. A penalty for

Le défendeur était inscrit à un cours de formation pour adultes pendant qu'il recevait des prestations d'emploi. Dans les déclarations qu'il a soumises à la Commission de l'assurance-emploi du Canada (la Commission) pendant la période visée par la demande en question, le défendeur a déclaré ne pas suivre de cours. Lorsqu'elle a été informée de la chose, la Commission a conclu que le défendeur n'était donc pas disponible pour travailler comme l'exigeait la Loi. La Commission a donc décidé que le défendeur n'était pas admissible aux prestations, et ce, pour une période indéfinie, du 12 septembre 1995 au 29 janvier 1996; elle a informé le

knowingly making false or misleading statements in the amount of \$1,584 was also imposed. The Board of Referees (the Board) confirmed the Commission's decision. Then, the Umpire confirmed the Board's decision, finding that most, if not all, of the arguments presented before him had been considered by the Board, which had reviewed the facts extensively and made an assessment of the evidence and of the respondent's credibility. However, the Umpire found that the Commission's failure to serve the respondent with a notice of hearing, or to communicate with his representative, resulting in a delay of more than 3 years, constituted a denial of natural justice. (It should be noted that a notice of hearing is to be sent out by the Office of the Umpire, not by the Commission.) Accordingly, the Umpire allowed the appeal. This was an application for judicial review of that decision.

Held, the application should be allowed.

The respondent argued that the Commission, the Board and the Umpire ignored the evidence, particularly a job search record that established his availability for work throughout the relevant period. Considering that the Board is "the pivot of the entire system put in place by the Act for the purpose of verifying and interpreting the facts" (*Guay v. Canada (Employment and Insurance Commission)*), and the Umpire himself verified these conclusions, there was no reason to interfere. The Court owed deference to the decision of the Umpire on questions of fact, in such circumstances.

The natural justice argument was based on the principles of administrative law and not on the Charter. Whereas the law on the matter has recently been considered by the Supreme Court of Canada in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, albeit in the human rights context, the proceedings in the case at bar dealt with economic rights. The respondent did not argue that the delay prejudiced the hearing, but that the mere passage of time has caused him psychological and sociological harms. It was recognized in *Blencoe* that unacceptable delay might amount to an abuse of process in certain circumstances even where the fairness of the hearing has not been compromised. To meet this threshold, the respondent must demonstrate that the delay was unacceptable to the point of being so oppressive as to taint the proceedings. Several factors may influence whether a delay will be considered inordinate, including a comparison to delays in other jurisdictions. Moreover, the actual prejudice must be of such magnitude that the public's sense of decency and fairness is affected. The Court had strong reservations about applying principles developed in the human rights context in the realm

défendeur qu'il devait un montant de 3 197 \$ payé en trop. Une pénalité de 1 584 \$ a également été infligée parce que le défendeur avait fait sciemment des déclarations fausses ou trompeuses. Le conseil arbitral (le conseil) a confirmé la décision de la Commission. Par la suite, le juge-arbitre a confirmé la décision du conseil; il a conclu que la plupart des arguments qui lui avaient été présentés, sinon tous, avaient été pris en considération par le conseil, qui avait examiné les faits à fond et avait apprécié la preuve et la crédibilité du défendeur. Toutefois, le juge-arbitre a conclu que l'omission de la Commission de signifier un avis d'audience au défendeur, ou de communiquer avec son représentant, ce qui a entraîné un délai de plus de trois ans, constituait un déni de justice naturelle. (Il importe de noter qu'un avis d'audience doit être envoyé par le bureau du juge-arbitre, et non par la Commission). Par conséquent, le juge-arbitre a accueilli l'appel. Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Arrêt: la demande doit être accueillie.

Le défendeur a soutenu que la Commission, le conseil et le juge-arbitre n'avaient pas tenu compte de la preuve, en particulier d'une déclaration de recherche active d'emploi qui établissait qu'il était disponible pour travailler pendant toute la période. Étant donné que le conseil est «le pivot de tout le système mis en place par la Loi pour ce qui est de la vérification des faits et de leur interprétation» (*Guay c. Canada (Commission de l'emploi et de l'assurance)*), et que le juge-arbitre lui-même avait vérifié ces conclusions, il n'y avait aucun motif justifiant une intervention. En pareilles circonstances, la Cour devait faire preuve de retenue à l'égard de la décision rendue par le juge-arbitre sur les questions de fait.

L'argument relatif à la justice naturelle était fondé sur les principes applicables en droit administratif plutôt que sur la Charte. Le droit sur le point en cause a récemment été examiné par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, quoique dans le contexte des droits de la personne, mais l'instance portait sur des droits économiques. Le défendeur n'a pas plaidé que le délai avait nui à l'audience, mais il a plutôt affirmé que le simple fait qu'il se soit écoulé du temps lui a causé un préjudice psychologique et sociologique. Dans l'arrêt *Blencoe*, il a été reconnu qu'un délai inacceptable pouvait constituer un abus de procédure dans certaines circonstances, même lorsque l'équité de l'audience n'a pas été compromise. Pour satisfaire à cette exigence préliminaire, le défendeur doit démontrer que le délai était inacceptable au point d'être oppressif et de vicier les procédures. Plusieurs facteurs peuvent influencer sur la question de savoir si un délai sera jugé excessif, notamment une comparaison de la durée du délai dans d'autres ressorts. En outre, le préjudice réel doit être d'une telle ampleur qu'il heurte le sens de la justice et de la

of economic rights. In any event, the respondent did not demonstrate by proof that he was entitled to the remedy he was seeking.

décence du public. La Cour avait de sérieuses réserves à faire lorsqu'il s'agissait d'appliquer aux droits économiques des principes élaborés dans le contexte des droits de la personne. Quoiqu'il en soit, le défendeur n'avait pas réussi à prouver qu'il avait droit à la réparation sollicitée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 120.

Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 86(5).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28(2) (as am. *idem*, s. 8), 57 (as am. *idem*, s. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Guay v. Canada (Employment and Insurance Commission) (1997), 221 N.R. 329 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; *Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 1 F.C. 638; 39 Admin. L.R. (2d) 270; 192 N.R. 74 (C.A.).

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1 (S.C.C.); *Canada (Attorney General) v. Sveinson*, [2002] 2 F.C. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.); *Budhai v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 594 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of an Umpire's decision allowing an appeal from a Board of Referees' decision confirming the decision of the Canada Employment Insurance Commission disentitling the respondent to the employment benefits for a certain period, requesting payment of overpaid benefits and imposing a penalty for knowingly making false or

LOIS ET RÈGLEMENTS

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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28(2) (mod., *idem*, art. 8), 57 (mod., *idem*, art. 19).

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 120.

Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 86(5).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Guay c. Canada (Commission de l'emploi et de l'assurance) (1997), 221 N.R. 329 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; *Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 1 C.F. 638; 39 Admin. L.R. (2d) 270; 192 N.R. 74 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Housen c. Nikolaisen (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1 (C.S.C.); *Canada (Procureur général) c. Sveinson*, [2002] 2 C.F. 205; (2001), 281 N.R. 341 (C.A.); *Budhai c. Canada (Procureur général)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 594 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre accueillant un appel de la décision d'un conseil arbitral confirmant la décision par laquelle la Commission de l'assurance-emploi du Canada avait statué que le défendeur n'était pas admissible aux prestations d'emploi pour une certaine période, avait demandé le paiement des prestations versées en trop et

misleading statements. Application allowed.

avait imposé une pénalité parce qu'il avait sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses.

APPEARANCES:

James E. R. Gray for applicant.
Marko Pasic for respondent.

ONT COMPARU:

James E. R. Gray pour le demandeur.
Marko Pasic pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Marko Pasic, London, Ontario, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Marko Pasic, London (Ontario), pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

DESIARDINS J.A.:

LE JUGE DESIARDINS, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review of an Umpire's decision dated July 23, 2001, under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act). The Umpire's decision, dated July 23, 2001, allowed the appeal filed by James Norman (the respondent), against the decision of the Board of Referees (the Board).

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision qu'un juge-arbitre a rendue le 23 juillet 2001 en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi). Dans une décision en date du 23 juillet 2001, le juge-arbitre a accueilli l'appel porté par James Norman (le défendeur) contre la décision du conseil arbitral (le conseil).

ISSUES

[2] Two issues are raised in this appeal. First, whether the Umpire erred in his findings of fact by ignoring evidence which the respondent adduced. Second, whether the Umpire erred in law in finding that the respondent's right to natural justice was infringed because of the lengthy delay in hearing his appeal.

LES POINTS LITIGIEUX

[2] Deux questions sont soulevées dans le présent appel. En premier lieu, il s'agit de savoir si le juge-arbitre a tiré des conclusions de fait erronées en ne tenant pas compte de la preuve que le défendeur avait présentée. En second lieu, il s'agit de savoir si le juge-arbitre a commis une erreur de droit en concluant qu'il avait été porté atteinte au droit à la justice naturelle reconnu au défendeur à cause du temps qui s'était écoulé avant l'audition de l'appel.

STANDARD OF REVIEW

[3] With respect to the first issue, that is to say, the treatment of evidence and the findings of law by the Umpire, the standard of review is deferential. This Court may interfere with the Umpire's findings of fact only if they are erroneous findings made in a perverse or

LA NORME DE CONTRÔLE

[3] En ce qui concerne la première question, c'est-à-dire le traitement de la preuve et les conclusions de droit tirées par le juge-arbitre, la norme de contrôle est celle de la retenue. La Cour peut modifier les conclusions de fait tirées par le juge-arbitre uniquement

capricious manner, or without regard for the material before the Umpire (see: paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] and subsection 28(2) [as am. *idem*, s. 8] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7). In my opinion this is similar to the standard of “palpable and overriding error” or “clearly wrong” recently articulated by the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.).

[4] With respect to the second issue, whether the Umpire erred in his conclusion that the respondent’s right to natural justice was infringed because of a delay, it is my opinion that the Umpire’s conclusion is one of law and is to be reviewed on a standard of correctness. See *Housen v. Nikolaisen*, *supra*; *Canada (Attorney General) v. Sveinson*, [2002] 2 F.C. 205 (C.A.) (*Sveinson*).

ANALYSIS

[5] The respondent filed a claim for employment insurance benefits on August 24, 1995, indicating that he had worked 40 hours a week for Canadian Tire as a member of the warehouse crew. On November 11, 1995, the Canada Employment Insurance Commission (the Commission) was advised that the respondent had been enrolled in an adult-education course since September 1995. The respondent submitted eight reporting cards to the Commission during the claims period in question stating that he was not attending school.

[6] The Commission determined that because the respondent was attending school, he was not available for work as required by the Act. As a result, the Commission imposed on the respondent an indefinite disentitlement to the benefits from September 12, 1995, to January 29, 1996, and advised him that an overpayment was due in the amount of \$3,197. A penalty for knowingly making false or misleading statements was also imposed in the amount of \$1,584.

s’il s’agit de conclusions erronées tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans qu’il soit tenu compte des éléments dont disposait le juge-arbitre (voir l’alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] et le paragraphe 28(2) [mod., *idem*, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7). À mon avis, cela est semblable à la norme de l’«erreur manifeste et dominante» ou des inférences «clairement erronées» que la Cour suprême du Canada a récemment énoncée dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.).

[4] Quant à la deuxième question, à savoir si le juge-arbitre a commis une erreur en concluant qu’il avait été porté atteinte au droit à la justice naturelle reconnu au défendeur à cause d’un délai, j’estime que le juge-arbitre a tiré une conclusion de droit qui doit être examinée selon la norme de la décision correcte. Voir *Housen c. Nikolaisen*, précité; *Canada (Procureur général) c. Sveinson*, [2002] 2 C.F. 205 (C.A.) (la décision *Sveinson*).

ANALYSE

[5] Le défendeur a présenté une demande de prestations d’emploi le 24 août 1995, en déclarant avoir travaillé 40 heures par semaine dans un magasin Canadian Tire en tant que membre de l’équipe préposée à l’entrepôt. Le 11 novembre 1995, la Commission de l’assurance-emploi du Canada (la Commission) a été informée que le défendeur était inscrit à un cours de formation pour adultes depuis le mois de septembre 1995. Le défendeur a soumis huit déclarations à la Commission pendant la période visée par la demande en question et a déclaré ne pas suivre de cours.

[6] La Commission a conclu qu’étant donné que le défendeur suivait des cours, il n’était pas disponible pour travailler comme l’exige la Loi. La Commission a donc décidé que le défendeur n’était pas admissible aux prestations, et ce, pour une période indéfinie, du 12 septembre 1995 au 29 janvier 1996, et a informé le défendeur qu’il devait un montant de 3 197 \$ payé en trop. Une pénalité de 1 584 \$ a également été infligée parce que le défendeur avait fait sciemment des déclarations fausses ou trompeuses.

[7] The Board confirmed the decision of the Commission. The respondent appealed the Board's decision to the Umpire. Subsequently, the respondent's representative appeared before the Umpire and argued that his client had demonstrated his availability for work and had not knowingly made false declarations. The Umpire, however, confirmed the decision of the Board. He found that most, if not all, of the arguments presented before him had been considered by the Board which had reviewed the facts extensively and made an assessment of the evidence and of the respondent's credibility. The Umpire wrote the following at page 2 of his reasons:

Counsel for the Claimant argued at length that his client had demonstrated his availability and had not knowingly made false declarations. I have compared my notes of his arguments and submissions with the Board's decision and find that most, if not all, that was presented to me had been considered by the Board members in their decision which includes an extensive review of the facts and a well supported decision of their assessment of the evidence and of the claimant's credibility based on the record.

[8] The respondent now argues before this Court that the Commission, the Board and the Umpire ignored evidence, particularly a job research record which established his availability for work throughout the relevant period. However, this evidence was rejected by the Board. The Board stated that it gave more weight to the respondent's earlier verbal and signed statements which indicated that his primary intention was to devote himself to his course rather than to look for work. There was ample evidence to support this conclusion, including a statement made by the respondent during an interview on January 23, 1996, where he is quoted as saying: "no I haven't looked for work since school started".

[9] Considering that the Board is "the pivot of the entire system put in place by the Act for the purpose of verifying and interpreting the facts" (per Marceau J.A., in *Guay v. Canada (Employment and Insurance Commission)* (1997), 221 N.R. 329 (F.C.A.), at paragraph 2, and that the Umpire himself verified these

[7] Le conseil a confirmé la décision de la Commission. Le défendeur a porté en appel la décision du conseil devant le juge-arbitre. Par la suite, le représentant du défendeur a comparu devant le juge-arbitre et a soutenu que son client avait démontré qu'il était disponible pour travailler et qu'il n'avait pas sciemment fait de fausses déclarations. Toutefois, le juge-arbitre a confirmé la décision du conseil. Il a conclu que la plupart des arguments qui lui avaient été présentés, sinon tous, avaient été pris en considération par le conseil, qui avait examiné les faits à fond et avait apprécié la preuve et la crédibilité du défendeur. Le juge-arbitre a dit ce qui suit à la page 2 de ses motifs:

[TRADUCTION] L'avocat du prestataire a longuement plaidé que son client avait démontré qu'il était disponible et qu'il n'avait pas sciemment fait de fausses déclarations. J'ai comparé les notes que j'ai prises au sujet de ses arguments et de ses prétentions avec la décision du conseil et je conclus que la plupart des arguments qui ont été présentés devant moi sinon tous ont été pris en considération par les membres du conseil dans leur décision, qui comprend un examen approfondi des faits ainsi qu'une décision motivée de l'appréciation de la preuve et de la crédibilité du prestataire compte tenu du dossier.

[8] Le défendeur soutient maintenant devant la Cour que la Commission, le conseil et le juge-arbitre n'ont pas tenu compte de la preuve, en particulier d'une déclaration de recherche active d'emploi qui établissait qu'il était disponible pour travailler pendant toute la période pertinente. Toutefois, cette preuve a été rejetée par le conseil. Le conseil a dit qu'il accordait plus d'importance aux déclarations verbales antérieures signées par le défendeur, lesquelles indiquaient que celui-ci avait principalement l'intention de se concentrer sur son cours au lieu de chercher du travail. Il existait maints éléments de preuve à l'appui de cette conclusion, y compris une déclaration que le défendeur avait faite pendant une entrevue, le 23 janvier 1996, au cours de laquelle il aurait dit ce qui suit: [TRADUCTION] «non, je n'ai pas cherché de travail depuis le début des cours».

[9] Étant donné que le conseil est «le pivot de tout le système mis en place par la Loi pour ce qui est de la vérification des faits et de leur interprétation» (juge d'appel Marceau, dans l'arrêt *Guay c. Canada (Commission de l'emploi et de l'assurance)* (1997), 221 N.R. 329 (C.A.F.), au paragraphe 2, et que le

conclusions, I find no reason to interfere. In my opinion, this Court owes deference to the decision of the Umpire on questions of fact, in circumstances like those present in this case (see: *Budhai v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 594 (F.C.A.)).

[10] The Umpire then dealt with a second issue raised by the respondent, that is whether his right to natural justice was infringed by the lengthy delay in having his appeal heard. The respondent contends that this delay arose as a result of the Commission's failure to serve him with a notice of hearing the first time the matter came before an Umpire in February 1998.

[11] The events relevant to this delay began when the respondent appealed the decision of the Board by filing his notice of appeal on January 9, 1997. In the notice of appeal he indicated that he had a representative, Marko Pasic, and provided Mr. Pasic's mailing address. On February 7, 1997, the Commission sent a letter to Mr. Pasic advising him that it had forwarded the notice of appeal to the Umpire's office and that "the Registrar of the Umpire's office will write to you directly regarding the date of the hearing".

[12] A notice of hearing sent to the respondent on September 12, 1997, by the Office of the Umpire, was returned "unclaimed" on October 21, 1997. A second notice of hearing was later sent to the respondent. The appeal was finally heard by an Umpire on December 5, 1997, in the absence of the respondent or his representative. The Umpire dismissed the appeal as abandoned in an order dated February 24, 1998.

[13] On June 1, 1999, the respondent applied for reconsideration under section 120 of the Act, stating that he had not received the notices of hearing and that his rights had been violated. On March 8, 2000, the Umpire

juge-arbitre lui-même a vérifié ces conclusions, je ne puis constater l'existence d'aucun motif justifiant une intervention. À mon avis, la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de la décision rendue par le juge-arbitre sur les questions de fait, dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce (voir *Budhai c. Canada (Procureur général)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 594 (C.A.F.)).

[10] Le juge-arbitre a ensuite examiné une deuxième question soulevée par le défendeur, à savoir s'il avait été porté atteinte au droit à la justice naturelle qui était reconnu à celui-ci étant donné que l'on avait longuement tardé à faire entendre l'appel. Le défendeur soutient que ce délai était attribuable au fait que la Commission ne lui avait pas signifié d'avis d'audience la première fois que le juge-arbitre a été saisi de l'affaire, au mois de février 1998.

[11] Les événements pertinents, en ce qui concerne ce délai, ont commencé lorsque le défendeur a porté la décision du conseil en appel en déposant son avis d'appel le 9 janvier 1997. Dans l'avis d'appel, le défendeur a indiqué qu'il avait un représentant, Marko Pasic, et il a été donné l'adresse postale de M. Pasic. Le 7 février 1997, la Commission a envoyé une lettre à M. Pasic pour l'informer qu'elle avait transmis l'avis d'appel au bureau du juge-arbitre et que [TRADUCTION] «le registraire du bureau du juge-arbitre [l']informer[ait] directement par écrit de la date de l'audience».

[12] Un avis d'audience qui avait été envoyé au défendeur par le bureau du juge-arbitre le 12 septembre 1997 a été retourné avec la mention [TRADUCTION] «non réclamé» le 21 octobre 1997. Un deuxième avis d'audience a par la suite été envoyé au défendeur. L'appel a finalement été entendu par un juge-arbitre le 5 décembre 1997 en l'absence du défendeur ou de son représentant. Par une ordonnance en date du 24 février 1998, le juge-arbitre a rejeté l'appel pour le motif qu'il avait été abandonné.

[13] Le 1^{er} juin 1999, le défendeur a demandé un réexamen en vertu de l'article 120 de la Loi, en déclarant qu'il n'avait pas reçu les avis d'audience et que ses droits avaient été violés. Le 8 mars 2000, le

granted a new hearing. However, on April 25, 2000, the respondent's representative requested an adjournment of the hearing in order to comply with the notice requirements set out in section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the *Federal Court Act* because he was considering raising a challenge under 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.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44]] (the Charter). On October 31, 2000, the Chief Umpire Designate ordered the matter restored to the hearing list so that it might be heard at the next available sitting.

[14] The hearing was then scheduled to be held by videoconference on February 22, 2001, in Sarnia, Ontario. The respondent's representative requested an adjournment to the next available hearing date in London, Ontario, to avoid costly travel time. The hearing was finally heard by the Umpire on May 25, 2001, in London, with the respondent and his representative present.

[15] With respect to the respondent's "natural justice" argument, the Umpire reached the following conclusion at pages 3 to 4 of his reasons:

The Commission was aware that the claimant was represented and had had communications with his counsel. They had advised him that he would be notified of the place and date of hearing. When the Commission's efforts to serve the claimant failed, they should have communicated with his counsel, especially since they had stated they would do so. Their failure to do so has prevented the claimant from having an opportunity to participate in his appeal for more than 3 years. Such a delay, caused by the Commission's negligence, I find does constitute a denial of natural justice.

The claimant's appeal is accordingly allowed. The Board's decision is rescinded and replaced by my decision that the claimant's appeal of the Commission's decision is allowed. The matter will be returned to the Commission for a determination of the claimant's benefits. [My emphasis.]

[16] It should be noted at the outset that a notice of hearing is to be sent out by the Office of the Umpire, not by the Commission (subsection 86(5) of *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332). Therefore, the

juge-arbitre a accordé une nouvelle audience. Toutefois, le 25 avril 2000, le représentant du défendeur a demandé un ajournement de l'audience afin de satisfaire aux exigences énoncées à l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale* en ce qui concerne les avis parce qu'il envisageait de présenter une contestation en vertu 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). Le 31 octobre 2000, le juge-arbitre désigné a ordonné que l'affaire soit réinscrite au rôle de façon qu'elle puisse être entendue le plus tôt possible.

[14] L'audience devait être tenue au moyen d'une vidéoconférence le 22 février 2001 à Sarnia (Ontario). Le représentant du défendeur a demandé que l'audience soit ajournée jusqu'à la prochaine date d'audience possible à London (Ontario) en vue d'éviter des déplacements coûteux. L'audience a finalement eu lieu devant le juge-arbitre le 25 mai 2001 à London, en présence du défendeur et de son représentant.

[15] En ce qui concerne l'argument fondé sur la «justice naturelle» que le défendeur a invoqué, le juge-arbitre a tiré la conclusion suivante, aux pages 3 et 4 de ses motifs:

[TRADUCTION] La Commission savait que le prestataire était représenté et elle avait communiqué avec son avocat. Elle l'avait informé qu'il serait avisé du lieu et de la date de l'audience. Lorsque les efforts qu'elle a faits pour signifier l'avis au prestataire ont échoué, la Commission aurait dû communiquer avec l'avocat du prestataire, étant donné en particulier qu'elle avait déclaré qu'elle le ferait. Son omission a empêché le prestataire de participer à l'appel pendant plus de trois ans. Pareil délai, attribuable à la négligence de la Commission, constitue à mon avis un déni de justice naturelle.

L'appel interjeté par le prestataire est donc accueilli. La décision de la Commission est annulée et remplacée par une décision accueillant l'appel interjeté par le prestataire contre la décision de la Commission. L'affaire sera renvoyée à la Commission pour qu'une décision soit prise au sujet des prestations. [Non souligné dans l'original.]

[16] Il importe de noter au départ qu'un avis d'audience doit être envoyé par le bureau du juge-arbitre, et non par la Commission (paragraphe 86(5) du *Règlement sur l'assurance-emploi*,

responsibility for the delay of close to three years, from the time the Commission sent the February 7, 1997 letter to the respondent, until March 8, 2000, when a new hearing was granted, cannot be imputed to the Commission, unless, as the respondent claims, the Commission was responsible for alerting the Office of the Umpire that the respondent had representation, a matter on which I express no opinion.

[17] The Umpire did not state the legal principle upon which he concluded that there was a denial of natural justice. However, the respondent informed us at the hearing that he rests his case on the principles of administrative law and not on the Charter.

[18] The questions to be determined, therefore, are whether the delay caused by the Office of the Umpire amounts to a denial of natural justice and whether a grant of employment benefits to the respondent is the proper remedy.

[19] The law on the matter has recently been considered by the Supreme Court of Canada in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, albeit in the human rights context. The proceedings in the case at bar deal with economic rights and not human rights. However, the analysis of Bastarache J. in *Blencoe* reveals some interesting considerations.

[20] Bastarache J., writing for a majority of the Court, considered the remedies available in administrative law to a party who claims unreasonable delay in human rights proceedings.

[21] He states that delay, without more, will not constitute an abuse of process that warrants a stay of proceedings at common law. Staying proceedings for the mere passage of time, he writes, would be tantamount to imposing a judicially-created limitation period. To justify a stay in the administrative law context, he says, proof that significant prejudice has resulted from an unacceptable delay is required. A breach of natural

DORS/96-332). Par conséquent, la responsabilité du délai de près de trois ans, entre la date à laquelle la Commission a envoyé la lettre au défendeur le 7 février 1997 et le 8 mars 2000, date à laquelle une nouvelle audience a été accordée, ne peut pas être imputée à la Commission à moins que, comme le défendeur l'allègue, la Commission n'ait été tenue d'avertir le bureau du juge-arbitre que le défendeur était représenté, question sur laquelle je n'exprime aucun avis.

[17] Le juge-arbitre n'a pas énoncé le principe de droit sur lequel il s'est fondé pour conclure à un déni de justice naturelle. Toutefois, le défendeur nous a informés à l'audience qu'il fonde sa cause sur les principes applicables en droit administratif plutôt que sur la Charte.

[18] Il s'agit donc de savoir si le délai causé par le bureau du juge-arbitre constitue un déni de justice naturelle et si l'octroi de prestations d'emploi au défendeur constitue la réparation qu'il convient d'accorder.

[19] Le droit sur le point ici en cause a récemment été examiné par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, quoique dans le contexte des droits de la personne. Or, la présente instance porte sur des droits économiques plutôt que sur les droits de la personne. Toutefois, l'analyse que M. le juge Bastarache a faite dans l'arrêt *Blencoe* révèle certaines considérations intéressantes.

[20] Au nom de la majorité de la Cour, le juge Bastarache a examiné les réparations offertes en droit administratif à une partie qui invoque un délai déraisonnable dans des procédures en matière de droits de la personne.

[21] Le juge dit que le délai ne constitue pas en soi un abus de procédure justifiant un arrêt des procédures en common law. Mettre fin aux procédures simplement en raison du délai écoulé, dit-il, reviendrait à imposer une prescription d'origine judiciaire. Pour justifier un arrêt dans le contexte du droit administratif, affirme-t-il, il faut prouver qu'un délai inacceptable a causé un préjudice important. Il peut y avoir déni de justice

justice and the duty of fairness may occur when the delay impairs a party's ability to answer the complaints against him or her because, for example, memories have faded, essential witnesses have died, or evidence has been lost. In short, the undue delay must impair the fairness of the hearing.

[22] The respondent, in the case at bar, has not pleaded or argued that the delay prejudiced the hearing. Rather, he claims that the mere passage of time has caused him psychological and sociological harms.

[23] In this regard, Bastarache J. notes that this issue is a difficult one on which there is no clear authority [at paragraph 107]:

The respondent contends that the delay in the human rights proceedings constitutes a breach of procedural fairness amounting to a denial of natural justice and resulting in an abuse of process. The question is whether one can look to the psychological and sociological harm caused by the delay rather than merely to the procedural or legal effect, namely, whether the ability to make full answer and defence has been compromised, to determine whether there has been a denial of natural justice. This issue is a difficult one and there is no clear authority in this area. [My emphasis.]

[24] He explains that where the Charter has been held not to apply, most courts and tribunals have not decided whether the stress and stigma resulting from an unacceptable delay can be so significant as to amount to an abuse of process. When, however, courts have dealt with this issue, they have most often adopted a narrow approach to the principles of natural justice. For example, in *Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 1 F.C. 638 (C.A.) the Federal Court of Appeal concluded at page 641 that the law will only remedy a situation where the prejudice is such "as to deprive a party of his right to a full and complete defence".

[25] In *Blencoe, supra*, Bastarache J. recognized that if inordinate delays cause significant psychological harm to a person, or attach a stigma to a person's reputation, such that the human rights system would be brought into

naturelle et manquement à l'obligation d'agir équitablement lorsqu'un délai compromet la capacité d'une partie de répondre aux plaintes portées contre elle, notamment parce que ses souvenirs se sont estompés, parce que des témoins essentiels se sont décédés ou parce que des éléments de preuve ont été perdus. Bref, le délai excessif doit compromettre l'équité de l'audience.

[22] En l'espèce, le défendeur n'a pas plaidé ou soutenu que le délai avait nui à l'audience. Il affirme plutôt que le simple fait qu'il se soit écoulé du temps lui a causé un préjudice psychologique et sociologique.

[23] À cet égard, le juge Bastarache note qu'il s'agit d'une question difficile au sujet de laquelle il n'y a aucune jurisprudence claire [au paragraphe 107]:

L'intimé soutient que le délai dans les procédures en matière de droits de la personne constitue une atteinte à l'équité procédurale qui équivaut à un déni de justice naturelle et qui entraîne un abus de procédure. Il s'agit de savoir si, aux fins de déterminer s'il y a eu déni de justice naturelle, on peut tenir compte du préjudice psychologique et sociologique causé par le délai et non seulement de l'incidence procédurale ou juridique, c'est-à-dire de la question de savoir si la capacité de présenter une défense pleine et entière a été compromise. Cette question est difficile et il n'y a aucune jurisprudence claire en la matière. [Non souligné dans l'original.]

[24] Le juge explique que, dans les affaires où ils ont statué que la Charte ne s'appliquait pas, la plupart des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs ne sont pas allés jusqu'à déterminer si le stress et la stigmatisation découlant d'un délai inacceptable étaient importants au point de constituer un abus de procédure. Toutefois, lorsqu'ils ont traité de cette question, les tribunaux judiciaires ont le plus souvent adopté une approche stricte à l'égard des principes de justice naturelle. Ainsi, dans l'arrêt *Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 1 C.F. 638 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a conclu à la page 641 que le droit ne remédie à une situation que lorsque le préjudice est tel «qu'il prive une partie de son droit à une défense pleine et entière».

[25] Dans l'arrêt *Blencoe*, précité, le juge Bastarache a reconnu que dans le cas où un délai excessif cause un préjudice psychologique important à une personne ou entache sa réputation au point de déconsidérer le régime

disrepute, the prejudice may be sufficient to constitute an abuse of process. With respect to that point he states [at paragraph 115]:

I would be prepared to recognize that unacceptable delay may amount to an abuse of process in certain circumstances even where the fairness of the hearing has not been compromised. Where inordinate delay has directly caused significant psychological harm to a person, or attached a stigma to a person's reputation, such that the human rights system would be brought into disrepute, such prejudice may be sufficient to constitute an abuse of process. The doctrine of abuse of process is not limited to acts giving rise to an unfair hearing; there may be cases of abuse of process for other than evidentiary reasons brought about by delay. It must however be emphasized that few lengthy delays will meet this threshold. I caution that in cases where there is no prejudice to hearing fairness, the delay must be clearly unacceptable and have directly caused a significant prejudice to amount to an abuse of process. It must be a delay that would, in the circumstances of the case, bring the human rights system into disrepute. The difficult question before us is in deciding what is an "unacceptable delay" that amounts to an abuse of process.

[26] To meet this threshold, the respondent must demonstrate that the delay was unacceptable to the point of being so oppressive as to taint the proceedings. The determination of whether a delay has become inordinate depends on the nature of the case and its complexity, the facts and issues, the purpose and nature of the proceedings, whether the respondent contributed to the delay or waived the delay, and other circumstances of the case.

[27] Furthermore, a comparison with other jurisdictions in the matter is also in order as noted by Bastarache J. [at paragraph 129]:

In *Kodellas, supra*, the Saskatchewan Court of Appeal held that the determination of whether the delay is unreasonable is, in part, a comparative one whereby one can compare the length of delay in the case at bar with the length of time normally taken for processing in the same jurisdiction and in other jurisdictions in Canada.

[28] Moreover, the actual prejudice caused by the delay must be of such magnitude that the public's sense

de protection des droits de la personne, le préjudice subi peut être suffisant pour constituer un abus de procédure. Sur ce point, voici ce qu'il dit [au paragraphe 115]:

Je serais disposé à reconnaître qu'un délai inacceptable peut constituer un abus de procédure dans certaines circonstances, même lorsque l'équité de l'audience n'a pas été compromise. Dans le cas où un délai excessif a causé directement un préjudice psychologique important à une personne ou entaché sa réputation au point de déconsidérer le régime de protection des droits de la personne, le préjudice subi peut être suffisant pour constituer un abus de procédure. L'abus de procédure ne s'entend pas que d'un acte qui donne lieu à une audience inéquitable et il peut englober d'autres cas que celui où le délai cause des difficultés sur le plan de la preuve. Il faut toutefois souligner que rares sont les longs délais qui satisfont à ce critère préliminaire. Ainsi, pour constituer un abus de procédure dans les cas où il n'y a aucune atteinte à l'équité de l'audience, le délai doit être manifestement inacceptable et avoir directement causé un préjudice important. Il doit s'agir d'un délai qui, dans les circonstances de l'affaire, déconsidérerait le régime de protection des droits de la personne. La question difficile dont nous sommes saisis est de savoir quel «délai inacceptable» constitue un abus de procédure.

[26] Pour satisfaire à cette exigence préliminaire, le défendeur doit démontrer que le délai était inacceptable au point d'être oppressif et de vicier les procédures. La question de savoir si un délai est excessif dépend de la nature de l'affaire et de sa complexité, des faits et des points litigieux, de l'objet et de la nature des procédures, de la question de savoir si le défendeur a contribué ou renoncé au délai et d'autres circonstances de l'affaire.

[27] De plus, comme le juge Bastarache l'a fait remarquer, il convient également de faire une comparaison avec ce qui se passe dans d'autres ressorts [au paragraphe 129]:

Dans *Kodellas, précité*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que l'exercice consistant à déterminer si un délai est déraisonnable est en partie comparatif, du fait qu'il permet de comparer la durée du délai dans l'affaire en cause au délai qui est normalement nécessaire pour procéder dans le même ressort ou ailleurs au Canada.

[28] En outre, le préjudice réel causé par le délai doit être d'une telle ampleur qu'il heurte le sens de la justice

of decency and fairness is affected. At paragraph 133, Bastarache J. states:

There must be more than merely a lengthy delay for an abuse of process; the delay must have caused actual prejudice of such magnitude that the public's sense of decency and fairness is affected.

[29] I have strong reservations about applying principles developed in the human rights context to the realm of economic rights. In any event, the respondent has not demonstrated by proof that he is entitled to the remedy he is seeking.

[30] I conclude that there is no evidence which would justify a remedy under the principles of administrative law.

[31] In view of my conclusion on this second issue, I would allow this application for judicial review with costs, I would set aside, in part, the decision of the Umpire and I would refer the matter back to the Chief Umpire or his delegate for a redetermination on the basis that the respondent is not entitled to employment benefits.

ISAAC J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

et de la décence du public. Au paragraphe 133, le juge Bastarache dit ce qui suit:

Pour qu'il y ait abus de procédure, le délai écoulé doit, outre sa longue durée, avoir causé un préjudice réel d'une telle ampleur qu'il heurte le sens de la justice et de la décence du public.

[29] J'ai de sérieuses réserves à faire lorsqu'il s'agit d'appliquer aux droits économiques des principes élaborés dans le contexte des droits de la personne. Quoi qu'il en soit, le défendeur n'a pas réussi à prouver qu'il a droit à la réparation sollicitée.

[30] Je conclus qu'aucun élément de preuve ne justifie l'octroi d'une réparation fondée sur les principes applicables en droit administratif.

[31] Étant donné la conclusion que j'ai tirée sur ce point, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire avec dépens, j'annulerais en partie la décision du juge-arbitre et je renverrais l'affaire au juge-arbitre ou à son représentant pour qu'une nouvelle décision soit rendue compte tenu du fait que le défendeur n'est pas admissible aux prestations d'emploi.

LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-2305-01
2002 FCT 1151

T-2305-01
2002 CFPI 1151

Hensley Oriji (*Applicant*)

v.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

INDEXED AS: ORJI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, October 30 and November 7, 2002.

Public Service — Selection Process — Applicant orally notified only successful candidate in competition, given anticipated starting date for employment, but later told position offered to qualified surplus employee in Department — Investigating officer erred in law in concluding Public Service Employment Act, s. 22 requiring document for offer of employment to be enforceable — Investigating officer also failed to meet minimal fairness standard as not all information made available to complainant.

Administrative Law — Judicial Review — In matter of complaint as to treatment in employment process within Public Service, investigating officer erred in law in concluding Public Service Employment Act, s. 22 requiring document for offer of employment to be enforceable, failed to meet minimal fairness standard as not all information made available to complainant — Respondent's argument decision should not be set aside as any new investigation would inevitably arrive at same result not convincing as applicant not conceding result would be same — Furthermore, to allow such egregious breach might encourage others to disregard duty to act fairly in circumstances where result seemingly pre-ordained.

Construction of Statutes — Public Service Employment Act, s. 22 not requiring document for offer of employment to be enforceable — Provision speaking only to effective date of employment rather than to enforceability of employment arrangement based on accepted offer, whether verbal or written, and to employment that has commenced where such valid offer, acceptance exchanged.

Hensley Oriji (*demandeur*)

c.

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: ORJI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, le 30 octobre et le 7 novembre 2002.

Fonction publique — Procédure de sélection — Le demandeur avait été avisé verbalement qu'il était le seul candidat qui avait réussi un concours; on lui avait donné la date prévue à laquelle l'emploi commencerait, mais on l'avait par la suite informé que le poste avait été offert à un employé excédentaire qualifié du ministère — L'agente d'enquête a commis une erreur de droit en concluant que l'art. 22 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique exigeait qu'il existe un document pour que l'offre d'emploi soit exécutoire — L'agente d'enquête a également omis de satisfaire à la norme minimale d'équité étant donné que les renseignements n'avaient pas tous été mis à la disposition du plaignant.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Dans une affaire concernant une plainte relative au traitement infligé dans le cadre d'un processus d'emploi au sein de la fonction publique, l'agente d'enquête avait commis une erreur de droit en concluant que l'art. 22 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique exigeait qu'il existe un document pour que l'offre d'emploi soit exécutoire; l'agente a omis de satisfaire à la norme minimale d'équité étant donné que les renseignements n'avaient pas tous été mis à la disposition du plaignant — L'argument du défendeur selon lequel la décision ne devait pas être annulée parce qu'une nouvelle enquête aboutirait inévitablement au même résultat n'était pas convaincant étant donné que le plaignant ne concédait pas que le résultat serait le même — En outre, permettre pareille violation flagrante pourrait encourager d'autres agents à ne faire aucun cas de l'obligation d'agir avec équité s'ils estimaient que le résultat était déterminé à l'avance.

Interprétation des lois — L'art. 22 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique n'exige pas qu'il existe un document pour que l'offre d'emploi soit exécutoire — La disposition fait uniquement mention de la date de prise d'effet d'un emploi plutôt que de la force exécutoire d'une entente relative à l'emploi fondée sur une offre, verbale ou écrite, qui a été acceptée et d'un emploi qui a commencé à être exercé lorsqu'il y a eu pareille offre et acceptation valides.

Following completion of an examination for a Public Service position with Public Works and Government Services Canada (PWGSC), the applicant was advised by telephone that he had achieved the highest mark and that he was the only successful candidate. He was told that the anticipated starting date for employment would be early April 2001. However, the applicant was later advised that the position was no longer available due to a priority staffing action. The issue was whether the applicant had been offered the position subject to a language test and verification of references, or whether the offer of the position was circumscribed by other conditions.

The applicant complained that PWGSC had, without justification, rescinded its verbal offer of employment, and an investigation was initiated by a designated investigating officer. Some of the information provided to and considered by the investigating officer was not made available to the applicant. He was provided no opportunity to reply to that information, and his request for an adjournment of the fact-finding meeting in order to try to rebut the new evidence presented was rejected. The investigating officer dismissed the complaint on the basis of section 22 of the *Public Service Employment Act* (PSEA), which he interpreted as requiring a written offer of employment—and there was none herein—and on the ground that the manager who communicated with the applicant did not have the proper authority to authorize employment. This was an application for judicial review of the investigating officer's decision.

Held, the application should be allowed.

Section 22 of the PSEA provides that an appointment under that Act takes effect on the date specified in the instrument of appointment, which may be any date before, on or after the date of the instrument. The only reasonable interpretation in law of that section is that it speaks only to the "effective date" of an employment rather than to the enforceability of an employment arrangement based on an offer, whether verbal or written, that has been accepted and, in particular but not exclusively, to employment that has commenced where such a valid offer and acceptance have been exchanged. The conclusion that a document was required for an offer of employment was perverse and the investigating officer erred in law in arriving at the decision herein.

On a reading of the relevant provisions of the PSEA, an investigating officer must act fairly. At a minimum, an investigating officer has a duty to ensure that all of the information on which a decision is based is made available to the complainant and the respondent and that each is given a reasonable opportunity to respond to that information. The investigating officer failed to meet this minimal fairness standard.

Après avoir subi un examen pour un poste de la fonction publique à Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), le demandeur a été informé par téléphone qu'il avait obtenu la meilleure note et qu'il était le seul candidat qui avait réussi. On lui a dit que l'emploi devait commencer au début du mois d'avril 2001. Toutefois, le demandeur a par la suite été informé que le poste n'était plus disponible à cause d'une mesure de dotation prioritaire. Le nœud du litige consistait à savoir si le demandeur s'était vu offrir le poste à condition de passer le test linguistique et sur vérification des références, ou si l'offre était assujettie à d'autres conditions.

Le demandeur s'est plaint que TPSGC avait, sans motif valable, annulé l'offre d'emploi verbale; une agente d'enquête désignée a entamé une enquête. Certains renseignements fournis à l'agente d'enquête et pris en considération par celle-ci n'ont pas été communiqués au demandeur, de sorte que celui-ci n'a pas eu la possibilité de répondre. La demande d'ajournement de la réunion factuelle que le demandeur avait faite afin d'essayer de réfuter la nouvelle preuve a été rejetée. L'agente d'enquête a rejeté la plainte en se fondant sur l'article 22 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (la LEFP), qu'il a interprété comme exigeant une offre d'emploi écrite—et il n'y en avait pas en l'espèce—ainsi que sur le fait que la gestionnaire qui avait communiqué avec le demandeur ne possédait le pouvoir d'autoriser les nominations. Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agente d'enquête.

Jugement: la demande est accueillie.

L'article 22 de la LEFP prévoit que toute nomination effectuée en vertu de cette Loi ne prend effet qu'à la date fixée dans l'acte de nomination, indépendamment de la date de l'acte même. La seule interprétation juridique raisonnable de cette disposition est qu'il y est uniquement question de la «date de prise d'effet» d'un emploi plutôt que de la force exécutoire d'une entente relative à l'emploi fondée sur une offre, verbale ou écrite, qui a été acceptée et, en particulier mais non exclusivement, d'un emploi qui a commencé à être exercé lorsqu'il y a eu pareille offre et acceptation valides. La conclusion selon laquelle il devait exister un document pour qu'il y ait offre d'emploi était abusive et l'agente d'enquête a commis une erreur de droit en arrivant à la décision ici en cause.

Il ressort de la lecture des dispositions pertinentes de la LEFP qu'un agent d'enquête doit agir d'une façon équitable. À tout le moins l'agent d'enquête a l'obligation de veiller à ce que tous les renseignements sur lesquels il fonde sa décision aient été communiqués au plaignant et au défendeur et à ce que chacun ait eu une possibilité raisonnable d'y répondre. L'agente d'enquête n'a pas satisfait à cette norme minimale d'équité.

The respondent urged that even if there were reviewable errors in the process leading to the decision under review, it should not be set aside because any new investigation would inevitably arrive at the same result, and referred to *Talwar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* in support. That case should not be followed. The applicant did not concede that, if the decision under review were referred back for reconsideration, the result would ultimately be the same. Furthermore, to allow such an egregious breach of the duty to act fairly to go without remedy might well encourage others to disregard the duty to act fairly in circumstances where they might be of the view that the result is pre-ordained.

Le défendeur a soutenu que même s'il existait des erreurs susceptibles de révision dans le cadre du processus qui a entraîné la décision ici en cause, la décision ne devrait pas être annulée parce qu'une nouvelle enquête aboutirait inévitablement au même résultat; il s'est reporté à la décision *Talwar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Cette décision ne devrait pas être suivie. Le demandeur n'a pas concédé que, si la décision en cause était renvoyée pour réexamen, le résultat serait en fin de compte le même. En outre, si on permettait une violation aussi flagrante de l'obligation d'agir avec équité, sans accorder de réparation, la chose pourrait bien encourager d'autres agents à ne faire aucun cas de l'obligation d'agir avec équité s'ils estimaient que le résultat est déterminé à l'avance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 7.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 8), 7.2 (as enacted *idem*), 7.3(1) (as enacted *idem*), (3) (as enacted *idem*), 22 (as am. *idem*, s. 17).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Talwar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCT 702; [2002] F.C.J. No. 951 (T.D.) (QL).

APPLICATION for judicial review of an investigating officer's decision dismissal of a complaint by the applicant as to his treatment in an employment process within the Public Service of Canada. Application allowed.

APPEARANCES:

Hensley Oriji on his own behalf.
Michael G. Roach for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 7.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 8), 7.2 (édicte, *idem*), 7.3(1) (édicte, *idem*), (3) (édicte, *idem*), 22 (mod., *idem*, art. 17).

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Talwar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 702; [2002] A.C.F. n° 951 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'enquête avait rejeté une plainte déposée par le demandeur au sujet de la façon dont il avait été traité dans le cadre d'un processus d'emploi au sein de la fonction publique du Canada. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Hensley Oriji pour son propre compte.
Michael G. Roach pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] Mr. Hensley Oriji (the applicant) seeks judicial review of a decision of an investigations/mediation/conciliation officer in the Recourse Branch of the Public Service Commission of Canada wherein the officer concluded that an allegation raised in a complaint by the applicant as to his treatment in an employment process within the Public Service of Canada was unfounded. The decision under review is dated November 23, 2001.

[2] The applicant, in his own words, seeks the following reliefs:

[that] this Court . . . renounce this injustice by allowing this appeal with costs;

[that this Court] validate the job offer made to the Applicant, effective April 2, 2002;

Any other orders which this Court finds appropriate.¹

BACKGROUND

[3] While the details of the factual background to this application for judicial review are in substantial dispute, the basic elements leading to the decision under review can be briefly stated and are here drawn primarily from the respondent's memorandum of fact and law.

[4] The applicant was one of sixteen people whose names were referred by the Public Service Commission for a CR-04 Systems and Accounting Clerk position at Public Works and Government Services Canada (PWGSC). On February 6, 2001, the applicant and others among the people whose names were referred attended a written examination which tested the abilities identified in the statement of qualifications for the position in question. Prior to the commencement of the examination, the applicant and those others who sat the examination were advised that the person who received the highest mark would be contacted and that the successful candidate would be required to pass a language test before an appointment would be made. Following completion of the examination, and on the

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] M. Hensley Oriji (le demandeur) sollicite le contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent d'enquête, de médiation et de conciliation de la Direction des recours au sein de la Commission de la fonction publique du Canada a conclu à l'absence de fondement d'une allégation figurant dans une plainte qu'il avait déposée au sujet de la façon dont il avait été traité dans le cadre d'un processus d'emploi au sein de la fonction publique du Canada. La décision en cause est datée du 23 novembre 2001.

[2] Comme le demandeur l'a lui-même dit, les réparations sollicitées sont les suivantes:

[TRADUCTION] [que] la Cour [. . .] remédie à cette injustice en accueillant l'appel avec dépens;

[que la Cour] valide l'offre d'emploi qui a été faite au demandeur, laquelle devait prendre effet le 2 avril 2002;

Toute autre ordonnance que la Cour juge appropriée¹.

LES FAITS

[3] Les faits sur lesquels est fondée la présente demande de contrôle judiciaire sont contestés avec véhémence pour ce qui est des détails, mais les éléments fondamentaux qui ont entraîné la décision ici en cause peuvent être brièvement énoncés; ils sont principalement tirés du mémoire des faits et du droit du défendeur.

[4] Le demandeur était l'un des seize candidats présentés par la Commission de la fonction publique pour un poste de commis aux systèmes et à la comptabilité CR-04 à Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC). Le 6 février 2001, le demandeur et certains autres candidats présentés ont subi un examen écrit destiné à permettre de vérifier les habilités mentionnées dans l'énoncé des qualités requises pour le poste en question. Avant le début de l'examen, le demandeur et les autres personnes qui se présentaient à l'examen ont été informés que l'on communiquerait avec le candidat qui aurait obtenu la meilleure note et que le candidat reçu devrait passer un test linguistique avant d'être nommé. Après l'examen, et le jour même où cet examen a eu lieu, un représentant de TPSGC a informé

same day on which it was held, an official in PWGSC advised the applicant by telephone that he had achieved the highest mark on the written examination and that, indeed, he was the only person who sat the examination who was successful. At the heart of the dispute is whether he was there and then offered the position subject to a language test and verification of references, or whether the offer of the position was circumscribed by other conditions. Beyond question was the fact that the applicant was advised that the anticipated starting date for employment would be in early April 2001 with the specific date dependent upon the timing of the completion of a language test. The applicant emphasizes that he regarded the information conveyed to him in the telephone conversation as constituting an offer of employment which he accepted during the telephone conversation.

[5] On March 26, 2001, an officer of PWGSC other than the officer who spoke with the applicant on February 6, advised the applicant, once again by telephone conversation, that the position in question was no longer available due to a priority staffing action. The position in question was staffed by an allegedly qualified employee who was to be declared surplus from another component of PWGSC.

[6] The applicant complained. The essence of his complaint was to the effect that PWGSC had, without justification, rescinded its verbal offer to the applicant of employment for a specified period to the position of Systems and Accounting Clerk (CR-04).

[7] An investigation of the applicant's complaint was initiated by a designated investigating officer under the authority of section 7.1 [as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 8] of the *Public Service Employment Act*.² That section, related section 7.2 [as enacted *idem*] and subsections 7.3(1) [as enacted *idem*] and (3) [as enacted *idem*] read as follows:

7.1 The Commission may conduct investigations and audits on any matter within its jurisdiction.

7.2 In connection with and for the purposes of any investigation or report, other than an audit, by the Commission under this Act, the Commission has all the powers of a commissioner under Part II of the *Inquiries Act*.

le demandeur par téléphone qu'il avait obtenu la meilleure note à l'examen écrit et que, de fait, il était le seul candidat qui avait réussi. Le nœud du litige consiste à savoir si le demandeur s'est alors vu offrir le poste à condition de passer le test linguistique et sur vérification des références, ou si l'offre était assujettie à d'autres conditions. Il est incontestable que le demandeur a été informé que l'emploi devait commencer au début du mois d'avril 2001, la date précise dépendant de celle à laquelle le test linguistique aurait lieu. Le demandeur affirme avec instance qu'il considérait que les renseignements qui lui avaient été transmis au cours de la conversation téléphonique constituaient une offre d'emploi qu'il avait alors acceptée.

[5] Le 26 mars 2001, un agent de TPSGC autre que l'agent qui avait parlé au demandeur le 6 février a informé celui-ci, encore une fois par téléphone, que le poste en question n'était plus disponible à cause d'une mesure de dotation prioritaire. Le poste en question avait été comblé par un employé censément qualifié venant d'un autre élément de TPSGC, lequel devait être déclaré excédentaire.

[6] Le demandeur s'est plaint. La plainte est essentiellement fondée sur ce que TPSGC avait, sans motif valable, annulé l'offre verbale qu'il avait faite au demandeur pour une période précise à l'égard du poste de commis aux systèmes et à la comptabilité (CR-04).

[7] Une agente d'enquête désignée a entamé une enquête sur la plainte du demandeur en vertu de l'article 7.1 [édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 8] de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*². Cette disposition, ainsi que les dispositions 7.2 [édicte, *idem*], 7.3(1) [édicte, *idem*] et 7.3(3) [édicte *idem*], sont ainsi libellées:

7.1 La Commission peut effectuer les enquêtes et vérifications qu'elle juge indiquées sur toute question relevant de sa compétence.

7.2 Pour les besoins de tout rapport ou enquête qu'elle effectue sous le régime de la présente loi, sauf dans le cas des vérifications, la Commission dispose des pouvoirs d'un commissaire nommé au titre de la partie II de la *Loi sur les enquêtes*.

7.3 (1) The Commission may direct that any investigation, report or audit by the Commission under this Act be conducted or made, in whole or in part, by a commissioner or any other person.

...

(3) Where the Commission, pursuant to subsection (1), directs that an investigation or report be conducted or made by a person, other than a commissioner, that person, subject to such restrictions or limitations as the Commission may specify, has, in relation to the matter before the person, the powers referred to in section 7.2.

THE DECISION UNDER REVIEW

[8] The investigating officer convened a “fact-finding” meeting on September 24, 2001. The applicant and four representatives on behalf of PWGSC attended. The investigating officer wrote at paragraph 4 of her decision report:

All submissions and information provided, although not necessarily reproduced here, [in the report] were given consideration in leading to the analysis and conclusions found within this report.

The information provided, and referred to in the foregoing quotation, included information provided to the investigating officer by officers of PWGSC, at the fact-finding meeting and after it was terminated, which, and this was not in dispute before me, was not made available to the applicant and to which he was therefore provided no opportunity to reply.

[9] When the applicant heard the evidence provided by officers of PWGSC at the fact-finding meeting, evidence which in part came as a complete surprise to the applicant and was contrary to his understanding of what had transpired, the applicant sought an adjournment of the fact-finding meeting in order to allow him to return with witnesses who, he alleged, could rebut the evidence on behalf of PWGSC. His request for an adjournment was rejected.

[10] Finally, the investigating officer interpreted section 22 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 17] of the *Public Service Employment Act*. That section reads as follows:

7.3 (1) La Commission peut ordonner que tous les rapports, les enquêtes ou les vérifications à effectuer par elle sous le régime de la présente loi le soient, en tout ou en partie, par un commissaire ou toute autre personne.

[. . .]

(3) La personne nommée au titre du paragraphe (1) qui n’est pas commissaire dispose, relativement à la question dont elle est saisie, des pouvoirs attribués à la Commission par l’article 7.2, dans les limites qu’elle fixe.

LA DÉCISION ASSUJETTIE À L’EXAMEN

[8] L’agente d’enquête a organisé une réunion factuelle qui devait avoir lieu le 24 septembre 2001. Le demandeur et quatre représentants de TPSGC ont assisté à la réunion. Voici ce que l’agente d’enquête a dit au paragraphe 4 de son rapport décisionnel:

[TRADUCTION] Tous les arguments et renseignements présentés, même s’ils ne sont pas nécessairement reproduits ici [dans le rapport] ont été pris en considération aux fins de l’analyse et des conclusions dont il est fait état dans ce rapport.

Les renseignements fournis dont il est question dans le passage précité comprenaient les renseignements fournis à l’agente d’enquête par les agents de TPSGC, à la réunion factuelle et par la suite, lesquels, et la chose n’a pas été contestée devant moi, n’ont pas été communiqués au demandeur, de sorte que celui-ci n’a pas eu la possibilité de répondre.

[9] Lorsqu’il a entendu la preuve fournie par les agents de TPSGC lors de la réunion factuelle, preuve qui l’a en partie pris complètement par surprise et qui était contraire à ce qui à ses yeux s’était passé, le demandeur a sollicité un ajournement de la réunion factuelle afin de pouvoir revenir avec des témoins qui, alléguait-il, pourraient réfuter la preuve soumise pour le compte de TPSGC. La demande d’ajournement a été rejetée.

[10] Enfin, l’agente d’enquête a interprété l’article 22 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 17] de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, qui est ainsi libellé:

22. An appointment under this Act takes effect on the date specified in the instrument of appointment, which date may be any date before, on or after the date of the instrument.

[11] By reference to the terminology of section 22, the investigating officer wrote:

The expression “instrument of appointment” is not defined in the *Act*, and the Courts have not interpreted the term either. However, reading the word “instrument” in its grammatical and ordinary sense, within the context of the *Act*, a Court would likely interpret section 22 [as] requiring a **document**. Blacks’ Law Dictionary defines the word “instrument” as follows: “A written document that defines rights, duties, entitlements, or liabilities, such as a contract, will, promissory note, or share certificate.”

For these reasons I conclude that a document is required for an offer of employment or appointment to be enforceable. No such document exists in the present case. Although it is common ground in contract law that an offer of employment, even verbal, once accepted, does constitute a binding contract, this case is a illustrative of a situation in which statutory law takes precedence over common law. [Emphasis in original.]

[12] The investigating officer concluded in the following terms:

There is also the issue of the proper authority. According to the department’s instrument of subdelegation of staffing authority, Ms. Diotte, is a “Level 5” manager and does not possess the authority to authorize appointments.

As there was no offer of employment made in the proper form and by the proper authority, I conclude that the allegation raised in this complaint is unfounded.

THE ISSUES

[13] While the applicant raised a range of issues on this application for judicial review, I am satisfied that two are determinative and that I need not turn to the others. The two that I consider to be determinative are error of law and failure to comply with the duty of fairness incumbent upon an investigating officer when investigating a complaint such as that underlying the decision here under review. A third issue, regarding an appropriate remedy, if any, arises by reason of my conclusions regarding the first two.

22. Toute nomination effectuée en vertu de la présente loi prend effet à la date fixée dans l’acte de nomination, le cas échéant, indépendamment de la date de l’acte même.

[11] En ce qui concerne les termes employés à l’article 22, voici ce que l’agente d’enquête a dit:

[TRADUCTION] L’expression «acte de nomination» n’est pas définie dans la Loi et les tribunaux judiciaires ne l’ont pas non plus interprétée. Toutefois, si l’on considère le mot «acte» dans son sens grammatical ordinaire, dans le contexte de la Loi, un tribunal judiciaire interpréterait probablement l’article 22 [comme] exigeant un **document**. Dans Black’s Law Dictionary, on définit le mot «*instrument* [acte]» comme suit: «Document qui définit les droits et obligations, par exemple un contrat, un billet à ordre, un certificat d’actions».

Cela étant, je conclus qu’il doit exister un document pour qu’une offre d’emploi ou une nomination soit exécutoire. Or, il n’existe aucun document en l’espèce. En droit contractuel, il est reconnu qu’une offre d’emploi, même si elle est verbale, constitue un contrat obligatoire une fois qu’elle est acceptée, mais l’affaire qui nous occupe montre qu’en l’espèce, le droit législatif l’emporte sur la common law. [Non souligné dans l’original.]

[12] L’agente d’enquête a conclu sa décision comme suit:

[TRADUCTION] Il y a également la question de l’autorisation. Selon l’acte de sous-délégation des pouvoirs de dotation du ministère, M^{me} Diotte est une gestionnaire de «niveau 5» et ne possède pas le pouvoir d’autoriser les nominations.

Étant donné qu’aucune offre d’emploi n’a été faite sous la forme appropriée par l’autorité appropriée, je conclus que l’allégation qui est faite dans la plainte n’est pas fondée.

LES POINTS LITIGIEUX

[13] Le demandeur a soulevé une gamme de questions dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, mais à mon avis, deux questions sont déterminantes et je n’ai pas à examiner les autres questions. Les deux questions que je considère comme déterminantes se rapportent à une erreur de droit qui aurait été commise et au fait que l’agente d’enquête ne s’est pas acquittée de l’obligation d’équité qui incombe à pareils agents lorsqu’ils enquêtent sur une plainte telle que celle qui sous-tend la décision ici en cause. Une troisième question, se rapportant à la réparation qu’il

ANALYSIS

(a) Error of law

[14] Section 22 of the *Public Service Employment Act*, earlier quoted, provides that an appointment under that Act only takes effect on the date specified in the instrument of appointment. It goes on to specify that the date specified may be any date before, on or after the date of the instrument of appointment. Thus, an appointment can have been taken up and pursued for an unlimited period of time before an instrument of appointment is issued. In such circumstances, for the investigating officer to conclude that “a document is required for an offer of employment or appointment to be enforceable” [underlining added] is, I am satisfied, perverse. It is, in fact, to conclude that employment that has commenced, with the consent of the employer as well as the consent of the employee, might well be not valid employment because, so the argument would have to go, no valid offer of employment had been made and accepted.

[15] I conclude that the only reasonable interpretation in law of section 22 is that it speaks only to the “effective date” of an employment rather than to the enforceability of an employment arrangement based on an offer, whether verbal or written, that has been accepted and, in particular but not exclusively, to employment that has commenced where such a valid offer and acceptance have been exchanged. I conclude that the investigating officer erred in law in arriving at the decision under review.

(b) Duty of fairness

[16] There can be no doubt, I am satisfied, on a reading of the relevant provisions of *Public Service Employment Act*, that an investigating officer, such as the officer whose decision is here under review, must act fairly, albeit that the content of the duty of fairness, given the discretion afforded by statute to the investigating officer, might well be minimal. At a minimum, I interpret the applicable content of the duty

convient d'accorder le cas échéant, découle des conclusions que j'ai tirées au sujet des deux premières questions.

ANALYSE

a) Erreur de droit

[14] L'article 22 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* qui est ci-dessus cité prévoit que toute nomination effectuée en vertu de cette Loi ne prend effet qu'à la date fixée dans l'acte de nomination. Il précise ensuite que la date est fixée indépendamment de la date de l'acte même. Par conséquent, une nomination peut avoir été acceptée et il peut y avoir été donné suite pendant une période illimitée avant que l'acte de nomination soit délivré. Cela étant, je suis convaincu qu'il est abusif pour l'agente d'enquête de conclure [TRADUCTION] qu'«il doit exister un document pour qu'une offre d'emploi ou une nomination soit exécutoire» [soulignement ajouté]. C'est en fait conclure que l'emploi qui a commencé à être exercé avec le consentement de l'employeur et celui de l'employé pourrait bien ne pas être un emploi valide parce que, selon l'argument qui est soumis, aucune offre d'emploi valide n'a été faite et acceptée.

[15] Je conclus que la seule interprétation juridique raisonnable de l'article 22 est qu'il y est uniquement question de la «date de prise d'effet» d'un emploi plutôt que de la force exécutoire d'une entente relative à l'emploi fondée sur une offre, verbale ou écrite, qui a été acceptée et, en particulier mais non exclusivement, d'un emploi qui a commencé à être exercé lorsqu'il y a eu pareille offre et acceptation valides. Je conclus que l'agente d'enquête a commis une erreur de droit en arrivant à la décision ici en cause.

b) L'obligation d'équité

[16] À mon avis, il ressort clairement de la lecture des dispositions pertinentes de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* qu'un agent d'enquête, comme l'agente dont la décision est ici en cause, doit agir d'une façon équitable, quoique le contenu de l'obligation d'équité puisse bien être minimale, compte tenu du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la loi. J'interprète à tout le moins le contenu applicable de

of fairness on such an officer as encompassing a duty to ensure that all of the information on which he or she bases her decision has been made available to the complainant and the respondent and that each has been given a reasonable opportunity to respond to that information. On the facts before me, I regard it as beyond question that the investigating officer failed to meet this minimal fairness standard.

[17] It was not in dispute before me that, at the opening of the fact-finding meeting held on September 24, 2001, officers of PWGSC presented to the investigating officer documents that both they and she considered relevant and that were not shared with the applicant. In the absence of sharing, the applicant had no opportunity to respond. Further, at the fact-finding meeting, officers of PWGSC presented oral evidence that contradicted the applicant's understanding of the position of PWGSC that he had gained from telephone conversations with officers of PWGSC and to which he was not prepared, then and there, to respond. As earlier noted, he was denied the opportunity of an adjournment in order to marshal responding evidence. Finally, once again it was not in question before me that, following the fact-finding meeting, and before the investigating officer issued her decision, there was contact between the investigating officer and an officer or officers of PWGSC resulting in the investigating officer obtaining further documentation evidencing PWGSC's position that the officer alleged to have offered the applicant employment did not possess the authority to authorize his appointment. Once again, this documentation was not shared with the applicant and he was given no opportunity to respond to it. This, notwithstanding the reality that such evidence was obviously central to the investigating officer's decision.

(c) Is their utility in setting aside the decision under review and referring it back for redetermination?

[18] Counsel for the respondent urged that, even if, as I have, I find reviewable error in the process leading to the decision under review, I should not set it aside because any new investigation would inevitably arrive at

l'obligation d'équité incombant à pareil agent comme englobant l'obligation de veiller à ce que tous les renseignements sur lesquels il fonde sa décision aient été communiqués au plaignant et au défendeur et à ce que chacun ait eu une possibilité raisonnable d'y répondre. Eu égard aux faits mis à ma disposition, j'estime qu'il est certain que l'agente d'enquête n'a pas satisfait à cette norme minimale d'équité.

[17] Il n'a pas été contesté devant moi qu'au début de la réunion factuelle qui a eu lieu le 24 septembre 2001, les agents de TPSGC ont présenté à l'agente d'enquête des documents qu'ils considéraient comme pertinents et que l'agente d'enquête considérait comme pertinents, lesquels n'ont pas été communiqués au demandeur. En l'absence de communication, le demandeur n'a pas eu la possibilité de répondre. En outre, lors de la réunion factuelle, les agents de TPSGC ont présenté une preuve orale qui contredisait la façon dont le demandeur considérait la position prise par TPSGC à la suite des conversations téléphoniques qu'il avait eues avec des agents de TPSGC, position à laquelle il n'était pas alors prêt à répondre. Comme il en a ci-dessus été fait mention, le demandeur s'est vu refuser la possibilité de faire ajourner l'affaire afin de recueillir une preuve en réponse. Enfin, je dirais encore une fois qu'il n'a pas été contesté devant moi qu'à la suite de la réunion factuelle et avant que l'agente d'enquête ait pris sa décision, il y a eu communication entre l'agente d'enquête et un agent ou des agents de TPSGC de sorte que l'agente d'enquête a obtenu d'autres documents faisant état de la position prise par TPSGC, à savoir que l'agent qui aurait censément offert l'emploi au demandeur ne possédait pas le pouvoir voulu pour autoriser sa nomination. Encore une fois, ces documents n'ont pas été communiqués au demandeur et ce dernier n'a pas eu la possibilité d'y répondre, et ce, même s'il est vrai que cette preuve était de toute évidence essentielle à la décision de l'agente d'enquête.

c) Est-il utile d'annuler la décision ici en cause et de renvoyer l'affaire pour nouvelle décision?

[18] L'avocat du défendeur a soutenu que même si je conclus comme je l'ai fait à l'existence d'une erreur susceptible de révision dans le cadre du processus qui a entraîné la décision ici en cause, je ne devrais pas

the same result. In support of this position, he referred me to *Talwar v. Canada (Minister of Citizenship Immigration)*³ where Madam Justice Layden-Stevenson, wrote at paragraph 4:

The purpose of ensuring that extrinsic evidence is disclosed is to enable an applicant an opportunity to respond. I fail to see how the applicant could have responded to the above-mentioned restriction when he would be powerless to change it. The applicant's counsel was not able to suggest any possible response that might be available to the applicant. Counsel did suggest the possibility that the visa officer could be mistaken. However, this would be a matter appropriately addressed on cross-examination and the visa officer was not cross-examined. In any event, I agree with the respondent that the decision did not rest on this factor. The applicant has advanced no argument to support the position that the decision would have been different had this fact not been considered. Even if there was a breach of procedural fairness, if it had no impact on the decision, the Court will not intervene: *Mobil Oil v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 172 N.R. 308.

[19] I am satisfied that there are reasons both in law and in policy why the foregoing authority should not be followed. First, the applicant, who represented himself before me, does not concede that, if the decision under review is referred back for reconsideration, the result will ultimately be the same. I am satisfied that he is entitled to pursue that position. As to policy, I am satisfied that I have rarely, if ever, seen a more egregious breach of the duty to act fairly than is represented by this matter. I fear that to allow such a breach to go without remedy might well encourage others to disregard the duty to act fairly in circumstances where they might be of the view that the result is pre-ordained. I am not prepared to countenance such a possibility.

CONCLUSION

[20] In the result, based upon the foregoing analysis, this application for judicial review will be allowed. The

annuler la décision parce qu'une nouvelle enquête aboutirait inévitablement au même résultat. À l'appui de cette position, il m'a reporté à la décision *Talwar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³, où M^{me} le juge Layden-Stevenson a dit ce qui suit au paragraphe 4:

La raison d'être de l'obligation de divulguer les éléments de preuve extrinsèques est de s'assurer que le demandeur se voit offrir la possibilité d'y répondre. Or, je ne vois pas comment le demandeur aurait pu répondre à la restriction susmentionnée alors qu'il était impuissant à y changer quoi que ce soit. L'avocat du demandeur n'a pas réussi à suggérer une éventuelle réponse que le demandeur aurait pu formuler. L'avocat du demandeur a évoqué la possibilité que l'agente des visas se soit méprise. Il s'agit cependant là d'une question qu'il conviendrait d'aborder dans le cadre d'un contre-interrogatoire; or, l'agente des visas n'a pas été contre-interrogée. En tout état de cause, je suis d'accord avec le défendeur pour dire que la décision ne repose pas sur ce facteur. Le demandeur n'a avancé aucun argument pour étayer sa thèse que la décision aurait été différente si l'agente des visas n'avait pas fait entrer ce facteur en ligne de compte. Même s'il y a eu manquement à l'équité procédurale, la Cour n'interviendra pas si ce manquement n'a pas eu d'incidence sur la décision (*Mobil Oil c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202 et *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 172 N.R. 308).

[19] À mon avis, il existe en droit et en principe des motifs permettant de ne pas suivre la décision précitée. Premièrement, le demandeur, qui agissait devant moi pour son propre compte, ne concède pas que, si la décision ici en cause est renvoyée pour réexamen, le résultat sera en fin de compte le même. Je suis convaincu que le demandeur a le droit de prendre cette position. Quant à la question de principe, il y a à ma connaissance rarement eu, sinon jamais, une violation aussi flagrante de l'obligation d'agir avec équité que dans ce cas-ci. Je crains que si on n'accordait aucune réparation à l'égard de pareille violation, la chose pourrait bien encourager d'autres agents à ne faire aucun cas de l'obligation d'agir avec équité s'ils estimaient que le résultat est déterminé à l'avance. Je ne suis pas prêt à tolérer pareille possibilité.

CONCLUSION

[20] Par conséquent, compte tenu de l'analyse qui précède, la demande de contrôle judiciaire sera

decision under review will be set aside and the applicant's complaint will be referred back to the Public Service Commission for reinvestigation.

COSTS

[21] I am satisfied that costs should follow the event. That being said, the applicant having represented himself, he is of course not entitled to compensation for the time that he has invested in this matter. An order will go in his favour for costs, fixed in the amount of \$1,500, payable to the applicant by the respondent, such sum representing a reasonable amount in respect of the applicant's out of pocket expenses only.

¹ Applicant's application record, at p. 249, paras. 97 to 99.

² R.S.C., 1985, c. P-33, as amended.

³ 2002 FCT 702; [2002] F.C.J. No. 951(T.D.) (QL).

accueillie. La décision ici en cause sera annulée et la plainte du demandeur sera renvoyée à la Commission de la fonction publique pour nouvelle enquête.

LES DÉPENS

[21] À mon avis, les dépens devraient suivre l'issue de la cause. Ceci dit, le demandeur agissait pour son propre compte et il n'a bien sûr pas le droit d'être indemnisé pour le temps qu'il a consacré à l'affaire. Une ordonnance adjugeant les dépens au demandeur sera rendue, le montant étant fixé à 1 500 \$ et devant être versé à celui-ci par le défendeur, ce montant représentant un montant raisonnable pour les sommes déboursées par le demandeur.

¹ Dossier de la demande du demandeur, à la p. 249, par. 97 à 99.

² L.R.C. (1985), ch. P-33, dans sa forme modifiée.

³ 2002 CFPI 702; [2002] A.C.F. n° 951 (1^{re} inst.) (QL).

T-2216-01
2002 FCT 1089

T-2216-01
2002 CFPI 1089

Herrenknecht Tunnelling Systems USA Inc. and Danzas Inc. doing business as Danzas AEI Intercontinental (previously Danzas (Canada) Ltd.)
(Applicants) (Plaintiffs)

Herrenknecht Tunnelling Systems USA Inc. et Danzas Inc. faisant affaires sous le nom de Danzas AEI Intercontinental (auparavant Danzas (Canada) Ltd.)
(requérantes) (demanderesses)

v.

c.

Canadian Pacific Railway Company, Canadian Pacific Railway Limited and RaiLink Canada Ltd.
(Respondents) (Defendants)

Canadien Pacifique, Canadien Pacifique Limitée et RaiLink Canada Ltd.
(intimées) (défenderesses)

INDEXED AS: HERRENKNECHT TUNNELLING SYSTEMS USA INC. v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: HERRENKNECHT TUNNELLING SYSTEMS USA INC. c. CANADIEN PACIFIQUE (1^{re} INST.)

Trial Division, Gibson J.—Vancouver, September 23; Ottawa, October 21, 2002.

Section de première instance, juge Gibson—Vancouver, 23 septembre; Ottawa, 21 octobre 2002.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Motion for determination Court had jurisdiction to entertain action under Federal Court Act, s. 23, Canada Transportation Act, ss. 113(1), 116(5), Constitution Act, 1867, s. 92 — Application of test for jurisdiction set out in ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al. — Court having jurisdiction to entertain action.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête visant à obtenir une décision selon laquelle la Cour a compétence pour connaître de l'action présentée en vertu de l'art. 23 de la Loi sur la Cour fédérale, des art. 113(1) et 116(5) de la Loi sur les transports au Canada et de l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 — L'application du critère servant à déterminer la compétence est énoncée dans l'arrêt ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre — La Cour a compétence pour connaître de l'action.

This was a motion for a determination that the Federal Court Trial Division had jurisdiction to entertain the action brought by the plaintiffs. The plaintiff Herrenknecht purchased a Robbins Tunnel Boring Machine (TBM) and arranged shipment by rail with the defendant CPR. Pursuant to the contract of shipment, CPR transported the TBM on the Ottawa Valley RaiLink railway line, which includes a branch line from Mattawa, Ontario to Témiscaming, Quebec. En route, the CPR train derailed near Mattawa. The plaintiffs claimed that the TBM was damaged during the derailment. They brought an action pursuant to subsection 116(5) of the *Canada Transportation Act* for breach of the duty imposed on railway companies by paragraph 113(1)(c) of that Act to “without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic.” The main issue herein was whether the Court had jurisdiction to entertain this action.

Il s'agissait d'une requête visant à obtenir une décision selon laquelle la Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour connaître de l'action intentée par les demanderesses. La demanderesse Herrenknecht a acheté une machine à creuser les galeries (MCG) de la société Robbins et a conclu un arrangement avec la défenderesse CP pour l'expédition par chemin de fer. Conformément au contrat d'expédition, le CP a transporté la MCG sur la ligne ferroviaire de la vallée de l'Outaouais, laquelle comporte une ligne secondaire allant de Mattawa (Ontario) à Témiscaming (Québec). Alors qu'il faisait route, le train du CP a déraillé près de Mattawa. Les demanderesses allèguent que la MCG a été endommagée dans ce déraillement. Elles ont intenté une action sur le fondement du paragraphe 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada* pour inexécution de l'obligation, imposée aux compagnies de chemins de fer par l'alinéa 113(1)c) de la Loi, de «recevoir, transporter[r] et livrer ces marchandises sans délai et avec le soin et la diligence voulus». La principale question était de savoir si la Cour avait compétence pour connaître de l'action.

Held, the motion should be allowed.

In *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, the Supreme Court of Canada set out the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court. First, there must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament. Paragraph 23(c) of the *Federal Court Act* vests jurisdiction in the Federal Court, Trial Division, unless such jurisdiction has been otherwise specially assigned, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province. The defendants CPR and RaiLink Canada Ltd. operate trains and carry railway traffic interprovincially. Both are undertakings, if not works, connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province within the meaning of paragraph 23(c) of the *Federal Court Act*. The latter constitutes a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court Trial Division by the federal Parliament. Second, there must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction. Subsections 88(1), (2), (3), 90(1), 113(1) and 116(5) of the *Canada Transportation Act* constitute a body of federal law, essential to the disposition of this action, which nourishes the statutory grant of jurisdiction. The jurisdiction in relation to CPR and RaiLink that would otherwise vest in the Federal Court Trial Division by virtue of paragraph 23(c) of the *Federal Court Act* has not been “otherwise specially assigned” as provided in the opening words of section 23, in a manner that would oust the jurisdiction of this Court by *Canada Transportation Act*, subsection 116(5) which provides a right of “action” against persons aggrieved by any neglect or refusal of a railway company to fulfil its service obligations. Third, the law on which the case is based must be “a Law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*. To constitute “a law of Canada”, there must exist applicable law, and that law must have been validly enacted by Parliament, or validly pursuant to a law validly enacted by Parliament or, if common law, could validly have been enacted by Parliament. *Canada Transportation Act*, subsection 116(5) and paragraph 113(1)(c) and indeed the whole of the Act read as a comprehensive scheme, is “a law of Canada”. The Federal Court Trial Division had jurisdiction to entertain this action against the named defendants under section 23 of the *Federal Court Act*, subsections 113(1) and 116(5) of the *Canada Transportation Act* and head 10(a) in section 92 of the *Constitution Act, 1867*.

Jugement: la requête doit être accueillie.

Dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, la Cour suprême du Canada a établi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale. Premièrement, il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. L'alinéa 23c) de la *Loi sur la Cour fédérale* confère compétence à la Cour fédérale, Section de première instance, sauf attribution spéciale de cette compétence, dans tous les cas de demande de réparation ou d'autre recours exercé sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit en matière d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province. Les défenderesses CP et RaiLink Canada Ltd. exploitent des trains et transportent des marchandises d'une province à l'autre. Elles sont toutes deux des entreprises, sinon des ouvrages, reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province au sens de l'alinéa 23c) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cette disposition constitue une attribution de compétence à la Section de première instance de la Cour fédérale par une loi du Parlement fédéral. Deuxièmement, il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Les paragraphes 88(1), (2), (3), 90(1), 113(1) et 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada* forment un ensemble de règles de droit fédérales, essentiel à la solution de la présente action, qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. La compétence eu égard au CP et à RaiLink, qui serait autrement dévolue à la Section de première instance de la Cour fédérale par l'alinéa 23c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, n'a pas fait l'objet d'une «attribution spéciale de cette compétence» selon les termes introductifs de l'article 23, de façon à écarter sa compétence prévue au paragraphe 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada*, lequel confère un droit d'«action» à quiconque a été lésé par la négligence ou le refus d'une compagnie de chemin de fer de s'acquitter de ses obligations. Troisièmement, la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour constituer une «loi du Canada», il doit exister une loi applicable, et cette loi doit avoir été valablement édictée par le Parlement ou, validement édictée en vertu d'une loi validement édictée par le Parlement, ou s'il s'agit de common law, d'une règle que le Parlement aurait pu valablement édicter. Le paragraphe 116(5) et l'alinéa 113(1)c) de la *Loi sur les transports au Canada*, voire la Loi dans son ensemble, sont incontestablement une «loi du Canada». La Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour connaître de la présente action intentée contre les défenderesses désignées en vertu de l'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*, des paragraphes 113(1) et 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada* et de l'alinéa 10a) de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 87 “railway”, “railway company”, 88(1),(2),(3), 90(1), 113(1), 116(5).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 92, 101.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 23.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 23.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 220.
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 262.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Watt & Scott Inc. v. Chantry Shipping S.A.*, [1988] 1 F.C. 537; (1987), 11 F.T.R. 242 (T.D.); *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] S.C.R. 531; [1930] 3 D.L.R. 704; *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

REFERRED TO:

Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada, [1979] 2 F.C. 575; (1979), 99 D.L.R. (3d) 623 (C.A.); *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.).

MOTION for a determination that the Federal Court Trial Division had jurisdiction to entertain the action under *Canada Transportation Act*, subsection 116(5) for breach of the duty imposed by paragraph 113(1)(c). Motion allowed.

APPEARANCES:

Todd R. Davies and *Matthew Heemskerk* for applicants (plaintiffs).
No one appearing for respondents (defendants).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi de 1982 sur le Canada*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92, 101.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 23.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 23.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 262.
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 87 «chemin de fer», «compagnie de chemin de fer», 88(1),(2),(3), 90(1), 113(1), 116(5).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 220.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Watt & Scott Inc. c. Chantry Shipping S.A.*, [1988] 1 C.F. 537; (1987), 11 F.T.R. 242 (1^{re} inst.); *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] R.C.S. 531; [1930] 3 D.L.R. 704; *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

DÉCISIONS CITÉES:

Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada, [1979] 2 C.F. 575; (1979), 99 D.L.R. (3d) 623 (C.A.); *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 C.F. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.).

REQUÊTE visant à obtenir une décision selon laquelle la Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour connaître de l'action intentée sur le fondement du paragraphe 116(5) *Loi sur les transports au Canada*, pour inexécution de l'obligation qu'impose l'alinéa 113(1)c). Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Todd R. Davies et *Matthew Heemskerk* pour les requérantes (demandereses).
Personne n'a comparu au nom des intimées (défenderesses).

SOLICITORS OF RECORD:

Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver, for applicants/plaintiffs.
Whitelaw Twining, Vancouver, for respondent/defendant RaiLink Canada Ltd.
Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, for respondents/defendants Canadian Pacific Railway Co. and Canadian Pacific Railway Ltd.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

Introduction

[1] By notice of motion filed September 11, 2002, the plaintiffs sought the following reliefs:

1. advice and directions for the further conduct of this Action and an Order that the Federal Court of Canada has jurisdiction;
2. such further and other relief as this Honourable Court may deem just; and
3. an Order that costs be in the cause. [Emphasis added.]

[2] The essence of the relief sought was a determination that this Court has jurisdiction to entertain this action. While not identified as such on the face of the material before the Court, I was satisfied that the motion was, in essence, a motion before trial to request that this Court determine a question of law relevant to this action. Such a motion falls within the ambit of rule 220 of the *Federal Court Rules, 1998*¹ which contemplates a two-stage procedure.

[3] The motion first came on for hearing before me at Vancouver on September 16, 2002. At that time, only counsel for the plaintiffs appeared before me. After hearing representations from counsel for the plaintiffs, I informally ordered that the question of jurisdiction would be determined. I directed counsel for the plaintiffs first, to ensure that the defendants notified the Court in writing of their positions on the motion, and

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver, pour les requérantes/demandereses.
Whitelaw Twining, Vancouver, pour l'intimée/défenderesse RaiLink Canada Ltd.
Fasken Martineau DuMoulin s.r.l., Vancouver, pour les intimées/défenderesses Canadien Pacifique et Canadien Pacifique Ltée.

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

LE JUGE GIBSON:

Introduction

[1] Par avis de requête déposé le 11 septembre 2002, les demandereses ont demandé les réparations suivantes:

[TRADUCTION]

1. des directives concernant le déroulement de la présente action et une ordonnance portant que la Cour fédérale du Canada a compétence;
2. toute autre réparation que cette Cour jugera indiquée;
3. une ordonnance portant que les dépens suivent l'issue de la cause. [Non souligné dans l'original.]

[2] En substance, on cherchait à obtenir une décision portant que la Cour a compétence pour connaître de l'action. Bien que cela ne ressorte pas à la lecture des documents soumis, j'étais convaincu qu'il s'agissait essentiellement d'une requête présentée avant l'instruction pour demander à la Cour de statuer sur un point de droit pertinent dans la présente action. Une telle requête tombe sous le coup de la règle 220 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*¹, laquelle prévoit une procédure en deux étapes.

[3] J'ai entendu la requête à Vancouver le 16 septembre 2002, audience à laquelle seul l'avocat des demandereses a comparu. Après avoir entendu ses observations, j'ai ordonné informellement qu'il soit statué sur la question de la compétence. J'ai donné à l'avocat des demandereses instruction de, premièrement, veiller à ce que les défenderesses avisent la Cour par écrit de leurs positions sur la requête et,

secondly, to extend his written material to address an earlier decision of the Federal Court of Appeal that I considered relevant. Finally, I fixed the time and place for argument of the question as September 23, 2002, at Vancouver.

[4] Counsel for the defendants Canadian Pacific Railway Company and Canadian Pacific Railway Limited (collectively CPR) advised the Court in writing, through counsel for the plaintiffs, that, on behalf of their clients, they took no position on the motion. That being said, they confirmed that they had agreed to the statement of agreed facts on which the plaintiffs based their motion. Counsel for the defendant RaiLink Canada Ltd. advised the Court, once again through counsel for the plaintiffs, that they were in agreement that the jurisdiction question could be determined in their absence. They further advised the Court that, from their review of motion materials put before the Court on behalf of the plaintiffs, including the statement of agreed facts, they were of the view that the Court had sufficient material before it to properly determine the jurisdiction question.

[5] In the result, when consideration of the jurisdiction question was taken up on September 23, 2002, the defendants were not represented before the Court and had filed no written materials, although the statement of agreed facts filed on behalf of the plaintiffs was effectively adopted on behalf of the defendants.

[6] Following the hearing on September 23, 2002, I issued an order in the following terms:

This Court finds that it has jurisdiction to entertain this action against the named Defendants under section 23 of the *Federal Court Act*, subsections 113(1) and 116(5) of the *Canada Transportation Act* and head 10(a) in section 92 of the *Constitution Act, 1867*.

Costs of the motion are in the cause.

Reasons will follow.

Background

[7] The following allegations are derived from the plaintiffs' statement of claim.

deuxièmement, d'ajouter à son dossier un commentaire sur un arrêt précédent de la Cour d'appel fédérale que j'estimais pertinent. Enfin, j'ai fixé les date, heure et lieu du débat au 23 septembre 2002, à Vancouver.

[4] Les avocats des défenderesses Canadien Pacifique et Canadien Pacifique Limitée (collectivement CP) ont avisé la Cour par écrit, par l'entremise de l'avocat des demanderesse, que, au nom de leurs clientes, ils ne prenaient pas position sur la requête. Cela étant dit, ils ont confirmé qu'ils avaient souscrit à l'exposé convenu des faits sur lesquels les demanderesse fondent leur requête. Les avocats de la défenderesse RaiLink Canada Ltd. ont avisé la Cour, toujours par l'entremise de l'avocat des demanderesse, qu'ils consentaient à ce que la question de la compétence soit tranchée en leur absence. Ils ont aussi informé la Cour qu'après examen des documents présentés pour le compte des demanderesse, y compris de l'exposé convenu des faits, ils estimaient que la Cour disposait de suffisamment d'éléments pour trancher comme il convient la question de la compétence.

[5] En conséquence, lorsque, le 23 septembre 2002, j'ai entrepris l'examen de la question de la compétence, les défenderesses n'étaient pas représentées devant la Cour et n'avaient déposé aucun document écrit, bien que l'exposé convenu des faits déposé par les demanderesse ait effectivement été adopté en leur nom.

[6] À la suite de l'audience du 23 septembre 2002, j'ai prononcé l'ordonnance suivante:

[TRADUCTION] La Cour conclut qu'elle a compétence pour connaître de la présente action contre les défenderesses désignées, en vertu de l'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*, des paragraphes 113(1) et 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada* et de l'alinéa 10a) de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les dépens de la requête suivent l'issue de la cause.

Motifs à suivre.

Contexte

[7] Les prétentions suivantes sont tirées de la déclaration des demanderesse.

[8] The plaintiff, Herrenknecht Tunnelling Systems USA, Inc. (Herrenknecht), is a company incorporated under the laws of Washington State in the United States of America with an address for service in Canada in care of its solicitors in this action.

[9] The plaintiff Danzas Inc. doing business as Danzas AEI Intercontinental (formally known as Danzas (Canada) Ltd.) (Danzas), is a company incorporated under the laws of Canada also with an address for service in care of its solicitors in this action.

[10] On or about October 1, 1998, Herrenknecht purchased a Robbins Tunnel Boring Machine (the TBM). Herrenknecht was at all times material to this action the owner of the TBM. Herrenknecht contracted with Danzas to arrange for shipment of the TBM from De Beaujeu, Quebec to Tacoma, Washington, U.S.A. Danzas arranged shipment with CPR.

[11] In its statement of defence, RaiLink Canada Ltd. (RaiLink) indicates it has no knowledge of the allegations regarding the provenance of Herrenknecht and Danzas and their addresses for service or of any contract that might have been made between them regarding shipment of the TBM. It denies that Herrenknecht purchased and was at all material times the owner of the TBM.

[12] In their statement of defence, Canadian Pacific Railway Company and Canadian Pacific Railway Limited deny all of the allegations just recited.

[13] For the purposes of my determination regarding jurisdiction, and therefore for the purposes of these reasons, I will take the recited allegations as being true.

[14] The following statement of agreed facts was before the Court:

1. The Defendant, CPR is a railway company operating in Canada and has been issued a Certificate of Fitness

[8] La demanderesse Herrenknecht Tunnelling Systems USA, Inc. (Herrenknecht), est une société constituée sous le régime des lois de l'État de Washington, aux États-Unis, et dont l'adresse aux fins de signification au Canada est celle de ses procureurs dans la présente action.

[9] La demanderesse Danzas Inc., faisant affaires sous la dénomination Danzas AEI Intercontinental (auparavant connue sous la dénomination de Danzas (Canada) Ltd.) (Danzas), est une société constituée sous le régime des lois du Canada et dont l'adresse aux fins de signification est aussi celle de ses procureurs dans la présente action.

[10] Le ou vers le 1^{er} octobre 1998, Herrenknecht a acheté une machine à creuser les galeries (MCG) de la société Robbins. À toutes époques pertinentes aux fins de la présente action, Herrenknecht était propriétaire de la MCG. Herrenknecht a conclu un contrat avec Danzas pour l'expédition de la MCG de De Beaujeu, au Québec, à Tacoma, Washington, É.-U. Danzas s'est entendue avec le CP pour l'expédition.

[11] Dans sa défense, RaiLink Canada Ltd. (RaiLink) dit n'avoir aucune connaissance des allégations concernant l'origine des sociétés Herrenknecht et Danzas et leurs adresses aux fins de signification ou de tout contrat ayant pu être conclu entre elles en ce qui a trait à l'expédition de la MCG. Elle nie que Herrenknecht ait acheté la MCG et qu'elle en ait été la propriétaire à toutes époques pertinentes.

[12] Dans leur défense, Canadien Pacifique et Canadien Pacifique Limitée nient toutes les allégations susmentionnées.

[13] Pour les fins de ma décision concernant la compétence, et donc pour les fins des présents motifs, je tiens ces allégations pour avérées.

[14] L'exposé convenu des faits suivant a été soumis à la Cour:

[TRADUCTION]

1. La défenderesse CP est une compagnie de chemin de fer exerçant ses activités au Canada et qui est titulaire du

- under section 92 of the *Canada Transportation Act* (the “Act”).
2. The Defendant RaiLink is a railway company operating in Canada and has been issued a Certificate of Fitness under section 92 of the Act. . . .
 3. The Plaintiffs arranged shipment by rail with CPR. Evidence of these contracting arrangements is provided in two bills of lading dated December 17, 1998 and three bills of lading dated December 15, 1998. . . .
 4. Pursuant to the contract of shipment (“Contract”), CPR transported the TBM on the Ottawa Valley RaiLink railway line (the “Ottawa Valley Line”), which includes a branch line from Mattawa, Ontario to Temiscaming, Quebec.
 5. At the time of derailment, the CPR train transporting the TBM was travelling on the Ottawa Valley Line.
 6. On route, the CPR train derailed near Mattawa, Ontario.
 7. The Plaintiffs claim that two railcars which were carrying part of the TBM were involved in the derailment. The Plaintiffs claim that the TBM was damaged during this derailment.
 8. The Ottawa Valley Line is leased and operated by the Defendant RaiLink under a long-term lease from the CPR (the “Lease”). . . .
 9. The Ottawa Valley Line connects Ontario railway lines with Quebec, the Western Canadian Provinces and the United States.
 10. RaiLink operates and maintains the Ottawa Valley Line as set out and required under the Lease and provisions of the Act. [References to exhibits to the statement of agreed facts omitted.]
- certificat d’aptitude visé à l’article 92 de la *Loi sur les transports au Canada* (la Loi).
2. La défenderesse RaiLink est une compagnie de chemin de fer exerçant ses activités au Canada et qui est titulaire du certificat d’aptitude visé à l’article 92 de la Loi [. . .]
 3. Les demanderesse ont conclu un arrangement avec le CP pour l’expédition par chemin de fer, ainsi qu’en font foi deux connaissements datés du 17 décembre 1998 et trois connaissements datés du 15 décembre 1998 [. . .]
 4. Conformément au contrat d’expédition (contrat), le CP a transporté la MCG sur la ligne ferroviaire de la vallée de l’Outaouais (la ligne de la vallée de l’Outaouais), laquelle comporte une ligne secondaire allant de Mattawa (Ontario) à Témiscaming (Québec).
 5. Au moment du déraillement, le train du CP transportant la MCG circulait sur la ligne de la vallée de l’Outaouais.
 6. Alors qu’il faisait route, le train du CP a déraillé près de Mattawa (Ontario).
 7. Les demanderesse allèguent que deux wagons qui transportaient une partie de la MCG ont déraillé, et que la MCG a été endommagée dans ce déraillement.
 8. La ligne de la vallée de l’Outaouais est exploitée par la défenderesse RaiLink en vertu d’un bail à long terme consenti par le CP (le bail) [. . .]
 9. La ligne de la vallée de l’Outaouais relie les lignes ferroviaires de l’Ontario à celles du Québec, des provinces de l’Ouest du Canada et des États-Unis.
 10. RaiLink exploite et maintient la ligne de la vallée de l’Outaouais conformément au bail et aux dispositions de la Loi. [Renvois aux pièces jointes à l’exposé convenu des faits omis.]

[15] Each of the bills of lading indicates the “origin station” to be De Beaujeu and the “destination station” to be Tacoma, Washington, U.S.A.

[15] Chacun des connaissements indique comme «gare d’origine» De Beaujeu et comme «gare de destination» Tacoma (Washington), É.-U.

Statutory Background

[16] The opening words of section 23 of the *Federal Court Act*² and paragraph (c) of that section read as follows:

23. Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as

Contexte législatif

[16] L’introduction de l’article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*² et l’alinéa c) de cet article sont ainsi conçus:

23. Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans tous les

otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects, namely,

...

(c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[17] For the purposes of Part III of the *Canada Transportation Act*,³ section 87 of that Act provides the following definitions:

87. . . .

“railway” means a railway within the legislative authority of Parliament and includes

(a) branches, extensions, sidings, railway bridges, tunnels, stations, depots, wharfs, rolling stock, equipment, stores, or other things connected with the railway, and

(b) communications or signalling systems and related facilities and equipment used for railway purposes;

“railway company” means a person who holds a certificate of fitness under section 92, a partnership of such persons or a person who is mentioned in subsection 90(2);

[18] Subsection 88(1), the opening words of subsection 88(2) and paragraph (b) of that subsection, subsections 88(3) and 90(1), the opening words of subsection 113(1) and paragraph (c) of that subsection and subsection 116(5), all within Part III of the *Canada Transportation Act*, read as follows:

88. (1) This Part applies to all persons, railway companies and railways within the legislative authority of Parliament.

(2) Without limiting the effect of subsection (1), this Part applies to

...

(b) a railway, or a portion of a railway, whether or not constructed under the authority of an Act of Parliament, that is owned, controlled, leased or operated by a person who operates a railway within the legislative authority of Parliament.

cas—opposant notamment des administrés—de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière:

[. . .]

c) d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[17] Pour l’application de la Partie III de la *Loi sur les transports au Canada*³, l’article 87 de cette Loi donne les définitions suivantes:

87. [. . .]

«chemin de fer» Chemin de fer relevant de l’autorité législative du Parlement. Sont également visés:

a) les embranchements et prolongements, les voies de garage et d’évitement, les ponts et tunnels, les gares et stations, les dépôts et quais, le matériel roulant, l’équipement et les fournitures, ainsi que tous les autres biens qui dépendent du chemin de fer;

b) les systèmes de communication ou de signalisation et les installations et équipements connexes qui servent à l’exploitation du chemin de fer.

«compagnie de chemin de fer» La personne titulaire du certificat d’aptitude visé à l’article 92 ou la société formée de telles personnes, ou la personne mentionnée au paragraphe 90(2).

[18] Le paragraphe 88(1), l’introduction du paragraphe 88(2) et l’alinéa b) de ce paragraphe, les paragraphes 88(3) et 90(1), l’introduction du paragraphe 113(1) et l’alinéa c) de ce paragraphe ainsi que le paragraphe 116(5), tous figurant à la Partie III de la *Loi sur les transports au Canada*, disposent:

88. (1) La présente partie s’applique aux personnes, aux compagnies de chemin de fer et aux chemins de fer qui relèvent de l’autorité législative du Parlement.

(2) Elle s’applique également:

[. . .]

b) à tout ou partie du chemin de fer, construit ou non sous le régime d’une loi fédérale, qui est possédé, contrôlé, loué ou exploité par une personne exploitant un chemin de fer relevant de l’autorité législative du Parlement.

(3) A railway or a portion of a railway mentioned in paragraph (2)(b) is declared to be a work for the general advantage of Canada.

...

90. (1) No person shall construct or operate a railway without a certificate of fitness.

...

113. (1) A railway company shall, according to its powers, in respect of a railway owned or operated by it,

...

(c) without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic;

...

116. (1) ...

(5) Every person aggrieved by any neglect or refusal of a company to fulfil its service obligations has, subject to this Act, an action for the neglect or refusal against the company. [Emphasis added.]

[19] The opening words of section 92 of the *Constitution Act, 1867*,⁴ class 10 of that section and paragraph (a) of that class and section 101 read as follows:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

...

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

a. Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province:

...

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

(3) Tout ou partie du chemin de fer visé à l'alinéa (2)b) est déclaré être un ouvrage à l'avantage général du Canada.

[. . .]

90. (1) Nul ne peut construire ou exploiter un chemin de fer sans être titulaire d'un certificat d'aptitude.

[. . .]

113. (1) Chaque compagnie de chemin de fer, dans le cadre de ses attributions, relativement au chemin de fer qui lui appartient ou qu'elle exploite:

[. . .]

c) reçoit, transporte et livre ces marchandises sans délai et avec le soin et la diligence voulus;

[. . .]

116. [. . .]

(5) Quiconque souffre préjudice de la négligence ou du refus d'une compagnie de s'acquitter de ses obligations prévues par les articles 113 ou 114 possède, sous réserve de la présente loi, un droit d'action contre la compagnie. [Je souligne.]

[19] L'introduction de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,⁴ la catégorie 10 de cet article, l'alinéa a) de cette catégorie et l'article 101 disposent:

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

[. . .]

10. Les travaux et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes:—

a. Lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

[. . .]

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Analysis

(1) The Test for Jurisdiction

[20] In *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*,⁵ Mr. Justice McIntyre wrote for the majority, at page 766:

The general extent of the jurisdiction of the Federal Court has been the subject of much judicial consideration in recent years. In *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, . . . and in *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, . . . the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were established. They are:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. [Citations omitted.]

While *ITO—International Terminal Operators Ltd.* involved consideration of the extent of Canadian maritime law, I am satisfied that the foregoing statement applies equally to the facts of this matter.

[21] This test was more recently affirmed by the Supreme Court of Canada where, in the context of an administrative law issue and after reciting the foregoing test, Mr. Justice Bastarache, for the majority, at paragraphs 34 and 35 of his reasons in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*⁶ stated:

These are the historical and constitutional factors which led to the development of the notion of inherent jurisdiction in provincial superior courts, which to a certain extent has been compared and contrasted to the more limited statutory jurisdiction of the Federal Court of Canada. But in my view, there is nothing in this articulation of the essentially remedial concept of inherent jurisdiction which in any way can be used to justify a narrow, rather than a fair and liberal, interpretation of federal statutes granting jurisdiction to the Federal Court. The legitimate proposition that the institutional and constitutional position of provincial superior courts warrants the grant to them of a residual jurisdiction over all federal matters where there is a “gap” in statutory grants of

Analyse

1) Le critère servant à déterminer la compétence

[20] Dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*⁵, le juge McIntyre a écrit ceci au nom des juges majoritaires, à la page 766:

L'étendue générale de la compétence de la Cour fédérale a été examinée à maintes reprises par les tribunaux ces dernières années. Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée* [. . .] et dans l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. v. La Reine*, [. . .] on a établi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale. Ces conditions sont les suivantes:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Renvois omis.]

L'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd.* examinait l'étendue du droit maritime canadien, mais j'estime que cet énoncé s'applique également aux faits de la présente espèce.

[21] Ce critère a été récemment confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*⁶, qui mettait en cause une question de droit administratif. Après avoir rappelé le critère susmentionné, le juge Bastarache, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a dit ceci aux paragraphes 34 et 35 de ses motifs:

Ce sont ces facteurs historiques et constitutionnels qui ont entraîné l'élaboration de la notion de compétence inhérente des cours supérieures des provinces, qui a, dans une certaine mesure, été comparée et opposée à la compétence d'origine législative plus limitée de la Cour fédérale du Canada. Toutefois, je suis d'avis que rien dans cet exposé de la notion essentiellement réparatrice de compétence inhérente ne peut être invoqué pour justifier une interprétation étroite, plutôt qu'une interprétation juste et libérale, des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour fédérale. La proposition légitime—selon laquelle la situation institutionnelle et constitutionnelle des cours supérieures provinciales justifie de leur reconnaître une compétence résiduelle sur toute matière

jurisdiction, is entirely different from the proposition that federal statutes should be read to find “gaps” unless the words of the statute explicitly close them. The doctrine of inherent jurisdiction raises no valid reasons, constitutional or otherwise, for jealously protecting the jurisdiction of provincial superior courts as against the Federal Court of Canada.

In my view, the doctrine of inherent jurisdiction operates to ensure that, having once analysed the various statutory grants of jurisdiction, there will always be a court which has the power to vindicate a legal right independent of any statutory grant. The court which benefits from the inherent jurisdiction is the court of general jurisdiction, namely, the provincial superior court. The doctrine does not operate to narrowly confine a statutory grant of jurisdiction; indeed, it says nothing about the proper interpretation of such a grant. As noted by McLachlin J. in *Brotherhood*, . . . it is a “residual jurisdiction”. In a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court. [Citation omitted.]

[22] Further, I am satisfied that it is beyond doubt that this Court may apply provincial laws incidentally necessary to resolve issues presented before the Court in a matter which is within this Court’s jurisdiction.⁷

[23] I turn then to the three-part test for jurisdiction in this Court.

(2) A Statutory Grant of Jurisdiction to this Court by the Federal Parliament

[24] Paragraph 23(c) of the *Federal Court Act*, quoted above, vests jurisdiction in the Trial Division of this Court, unless such jurisdiction has been otherwise specially assigned, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[25] I take judicial notice of the fact that CPR operates trains and carries railway traffic interprovincially. Similarly, RaiLink maintains and

fédérale en cas de «lacune» dans l’attribution législative des compétences — est entièrement différente de l’argument selon lequel il faut conclure à l’existence d’une «lacune» dans une loi fédérale à moins que le texte de cette loi ne comble explicitement la lacune en question. La théorie de la compétence inhérente ne fait ressortir aucun motif valable, d’ordre constitutionnel ou autre, justifiant de protéger jalousement la compétence des cours supérieures des provinces contre la Cour fédérale du Canada.

À mon avis, la théorie de la compétence inhérente a pour effet de garantir que, une fois analysées les diverses attributions législatives de compétence, il y aura toujours un tribunal habilité à statuer sur un droit, indépendamment de toute attribution législative de compétence. Le tribunal qui jouit de cette compétence inhérente est la juridiction de droit commun, c’est-à-dire la cour supérieure de la province. Cette théorie n’a pas pour effet de limiter restrictivement une attribution législative de compétence; de fait, elle ne prévoit rien quant à la façon dont une telle attribution doit être interprétée. Comme l’a souligné le juge McLachlin dans l’arrêt *Fraternité* . . . , il s’agit d’une «compétence résiduelle». Dans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d’interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale. [Renvois omis.]

[22] De plus, je suis convaincu que la présente Cour peut incontestablement appliquer les lois provinciales accessoirement nécessaires à la solution des questions qui lui sont soumises dans un domaine relevant de sa compétence⁷.

[23] J’en viens maintenant au critère en trois volets servant à établir la compétence de la Cour.

2) Une attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral

[24] L’alinéa 23c), précité, de la *Loi sur la Cour fédérale* confère compétence à la Section de première instance de la Cour, sauf attribution spéciale de cette compétence, dans tous les cas de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[25] Je prends acte du fait que le CP exploite des trains et transporte des marchandises d’une province à l’autre. De même, RaiLink maintient et exploite une

operates a line of railway connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province. As acknowledged in the statement of agreed facts before me, both CPR and RaiLink are “railway companies” within the meaning of the *Canada Transportation Act* and, as also acknowledged in the statement of agreed facts, they have both been issued certificates of fitness under section 92 of that Act. In the result, I am satisfied both are undertakings, if not works, connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province within the meaning of paragraph 23(c) of the *Federal Court Act*.

[26] On the facts before me, I am satisfied that paragraph 23(c) of the *Federal Court Act* constitutes a statutory grant of jurisdiction to this Court by the federal Parliament.

(3) An Existing Body of Federal Law Which is Essential to the Disposition of the Case and Which Nourishes the Statutory Grant of Jurisdiction

[27] In *Watt & Scott Inc. v. Chantry Shipping S.A.*,⁸ an action in negligence against a railway company flowing from infection of a cargo of nuts during shipment, Justice Joyal found that this Court had jurisdiction to hear the negligence action pursuant to the predecessor of section 23 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] because the railway company there at issue was a federal work or undertaking connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province. He concluded at page 552:

The claim before me, however, is clearly founded on a breach of the duty of care imposed on a railway company under paragraph 262(1)(c) [of the *Railway Act*].

Paragraph 262(1)(c) of the *Railway Act* [R.S.C. 1970, c. R-2] was identical to paragraph 113(1)(c) of the *Canada Transportation Act*.

[28] I am satisfied that the provisions of the *Canada Transportation Act* quoted earlier in these reasons constitute a body of federal law, essential to the disposition of this action, which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

ligne ferroviaire reliant une province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province. Ainsi qu'il appert de l'exposé convenu des faits, le CP et RaiLink sont toutes deux des «compagnies de chemin de fer» au sens de la *Loi sur les transports au Canada* et, ainsi qu'il appert encore de l'exposé convenu des faits, elles sont toutes deux titulaires de certificats d'aptitude visés à l'article 92 de cette Loi. En conséquence, j'estime qu'elles sont toutes deux des entreprises, sinon des ouvrages, reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province au sens de l'alinéa 23c) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[26] Vu les faits qui me sont soumis, j'estime que l'alinéa 23c) de la *Loi sur la Cour fédérale* constitue une attribution de compétence à la présente Cour par une loi du Parlement fédéral.

3) Un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence

[27] Dans l'arrêt *Watt & Scott Inc. c. Chantry Shipping S.A.*,⁸ qui portait sur une action en négligence intentée contre une compagnie ferroviaire en raison de la contamination d'une cargaison de noix pendant l'expédition, le juge Joyal a estimé que la Cour avait compétence pour connaître de l'action en vertu de l'ancien article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10] parce que la compagnie ferroviaire en cause était une entreprise fédérale reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province. Il a conclu à la page 552:

Toutefois, la réclamation dont je suis saisi repose manifestement sur l'inexécution de l'obligation de soin imposée à une compagnie ferroviaire par l'alinéa 262(1)c) [de la *Loi sur les chemins de fer*].

L'alinéa 262(1)c) de la *Loi sur les chemins de fer* [S.R.C. 1970, ch. R-2] était identique à l'alinéa 113(1)c) de la *Loi sur les transports au Canada*.

[28] J'estime que les dispositions précitées de la *Loi sur les transports au Canada* forment un ensemble de règles de droit fédérales, essentiel à la solution de la présente action, qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

[29] The question still remains however, has the jurisdiction in relation to CPR and RaiLink that would otherwise vest in this Court by virtue of paragraph 23(c) of the *Federal Court Act* been “otherwise specially assigned” as provided in the opening words of section 23, in a manner that would oust the jurisdiction of this Court? I am satisfied that such jurisdiction has not been “otherwise specially assigned”.

[30] Once again in *Watt & Scott Inc. v. Chantry Shipping S.A.*, *supra*, Justice Joyal addressed this question by reference to provisions of the *Railway Act*,⁹ a predecessor to the *Canada Transportation Act*. The *Railway Act*, like subsection 116(5) of the *Canada Transportation Act*, earlier quoted, provided a right of “action” against persons aggrieved by any neglect or refusal of a railway company to fulfil its service obligations. Like the *Canada Transportation Act*, the *Railway Act* also vested certain specific responsibilities in the Canadian Transport Commission, the predecessor to the Canadian Transportation Agency. Justice Joyal wrote at page 550 in his reasons in *Watt & Scott Inc.*, *supra*:

Of further relevance is subsection 262(7) [the predecessor to subsection 116(5) of the *Canada Transportation Act*] where a right of action is conferred on any person aggrieved by any neglect or refusal of the company to comply with the requirements of section 262 from which action the company is not relieved by any notice, condition or declaration if the damage arises from any negligence or omission of the company or of its servant. I cannot think of a statutory right of action more clearly expressed.

Much might be made of the other provisions of section 262 where a prior determination by the Canadian Transport Commission might be required before an action in damages might be claimed. I would refer specifically to the Commission’s authority under subsections 262(3), (5), (6) and (8) with respect to accommodation, to facilities, to the ordering of specific works or to imposing charges for demurrage. None of these, in my view, limits the scope of the right of action conferred for want of due care in receiving, carrying and delivering traffic as provided in paragraph 262(1)(c) of the statute.

[29] La question demeure toutefois: la compétence eu égard au CP et à RaiLink, qui serait autrement dévolue à la présente Cour par l’alinéa 23c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, a-t-elle fait l’objet d’une «attribution spéciale de cette compétence» selon les termes introductifs de l’article 23, de façon à écarter sa compétence? Je suis persuadé que cette compétence n’a pas ainsi fait l’objet d’une «attribution spéciale».

[30] Toujours dans l’arrêt *Watt & Scott Inc. c. Chantry Shipping S.A.*, précité, le juge Joyal a examiné cette question au regard de la *Loi sur les chemins de fer*⁹, l’ancêtre de la *Loi sur les transports au Canada*. La *Loi sur les chemins de fer*, tout comme le paragraphe 116(5), précité, de la *Loi sur les transports au Canada*, conférait un droit d’«action» à quiconque avait été lésé par la négligence ou le refus d’une compagnie de chemin de fer de s’acquitter de ses obligations. Comme la *Loi sur les transports au Canada*, la *Loi sur les chemins de fer* conférait également certaines responsabilités spécifiques à la Commission canadienne des transports, l’ancêtre de l’Office des transports du Canada. Le juge Joyal a écrit ceci à la page 550 de ses motifs dans l’arrêt *Watt & Scott Inc.*, précité:

Il faut également reconnaître l’importance du paragraphe 262(7) [l’ancêtre du paragraphe 116(5) of the *Loi sur les transports au Canada*] qui confère un droit d’action à quiconque a été lésé par la négligence ou le refus de la compagnie de se conformer aux exigences de l’article 262 et qui prévoit que la compagnie ne peut se mettre à l’abri de cette action en invoquant un avis, une condition ou une déclaration si le dommage résulte d’une négligence ou d’une omission de la compagnie ou de ses employés. Je ne peux imaginer un droit d’action conféré par la loi qui soit énoncé d’une façon aussi claire.

On pourrait aussi accorder beaucoup d’importance aux autres dispositions de l’article 262 suivant lesquelles il peut être nécessaire d’obtenir une décision préalable de la Commission canadienne des transports avant d’intenter une action en dommages-intérêts. Je renvoie expressément au pouvoir conféré à la Commission par les paragraphes 262(3), (5), (6) et (8) en ce qui a trait aux installations et aux commodités et qui lui permet d’ordonner l’exécution de travaux précis ou le paiement de surestaries. Aucune de ces dispositions ne limite à mon avis le droit d’action conféré par l’alinéa 262(1)c) par suite du manque de soin au cours de la réception, du transport et de la livraison des marchandises et effets.

[31] Based on the foregoing, Justice Joyal concluded at page 553:

I conclude therefore that the Federal Court has jurisdiction to entertain a claim against Burlington Northern under section 262 of the *Railway Act* and that the limitation clause in the concluding words of section 23 of the *Federal Court Act* is no bar to the Court proceeding with it.

The closing words to which Justice Joyal refers are “except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned”, words carried forward into the current version of section 23 of the *Federal Court Act*.

[32] I reach precisely the same conclusion in relation to the responsibilities of the Canadian Transportation Agency by contrast with the right of action conferred by subsection 116(5) of the *Canada Transportation Act* where a railway company is alleged to be in default of its obligations under subsection 113(1)(c) of that Act to “without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic [offered for carriage on the railway]”.

[33] Justice Joyal considered and distinguished an earlier decision of the Federal Court of Appeal in *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*¹⁰ Justice Joyal’s analysis in distinguishing *Kiist* is reflected in the following paragraphs from his reasons at page 552:

The case before *Le Dain J.* was under paragraph 262(1)(a) where the duty on a railway company is to furnish adequate and suitable accommodation “for the receiving and loading of all traffic offered for carriage upon the railway”. After reviewing extensive case law as to public policy considerations and which a regulatory body must apply in these standards of duty, considerations which a Court would be loath to enter into, he concluded . . . as follows:

For these reasons I am of the opinion that the determination of whether the respondent railway furnished adequate and suitable accommodation for the carriage of grain for the Board during the crop years 1977-1978 and 1978-1979 has been specially assigned to the Commission, and that in the absence of such a determination by the Commission the Federal Court is

[31] Compte tenu de ce qui précède, le juge Joyal a conclu à la page 553:

Je conclus par conséquent que la Cour fédérale a compétence pour connaître d’une action intentée contre Burlington Northern sur le fondement de l’article 262 de la *Loi sur les chemins de fer* et que la clause restrictive figurant à la fin de l’article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* n’empêche pas la Cour de statuer sur ladite action.

Les termes auxquels le juge Joyal renvoie sont «sauf dans la mesure où cette compétence a par ailleurs fait l’objet d’une attribution spéciale», termes repris dans l’actuelle version de l’article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[32] C’est précisément à cette conclusion que j’arrive relativement aux responsabilités de l’Office canadien des transports, eu égard au droit d’action conféré par le paragraphe 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada*, dans les cas où l’on allègue qu’une compagnie de chemin de fer a contrevenu aux obligations qui lui incombent en vertu de l’alinéa 113(1)c) de cette Loi, à savoir qu’elle «reçoit, transporte et livre [les] marchandises [qui lui sont présentées pour être transportées sur son chemin de fer] sans délai et avec le soin et la diligence voulus.»

[33] Le juge Joyal a établi une distinction d’avec un arrêt antérieur de la Cour d’appel fédérale, *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*¹⁰, en faisant l’analyse suivante à la page 552 de ses motifs:

L’affaire soumise au juge *Le Dain* reposait sur l’alinéa 262(1)a) qui prévoit qu’une compagnie ferroviaire est tenue de fournir des installations suffisantes et convenables «pour la réception et le chargement des marchandises et effets présentés à la compagnie pour être transportés sur son chemin de fer». Après avoir analysé de nombreux précédents relatifs aux considérations de politique qu’un organisme administratif doit appliquer quant aux normes des obligations, considérations qu’une cour hésiterait grandement à examiner, il a conclu [. . .]:

Par ces motifs, j’estime que la Commission s’est vue spécialement attribuer la compétence pour déterminer si les compagnies ferroviaires intimées ont fourni des installations suffisantes et convenables en vue du transport du grain pour la Commission canadienne du blé pendant les campagnes agricoles de 1977-1978 et 1978-1979, et qu’en l’absence d’une décision sur ce point de la part de

without jurisdiction to entertain the appellants' claim for damages.

The claim before me, however, is clearly founded on a breach of the duty of care imposed on a railway company under paragraph 262(1)(c) and my prior analysis or interpretation of the whole of section 262 has led me to conclude that it is not the kind of duty which faced the Federal Court of Appeal and where the jurisdiction of the Federal Court under section 23 of its statute would be suspended if not ousted.

[34] Once again, I am satisfied that precisely the same might be said here in contrasting the duties of a railway company under paragraph 113(1)(a) of the *Canada Transportation Act*, the successor to paragraph 262(1)(a) of the *Railway Act*, and those under paragraph 113(1)(c) of the *Canada Transportation Act*, the successor to paragraph 262(1)(c) of the *Railway Act*.

(4) The Law on which the Case is Based Must Be “a Law of Canada” as the Phrase is Used in Section 101 of the Constitution Act, 1867

[35] Section 101 of the *Constitution Act, 1867*, is quoted earlier in these reasons.

[36] By reference to the words “additional Courts” in section 101 of what is now the *Constitution Act, 1867*, in *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*,¹¹ Chief Justice Anglin, for the majority, wrote at page 534:

It is to be observed that the “additional courts”, which Parliament is hereby authorized to establish, are courts “for the better administration of the laws of Canada.” In the collocation in which they are found, and having regard to the other provisions of the *British North America Act*, the words, “the laws of Canada,” must signify laws enacted by the Dominion Parliament and within its competence.

This position was affirmed in *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*¹² where Chief Justice Laskin, for the Court, wrote at pages 1065-1066:

It is also well to note that s. 101 does not speak of the establishment of Courts in respect of matters within federal

la Commission, la Cour fédérale est incompétente pour connaître de l'action en dommages-intérêts des appelants.

Toutefois, la réclamation dont je suis saisi repose manifestement sur l'inexécution de l'obligation de soin imposée à une compagnie ferroviaire par l'alinéa 262(1)c), et après avoir analysé ou interprété l'ensemble de l'article 262, je conclus qu'il ne s'agit pas du genre d'obligation dont avait été saisie la Cour d'appel fédérale ni d'un cas où la compétence conférée à la Cour fédérale par l'article 23 de sa loi constitutive serait suspendue sinon écartée.

[34] Encore là, j'estime qu'on peut faire précisément la même analyse en comparant les obligations d'une compagnie de chemin de fer sous le régime de l'alinéa 113(1)a) de la *Loi sur les transports au Canada*, qui a remplacé l'alinéa 262(1)a) de la *Loi sur les chemins de fer*, et les obligations qui lui incombent en vertu de l'alinéa 113(1)c) de la *Loi sur les transports au Canada*, qui a remplacé l'alinéa 262(1)c) de la *Loi sur les chemins de fer*.

4) La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867

[35] L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est cité précédemment.

[36] Dans l'arrêt *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*¹¹, le juge en chef Anglin a, à la page 534, écrit ceci au nom de la majorité de la Cour, en renvoyant à l'expression «autres tribunaux» figurant à l'article 101 de ce qui est maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*:

[TRADUCTION] Notons que les «autres tribunaux» que le Parlement est autorisé à établir en vertu de l'art. 101 sont des tribunaux «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Compte tenu du contexte et des autres dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, l'expression «lois du Canada» doit viser les lois adoptées par le Parlement fédéral et qui sont de son ressort.

Cette position a été confirmée dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadian Pacific Ltée et autre*¹² où le juge en chef Laskin, au nom de la Cour, a écrit ce qui suit aux pages 1065 et 1066:

Il convient également de souligner que l'art. 101 ne traite pas de la création des tribunaux pour connaître des sujets

legislative competence but of Courts “for the better administration of the laws of Canada”. The word “administration” is as telling as the plural words [*sic*] “laws”, and they carry, in my opinion, the requirement that there be applicable and existing federal law, whether under statute or regulation or common law, as in the case of the Crown, upon which the jurisdiction of the Federal Court can be exercised.

Against the foregoing authorities, I am satisfied that, to constitute “a law of Canada” as that phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*, there must exist applicable law, and that law must have been validly enacted by Parliament, or validly pursuant to a law validly enacted by Parliament, or, if common law, could validly have been enacted by Parliament.

[37] This action is brought pursuant to subsection 116(5) of the *Canada Transportation Act* for breach of the duty imposed on railway companies by paragraph 113(1)(c) of that Act. I am satisfied that it is beyond question that each of those provisions, and indeed the whole of the *Canada Transportation Act* read as a comprehensive scheme is, “a law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Conclusion

[38] Based upon the foregoing brief analysis, I determined that this Court has jurisdiction to entertain this action against the named defendants under section 23 of the *Federal Court Act*, subsections 113(1) and 116(5) of the *Canada Transportation Act* and head 10(a) in section 92 of the *Constitution Act, 1867*. As noted earlier in these reasons, an order to that effect issued on September 23, 2002, following the hearing of the motion giving rise to these reasons.

relevant de la compétence législative fédérale, mais «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Le terme «exécution» est aussi significatif que le mot pluriel «lois». À mon avis, ils supposent tous deux l’existence d’une législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*, comme dans le cas de la Couronne, sur lesquels la Cour fédérale peut fonder sa compétence.

À la lumière de ces précédents, j’estime que, pour constituer «une loi du Canada» au sens où cette expression est utilisée à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il doit exister une loi applicable, et cette loi doit avoir été valablement édictée par le Parlement, ou valablement édictée en vertu d’une loi valablement édictée par le Parlement ou, s’il agit de *common law*, d’une règle que le Parlement aurait pu valablement édicter.

[37] La présente action est intentée sur le fondement du paragraphe 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada* pour inexécution de l’obligation qu’impose aux compagnies de chemin de fer l’alinéa 113(1)c) de la Loi. J’estime que chacune de ces dispositions, voire la *Loi sur les transports au Canada* dans son ensemble, est incontestablement «une loi du Canada» au sens où cette expression est utilisée à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Conclusion

[38] Me fondant sur la brève analyse qui précède, j’ai décidé que la présente Cour a compétence pour connaître de la présente action intentée contre les défenderesses désignées, en vertu de l’article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*, des paragraphes 113(1) et 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada* et de l’alinéa 10a) de l’article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi que je l’ai indiqué précédemment, j’ai prononcé une ordonnance à cet effet le 23 septembre 2002, au terme de l’audition de la requête ayant donné lieu aux présents motifs.

¹ SOR/98-106.

² R.S.C., 1985, c. F-7.

³ S.C. 1996, c. 10.

⁴ 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

¹ DORS/98-106.

² L.R.C. (1985), ch. F-7.

³ L.C. 1996, ch. 10.

⁴ 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]].

- ⁵ [1986] 1 S.C.R. 752.
- ⁶ [1998] 1 S.C.R. 626.
- ⁷ See: *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), at p. 580.
- ⁸ [1988] 1 F.C. 537 (T.D.).
- ⁹ R.S.C. 1970, c. R-2.
- ¹⁰ [1982] 1 F.C. 361 (C.A.).
- ¹¹ [1930] S.C.R. 531.
- ¹² [1977] 2 S.C.R. 1054.
- ⁵ [1986] 1 R.C.S. 752.
- ⁶ [1998] 1 R.C.S. 626.
- ⁷ Voir: *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), à la p. 580.
- ⁸ [1988] 1 C.F. 537 (1^{re} inst.).
- ⁹ S.R.C. 1970, ch. R-2.
- ¹⁰ [1982] 1 C.F. 361 (C.A.).
- ¹¹ [1930] R.C.S. 531.
- ¹² [1977] 2 R.C.S. 1054.

A-85-01
2002 FCA 417

A-85-01
2002 CAF 417

Consorzio del Prosciutto di Parma (*Appellant*)

v.

Maple Leaf Meats Inc. (*Respondent*)

INDEXED AS: CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA v. MAPLE LEAF MEATS INC. (C.A.)

Court of Appeal, Décary, Rothstein and Nadon JJ.A.—
Ottawa, October 28, 2002.

Practice — Costs — Motion for increased costs under Federal Court Rules, 1998, r. 403 — Application of r. 403 in context of Court of Appeal judgment — Numerous issues raised on appeal involving complex facts, expert evidence (Décary J.A. dissenting) in part — Amount of work required of respondent's counsel justifying increased costs — Increased costs so awarded party-and-party costs.

This was a motion for increased costs under rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998* whereby the respondent asked the Court to award a lump sum of \$40,000 party-and-party costs. McKeown J. dismissed the application under section 57 of the *Trade-Marks Act* to expunge from the Register of Trade-Marks the respondent's mark "Parma" and asked the parties to make written submissions should they not agree on costs. The appellant filed a notice of appeal with respect to that order. Subsequently McKeown J. awarded the "costs to the Respondent (Maple Leaf) on a party and party basis, to be assessed at the high end of Column 3". The appellant filed a second notice of appeal. The first appeal was dismissed with costs and the second was dismissed without costs. The respondent made the within motion in the first appeal, alleging that the appeal had raised complex questions of fact and, in particular, complex matters relevant to survey evidence. The appellant asked that the motion be dismissed with costs.

Held (Décary J.A. dissenting in part), the motion should be allowed to the extent that the respondent should be awarded party-and-party costs of \$25,000.

Per Rothstein J.A. (Nadon J.A. concurring): A motion under rule 403 must be considered a statutorily sanctioned

Consorzio del Prosciutto di Parma (*appelante*)

c.

Maple Leaf Meats Inc. (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA c. MAPLE LEAF MEATS INC. (C.A.)

Cour d'appel, juges Décary, Rothstein et Nadon, J.C.A.—
Ottawa, 28 octobre 2002.

Pratique — Frais et dépens — Requête demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des Règles de la Cour fédérale (1998) — Application de la règle 403 dans le contexte du jugement de la Cour d'appel — Nombreuses questions soulevées en appel comportant des faits complexes, des témoignages d'experts (juge Décary, J.C.A., dissident en partie) — La quantité de travail nécessaire de la part des avocats de l'intimée justifiait l'octroi de dépens supplémentaires — Dépens supplémentaires accordés sur la base des dépens partie-partie.

Il s'agit d'une requête demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale, 1998*, par laquelle l'intimée a demandé à la Cour de lui adjuger des dépens partie-partie au montant de 40 000 \$. Le juge McKeown avait rejeté la demande présentée en vertu de l'article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* pour faire radier du registre des marques de commerce la marque «Parma» de l'intimée et avait demandé aux parties de déposer des observations écrites si elles ne s'entendaient pas sur les dépens. L'appelante a déposé un avis d'appel à l'égard de cette ordonnance. Par la suite, le juge McKeown a adjugé les «dépens à l'intimée (Maple Leaf) sur une base de frais entre parties, devant être taxés selon la valeur la plus élevée de la colonne 3». L'appelante a déposé un second avis d'appel. Le premier appel a été rejeté avec dépens et le second a été rejeté sans dépens. L'intimée a déposé la présente requête liée au premier appel, soutenant que l'appel avait soulevé des questions de fait complexes et, en particulier, des affaires complexes se rapportant à la preuve par sondage. L'appelante a demandé le rejet de la requête avec dépens.

Arrêt (le juge Décary, J.C.A. dissident en partie), la requête est accueillie dans la mesure où l'intimée a droit à des dépens partie-partie au montant de 25 000 \$.

Le juge Rothstein, J.C.A. (avec l'accord du juge Nadon J.C.A.): Une requête déposée en vertu de la règle 403 doit être

procedure for the amendment or variation of a judgment. In that context, the panel of the Appeal Division who decided the matter should decide a motion under rule 403, unless it is impracticable or impossible, in which case the Chief Justice may designate another judge or panel to decide the matter. A motion under rule 403 is for directions to an assessment officer. Nothing in rule 403 precludes the panel of the Appeal Division from making a lump-sum award of costs and directing the assessment officer to assess costs on that basis.

The respondent should be awarded increased costs. Where, as here, numerous issues are raised on appeal involving complex facts and expert evidence, the amount of work required of respondent's counsel justified increased costs. Such costs are party-and-party costs. They do not indemnify the successful party for its solicitor-client costs and they are not intended to punish the unsuccessful party for inappropriate conduct. An award of party-and-party costs is not an exact science. It is only an estimate of the amount the Court considers appropriate as a contribution towards the successful party's solicitor-client costs, not rigid adherence to column III of the table to Tariff B which is, itself, arbitrary. The first principle in the adjudication of costs is that the Court has "full discretionary power" as to the amount of costs. Column III of Tariff B is a default provision. Only when the Court does not make a specific order otherwise will costs be assessed in accordance with column III of Tariff B. The Court, therefore, does have discretion to depart from the Tariff, especially where it considers an award of costs according to the Tariff to be unsatisfactory. The award of costs is a matter of judgment as to what is appropriate and not an accounting exercise. The respondent was awarded party-and-party costs of \$25,000, inclusive of fees, disbursements and GST and the costs of this motion.

Per Décaré J.A. (dissenting in part): Any motion under rule 403 for directions to be given to the assessment officer that purports to modify the basis for assessment and/or the applicable column is a motion seeking to vary the order of the Court. Since the "directions" would modify the order of the Court, they must be given by the same panel that made the original order. Rule 403(3) is intended for the Trial Division. It should not be interpreted in the context of Court of Appeal judgment so as to confer jurisdiction on the judge "who signed the judgment", rather than the full panel. Any variation of the award of costs is a variation of the judgment and a single judge has no jurisdiction to vary a judgment of the Court. The

considérée comme une procédure sanctionnée par la loi en vue de la modification d'un jugement. Dans ce contexte, la formation de la Section d'appel qui a tranché la question doit décider de la requête présentée en vertu de la règle 403, à moins que cela ne soit impraticable ou impossible, auquel cas, le juge en chef peut désigner un autre juge ou une autre formation pour trancher la question. Une requête présentée en vertu de la règle 403 demande que des directives soient données à l'officier taxateur. Rien dans cette règle n'empêche la formation de la Section d'appel d'adjudger des dépens sous forme de montant forfaitaire et d'ordonner à l'officier taxateur de taxer les dépens sur cette base.

L'intimée doit se voir adjudger des dépens supplémentaires. Lorsque, comme en l'espèce, de nombreuses questions sont soulevées en appel et qu'elles comportent des faits complexes ainsi que des témoignages d'expert, la quantité de travail requis de la part des avocats de l'intimée justifiait une augmentation des dépens. Lesdits dépens sont des dépens partie-partie. Ils ne dédommagent pas la partie qui a obtenu gain de cause de ses dépens avocat-client et ils ne visent pas à punir la partie déboutée pour son comportement non approprié. Une adjudication de dépens partie-partie ne constitue pas un exercice exact. Il ne s'agit que d'une estimation du montant que la Cour juge approprié à titre de contribution aux dépens avocat-client de la partie qui a obtenu gain de cause et non d'une stricte observation de la colonne III du tableau du tarif B qui est, en lui-même, arbitraire. Selon le principe premier de l'adjudication des dépens, la Cour a «entière discrétion» quant au montant des dépens. La colonne III du tarif B représente une disposition applicable par défaut. Ce n'est que lorsque la Cour ne rend pas une ordonnance précise que les dépens seront taxés conformément à la colonne III du tarif B. Par conséquent, la Cour peut, à sa discrétion, ne pas tenir compte du tarif, particulièrement lorsqu'elle est d'avis qu'une adjudication des dépens conformément au tarif n'est pas satisfaisante. L'adjudication des dépens est une question de jugement en ce qui concerne les éléments appropriés, et non un exercice comptable. L'intimée a droit à des dépens partie-partie de 25 000 \$, y compris les frais, les débours, la TPS et les dépens de la présente requête.

Le juge Décaré, J.C.A. (dissent en partie): Toute requête présentée en vertu de la règle 403, demandant que des directives soient données à l'officier taxateur, et qui est réputée modifier le fondement de la taxation ou de la colonne applicable, est une requête qui vise la modification de l'ordonnance rendue par la Cour. Comme les «directives» modifieraient l'ordonnance de la Cour, elles doivent être données par la même formation qui a rendu l'ordonnance initiale. Le paragraphe 403(3) des Règles concerne la Section de première instance. Il ne devrait pas être interprété, dans le contexte d'un jugement rendu par la Cour d'appel, de façon à donner compétence au juge «qui a signé le jugement» plutôt qu'à

Rules must be interpreted in context. Where they fail to distinguish between the Trial Division and the Court of Appeal, any literal interpretation which leads to a fundamental misunderstanding of the appeal process should be avoided. It does not appear from its minutes that the attention of the Rules Committee was drawn to the issue of quorum.

The Supreme Court of Canada has made it clear that awarding costs on a solicitor-and-client basis (which are the costs actually incurred by a litigant) remains exceptional and is generally associated with reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties. The factors listed in subsection 400(3) were largely inapplicable. The issues were typical of those argued in trade-mark appeals and none of them involved particularly complex issues of fact and law. The appeal was conducted in the usual manner and no allegation was made that it was conducted improperly by counsel for the appellant. That costs were assessed at the upper end of column III in the Trial Division was relevant but not determinative with respect to the process in the Court of Appeal. That the respondent won on appeal militated in favour of costs being awarded to it, not in favour of higher costs. There was nothing unusual in the result achieved by the respondent. That "a substantial amount of work" was conducted does not necessarily lead to the conclusion that all the work done was necessary or that the losing party should automatically be made liable for the billing rates the winning party was prepared to pay to its own counsel. However, the work done in preparation for the hearing of the appeal should be taken into account. The Court always retains its discretion under subsection 400(4) to award "a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs", but such discretion should be exercised in exceptional cases only and in a manner that can be proportionally related to the Tariff. This case was not exceptional. Arbitrary use of the Court's discretion would run contrary to the principle of judicial comity. The attribution of lump sums far exceeding the amounts permissible under Tariff B in order to compensate for part of the actual costs incurred by a litigant in a non-exceptional case is likely to lead to an undermining of the Tariff, as well as unpredictability, arbitrariness and unfairness in costs awards. The ability to estimate the cost of litigation plays an important role in one's access to the courts. Any substantial change in the Court's practice should be left to the Rules Committee. The assessment officer should be directed, under rule 403, to assess the costs on appeal in the form of a lump sum of \$10,000 inclusive of fees and disbursements.

toute la formation. Toute modification de l'adjudication des dépens constitue une modification du jugement et un juge siégeant seul n'a pas la compétence voulue pour modifier un jugement rendu par la Cour. Les règles doivent être interprétées selon le contexte. Lorsqu'elles n'établissent pas de distinction entre la Section de première instance et la Section d'appel, toute interprétation littérale qui entraînerait un malentendu fondamental du processus d'appel devrait être évitée. Il ne ressort pas du procès-verbal du Comité des règles que l'attention de ce dernier a été attirée sur la question du quorum.

La Cour suprême du Canada a précisé que l'adjudication de dépens sur la base avocat-client (qui sont, en fait, les dépens réellement engagés par une partie) demeure exceptionnelle et qu'elle est en général associée à une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties. Les facteurs énumérés au paragraphe 400(3) des Règles étaient en grande partie inapplicables. Les questions soulevées étaient typiques de celles invoquées dans des appels concernant des marques de commerce et aucune d'elles ne visait des questions particulièrement complexes de fait et de droit. L'appel a été entendu de la manière habituelle, et aucune allégation relative à la conduite incorrecte de l'avocat de l'appelante n'a été formulée. Le fait que les dépens ont été taxés selon la valeur maximale de la colonne III en Section de première instance était pertinent mais, en aucune façon, déterminant en ce qui concerne la procédure se déroulant devant la Cour d'appel. Le fait que l'intimée ait obtenu gain de cause en appel militait en faveur de l'adjudication des dépens à cette dernière et non en faveur de dépens plus élevés. Il n'y avait rien d'inhabituel en ce qui concerne le résultat obtenu par l'intimée. Le fait qu'une «quantité considérable de travail» ait été accomplie ne mène pas nécessairement à la conclusion que tout le travail était nécessaire ou que la partie déboutée devrait automatiquement être tenue responsable des taux de facturation que la partie qui a obtenu gain de cause était prête à payer à son propre avocat. Cependant, le travail accompli lors de la préparation de l'audition de l'appel devrait être considéré. La Cour conserve toujours son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 400(4) d'adjuger «une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés», mais un tel pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé que dans des cas exceptionnels et d'une manière proportionnelle au tarif. Le présent cas n'était pas exceptionnel. Le recours arbitraire au pouvoir discrétionnaire de la Cour serait contraire au principe de la courtoisie judiciaire. L'attribution de montants forfaitaires largement supérieurs aux montants autorisés en vertu du tarif B afin de compenser en partie les dépens réels engagés par une partie dans un cas qui n'est pas exceptionnel aurait probablement pour effet de saper le tarif, ce qui à son tour entraînerait probablement des dépens imprévisibles, arbitraires et, en bout de ligne, inéquitable. La capacité à estimer le coût d'un litige joue un rôle important lorsque l'on s'adresse aux tribunaux. Tout changement important des pratiques de la Cour devrait

être laissé au Comité des règles. Il est ordonné à l'officier taxateur, en vertu de la règle 403, de taxer les dépens en appel sous la forme d'un montant forfaitaire de 10 000 \$, y compris les frais et les débours.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 16(2) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 2), 45.1 (as enacted *idem*, s. 13), 46(1)(g).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344(7) (am. by SOR/87-221, s. 2), 346, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8; 95-282, s. 5).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2 "Court", 3, 56, 397, 399, 400, 403, 407, Tariff B, Column III.

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 57.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hamilton Marine & Engineering Ltd. v. CSL Group Inc. (1995), 99 F.T.R. 285 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Sim & McBurney v. Buttino Investments Inc. (1997), 77 C.P.R. (3d) 512; 221 N.R. 209 (F.C.A.); *Conorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2001] 2 F.C. 536; (2001), 11 C.P.R. (4th) 48; 205 F.T.R. 176 (T.D.); *affd* (2002), 18 C.P.R. (4th) 414; 291 N.R. 305 (F.C.A.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801; [1977] C.T.C. 283; (1977), 77 DTC 5198; 16 N.R. 38 (C.A.); *Wihksne v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 356; [2002] F.C.J. No. 1394 (C.A.) (QL).

REFERRED TO:

Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd., [1999] 2 F.C. 175; (1998), 85 C.P.R. (3d) 219 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

MOTION for increased costs under rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998* whereby the respondent requested a lump sum of \$40,000 party-and-party costs. Motion allowed to the extent that the respondent was awarded party-and-party costs of \$25,000.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 16(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 2), 45.1 (édicte, *idem*, art. 13), 46(1)g).

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 57.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344(7) (mod. par DORS/87-221, art. 2), 346, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8; 95-282, art. 5).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 2 «Cour», 3, 56, 397, 399, 400, 403, 407, tarif B, colonne III.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Hamilton Marine & Engineering Ltd. c. CSL Group Inc. (1995), 99 F.T.R. 285 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Sim & McBurney c. Buttino Investments Inc. (1997), 77 C.P.R. (3d) 512; 221 N.R. 209 (C.A.F.); *Conorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2001] 2 C.F. 536; (2001), 11 C.P.R. (4th) 48; 205 F.T.R. 176 (1^{re} inst.); *conf. par* (2002), 18 C.P.R. (4th) 414; 291 N.R. 305 (C.A.F.); *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801; [1977] C.T.C. 283; (1977), 77 DTC 5198; 16 N.R. 38 (C.A.); *Wihksne c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 356; [2002] F.C.J. n° 1394 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd., [1999] 2 C.F. 175; (1998), 85 C.P.R. (3d) 219 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

REQUÊTE demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale, 1998*, par laquelle l'intimée a réclamé des dépens partie-partie au montant de 40 000 \$. Requête accueillie dans la mesure où l'intimée a droit à des dépens partie-partie au montant de 25 000 \$.

WRITTEN REPRESENTATIONS BY:

Brian D. Edmonds for appellant.
James H. Buchan and A. Kelly Gill for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for appellant.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is a motion for increased costs under rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106. The material filed indicates that the respondent incurred solicitor-and-client fees and disbursements, including GST, of \$80,707.59. The respondent asked the Court to award a lump sum of \$40,000 party-and-party costs.

[2] Rule 403 provides:

403. (1) A party may request that directions be given to the assessment officer respecting any matter referred to in rule 400,

(a) by serving and filing a notice of motion within 30 days after judgment has been pronounced; or

(b) in a motion for judgment under subsection 394(2).

(2) A motion may be brought under paragraph (1)(a) whether or not the judgment included an order concerning costs.

(3) A motion under paragraph (1)(a) shall be brought before the judge or prothonotary who signed the judgment.

[3] A preliminary question is whether the words of subsection 403(3) permit the motion to be determined by the judge who signed the judgment, or whether it should be decided by the panel that heard the appeal. I am of the view that interpreted in context, subsection 403(3) intends that a motion brought under rule 403 be decided by the panel of the Appeal Division who heard the appeal. Paragraph 403(1)(a) provides for a motion for directions after judgment has been pronounced.

OBSERVATIONS ÉCRITES DÉPOSÉES PAR:

Brian D. Edmonds pour l'appelante.
James H. Buchan et A. Kelly Gill pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, pour l'appelante.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LEJUGEROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit d'une requête demandant des dépens supplémentaires en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* DORS/98-106. Les documents déposés indiquent que l'intimée a engagé des dépens avocat-client et des débours, y compris la TPS, de 80 707,59 \$. L'intimée a demandé que la Cour lui adjuge un montant forfaitaire de 40 000 \$ à titre de dépens partie-partie.

[2] La règle 403 prévoit ce qui suit:

403. (1) Une partie peut demander que des directives soient données à l'officier taxateur au sujet des questions visées à la règle 400:

a) soit en signifiant et en déposant un avis de requête dans les 30 jours suivant le prononcé du jugement;

b) soit par voie de requête au moment de la présentation de la requête pour jugement selon le paragraphe 394(2).

(2) La requête visée à l'alinéa (1)a) peut être présentée que le jugement comporte ou non une ordonnance sur les dépens.

(3) La requête visée à l'alinéa (1)a) est présentée au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement.

[3] Une question préliminaire consiste à se demander si les mots du paragraphe 403(3) permettent au juge qui a signé le jugement de statuer sur la requête ou si c'est la formation qui a entendu l'appel qui devrait le faire. Je suis d'avis que, selon son contexte, le paragraphe 403(3) a pour objectif de permettre qu'une requête présentée en vertu de la règle 403 soit décidée par la formation de la Section d'appel qui a entendu l'appel. L'alinéa 403(1)a) prévoit qu'une requête demandant des directives peut-

Subsection 403(2) provides that a motion for directions under subsection 403(1) may be brought even if the judgment that has been pronounced did not include an order concerning costs. Therefore, a motion under rule 403 must be considered a statutorily sanctioned procedure for the amendment or variation of a judgment. In that context, the panel that decided the matter should decide a motion under rule 403, unless it is impracticable or impossible, in which case, pursuant to rule 3, the Chief Justice may designate another judge or panel to decide the matter.

[4] A motion under rule 403 is for directions to an assessment officer. Nothing in rule 403 precludes the prothonotary or judge of the Trial Division or panel of the Appeal Division from directing the assessment officer to assess increased costs on the basis of a lump-sum award. Therefore, I interpret rule 403 as permitting the panel of the Appeal Division to make a lump-sum award of costs as is requested in this motion and direct the assessment officer to assess costs on that basis.

[5] The respondent has submitted that 12 issues were raised on appeal and each required a full response. The issues involved complex questions of fact, including having to deal with expert evidence and survey methodology. The argument in the appeal lasted close to a whole day.

[6] I am satisfied in the circumstances of this case, that the respondent should be awarded increased costs. This is an intellectual property matter involving sophisticated clients. Where, as here, numerous issues are raised on appeal and the issues involve complex facts and expert evidence, the amount of work required of respondent's counsel justifies increased costs. To the argument that the complexity of this case was no greater than that of most intellectual property cases that come before this Court, I would say that such cases frequently present complex facts and give rise to difficult issues.

être présentée suivant le prononcé du jugement. L'alinéa 403(2) prévoit qu'une requête demandant des directives en vertu du paragraphe 403(1) peut être présentée même si le jugement qui a été prononcé ne comportait pas d'ordonnance sur les dépens. Par conséquent, une requête déposée en vertu de la règle 403 doit être considérée comme une procédure sanctionnée par la loi en vue de la modification d'un jugement. Dans ce contexte, la formation qui a tranché la question devrait décider de la requête déposée en vertu de la règle 403, à moins que cela ne soit impraticable ou impossible, auquel cas, en vertu de la règle 3, le juge en chef peut désigner un autre juge ou une autre formation pour trancher la question.

[4] Une requête présentée en vertu de la règle 403 demande que des directives soient données à l'officier taxateur. Rien dans cette règle n'empêche le prothonotaire, le juge de la Section de première instance ou la formation de la Section d'appel d'ordonner à l'officier taxateur d'augmenter les dépens en adjugeant un montant forfaitaire. Par conséquent, selon mon interprétation, la règle 403 permet à la formation de la Section d'appel d'adjuger des dépens sous forme de montant forfaitaire comme il est demandé dans la présente requête et d'ordonner à l'officier taxateur de taxer les dépens sur cette base.

[5] L'intimée a soutenu que 12 questions avaient été soulevées en appel et que chacune d'elles nécessitait une réponse complète. Il s'agissait de questions de fait complexes, dont le témoignage d'expert et les méthodes d'enquête. L'argumentation en appel a duré près d'une journée complète.

[6] Je suis convaincu, dans les circonstances de l'affaire, que l'intimée devrait se voir adjuger des dépens supplémentaires. Il s'agit d'un cas de propriété intellectuelle concernant des clients avertis. Lorsque, comme en l'espèce, de nombreuses questions sont soulevées en appel et qu'elles comportent des faits complexes ainsi que des témoignages d'expert, la quantité de travail requis de la part des avocats de l'intimée justifie une augmentation des dépens. Pour ce qui est de l'argument selon lequel la complexité de l'affaire n'était pas supérieure à celle de la plupart des cas de propriété intellectuelle qui sont entendus par cette Cour, je dirai que ces affaires présentent souvent des

[7] The increased costs to be awarded are party-and-party costs. They do not indemnify the successful party for its solicitor-client costs and they are not intended to punish the unsuccessful party for inappropriate conduct.

[8] An award of party-and-party costs is not an exercise in exact science. It is only an estimate of the amount the Court considers appropriate as a contribution towards the successful party's solicitor-client costs (or, in unusual circumstances, the unsuccessful party's solicitor-and-client costs). Under rule 407, where the parties do not seek increased costs, costs will be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B. Even where increased costs are sought, the Court, in its discretion, may find that costs according to column III provide appropriate party-and-party compensation.

[9] However, the objective is to award an appropriate contribution towards solicitor-client costs, not rigid adherence to column III of the table to Tariff B which is, itself, arbitrary. Subsection 400(1) makes it clear that the first principle in the adjudication of costs is that the Court has "full discretionary power" as to the amount of costs. In exercising its discretion, the Court may fix the costs by reference to Tariff B or may depart from it. Column III of Tariff B is a default provision. It is only when the Court does not make a specific order otherwise that costs will be assessed in accordance with column III of Tariff B.

[10] The Court, therefore, does have discretion to depart from the Tariff, especially where it considers an award of costs according to the Tariff to be unsatisfactory. Further, the amount of solicitor-and-client costs, while not determinative of an appropriate party-and-party contribution, may be taken into account when the Court considers it appropriate to do so. Discretion should be prudently exercised. However, it must be borne in mind that the award of costs is a matter of judgment as to what is appropriate and not an

faits complexes et qu'elles entraînent des questions difficiles.

[7] Les dépens supplémentaires à être adjugés sont des dépens partie-partie. Ils ne dédommagent pas la partie qui a obtenu gain de cause de ses dépens avocat-client et ils ne visent pas à punir la partie déboutée pour son comportement non approprié.

[8] Une adjudication de dépens partie-partie ne constitue pas un exercice exact. Il ne s'agit que d'une estimation du montant que la Cour juge approprié à titre de contribution aux dépens avocat-client de la partie qui a obtenu gain de cause (ou, de façon inhabituelle, à ceux de la partie déboutée). En vertu de la règle 407, lorsque les parties ne cherchent pas à obtenir des dépens supplémentaires, les dépens seront taxés conformément à la colonne III du tableau du tarif B. Même lorsque l'on demande des dépens supplémentaires, la Cour, à sa discrétion, peut conclure que les dépens adjugés selon la colonne III constituent un dédommagement suffisant quant aux dépens partie-partie.

[9] Cependant, l'objectif consiste à contribuer d'une manière appropriée aux dépens avocat-client et non à observer strictement la colonne III du tableau du tarif B qui, en lui-même, est arbitraire. Le paragraphe 400(1) précise que, suivant le principe premier de l'adjudication des dépens, la Cour a «entière discrétion» quant au montant des dépens. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour peut fixer les dépens en se fondant sur le tarif B ou en s'en éloignant. La colonne III du tarif B représente une disposition applicable par défaut. Ce n'est que lorsque la Cour ne rend pas une ordonnance précise que les dépens seront taxés conformément à la colonne III du tarif B.

[10] Par conséquent, la Cour peut, à sa discrétion, ne pas tenir compte du tarif, particulièrement lorsqu'elle est d'avis qu'une adjudication des dépens conformément au tarif n'est pas satisfaisante. En outre, le montant des dépens avocat-client, bien qu'il ne détermine pas la contribution appropriée des dépens partie-partie, peut être considéré par la Cour si cette dernière le juge approprié. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec prudence. Toutefois, on doit garder à l'esprit que l'adjudication des dépens est une question de jugement

accounting exercise.

[11] I think this approach is consistent in today's context with the observations of Nadon J. (as he then was) in *Hamilton Marine & Engineering Ltd. v. CSL Group Inc.* (1995), 99 F.T.R. 285 (F.C.T.D.), at paragraph 22:

I indicated to counsel during the hearing that there was no doubt that, in most cases, the fees provided in Tariff B were not sufficient to fully compensate a successful party. I also indicated to counsel during the hearing that, in my view, the tariff necessarily had to remain the rule and that an increase of the tariff fee was the exception. By that I mean that the discretion given to the Court to increase the tariff amounts pursuant to rule 344(1) and (6) of the *Federal Court Rules* was not to be exercised lightly. Put another way, the fact that the successful party's legal costs were far superior to the amounts to which that party was entitled under the tariff, was not in itself a factor for allowing an increase in those fees.

[12] One advantage of a lump-sum award of costs is the saving in costs to the parties that would otherwise be incurred in the assessment process. However, a lump-sum award of costs may not be appropriate in all cases. Nor, of course, is any panel of the Appeal Division or prothonotary or judge of the Trial Division bound to award a lump sum of costs merely because that is requested. Nonetheless, I would suggest that it would be good practice for counsel to be prepared to address costs at the conclusion of proceedings in the event the matter is disposed of from the Bench and the Court elects to offer to fix costs on a lump-sum basis at that time.

[13] In the circumstances of this case, and having regard to the submissions of both parties, I would award the respondent party-and-party costs of \$25,000, inclusive of fees, disbursements and GST and the costs of this motion, and direct the assessment officer to assess costs accordingly.

NADON J.A.: I agree.

en ce qui concerne les éléments appropriés, et non un exercice comptable.

[11] Je crois que cette approche est conforme, dans un contexte contemporain, aux observations du juge Nadon (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Hamilton Marine & Engineering Ltd. c. CSL Group Inc.* (1995), 99 F.T.R. 285 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 22:

J'ai indiqué aux avocats pendant l'audience qu'il ne faisait aucun doute que, dans la plupart des cas, les frais prévus au tarif B ne sont pas suffisants pour dédommager entièrement la partie qui a gain de cause. Je leur ai également indiqué qu'à mon avis le tarif doit nécessairement demeurer la règle et qu'une augmentation des frais prévus au tarif doit être l'exception. Je voulais dire que le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour d'augmenter les sommes prévues au tarif, aux termes des paragraphes 344(1) et (6) des *Règles de la Cour fédérale*, ne doit pas être exercé à la légère. Autrement dit, le fait que les frais juridiques de la partie qui obtient gain de cause soient de beaucoup supérieurs aux sommes auxquelles cette partie a droit en vertu du tarif n'est pas en soi un facteur justifiant la majoration des frais prévus.

[12] L'économie que les parties réalisent en ce qui concerne les dépens, qui autrement seraient engagés dans le processus de la taxation, représente un avantage de l'adjudication de dépens sous forme d'un montant forfaitaire. Cependant, une telle adjudication peut ne pas être appropriée dans tous les cas. Bien entendu, une formation de la Section d'appel, un protonotaire ou un juge de la Section de première instance n'est pas non plus obligé d'accorder un montant forfaitaire simplement parce qu'on en fait la demande. Néanmoins, je pense que les avocats devraient être prêts à aborder des dépens à la conclusion de l'instance, dans l'éventualité où le litige serait tranché à l'audience et si la Cour choisissait d'offrir de fixer les dépens sous forme d'un montant forfaitaire à ce moment.

[13] Dans les circonstances de l'espèce et compte tenu des observations des deux parties, je suis d'avis que l'intimée a droit à des dépens partie-partie de 25 000 \$, y compris les frais, les débours, la TPS et les dépens de la présente requête, et que l'officier taxateur taxe les dépens en conséquence.

LE JUGE NADON, J.C.A.; Je souscris aux présents motifs.

[14] DÉCARY J.A. (dissenting in part): This is a motion by the respondent “for increased costs” made pursuant to rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998* (the Rules). The motion was first submitted to me as the presiding member of the panel which had dismissed the appeal, but for reasons which I will shortly explain, the motion was then brought before the full panel who had heard the appeal. The within reasons were circulated to my colleagues first. In the end, for the reasons written by Rothstein J.A. with which Nadon J.A. agreed, the motion for increased costs is allowed for an amount far exceeding the one I am prepared to grant.

[15] There was a request for an oral hearing of this motion. The Chief Justice, on June 14, 2002, informed counsel that the request would be dealt with once the parties have filed their respective records. Having read the respective records, I have reached the conclusion that an oral hearing is not warranted.

[16] On January 25, 2001, McKeown J. dismissed the application by Consorzio del Prosciutto di Parma (Consorzio) under section 57 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] for expunging from the Register of Trade-marks Registration No. 179,637 for the mark “Parma”, owned by Maple Leaf Meats Inc. (Maple Leaf). In his reasons for judgment, reported at [2001] 2 F.C. 536, McKeown J. asked the parties to make written submissions should they not agree on costs.

[17] On February 21, 2001, Consorzio filed a notice of appeal with respect to the January 25, 2001 order. The Appeal Court file is A-85-01.

[18] Subsequently, the parties could not agree on costs and made written submissions. On May 2, 2001, McKeown J. awarded the “costs to the Respondent (Maple Leaf) on a party-and-party basis, to be assessed at the high end of Column 3”. On May 31, 2001, Consorzio filed a notice of appeal, Appeal Court file A-334-01. Maple Leaf did not file a cross-appeal.

[14] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. (dissident en partie): Il s’agit d’une requête déposée par l’intimée «pour obtenir des dépens supplémentaires» en vertu de la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* (les règles). La requête a d’abord été déposée devant moi en ma qualité de membre président de la formation qui avait rejeté l’appel, mais, pour des raisons que j’expliquerai brièvement, la requête a ensuite été présentée devant la formation complète qui avait entendu l’appel. Les présents motifs ont d’abord fait le tour de mes collègues. En bout de ligne, pour les motifs rédigés par le juge Rothstein, J.C.A., auxquels a souscrit le juge Nadon, J.C.A., la requête pour dépens supplémentaires est accueillie pour un montant bien supérieur à celui que je suis disposé à accorder.

[15] On a demandé que la présente requête soit entendue. Le juge en chef a informé les avocats, le 14 juin 2002, que la requête serait examinée une fois que les parties auraient produit leurs dossiers respectifs. Ayant lu les dossiers respectifs, j’en suis venu à la conclusion qu’une audience n’était pas nécessaire.

[16] Le 25 janvier 2001, le juge McKeown a rejeté la demande de Consorzio del Prosciutto di Parma (Consorzio) présentée en vertu de l’article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13] pour faire radier du registre des marques de commerce l’enregistrement n° 179,637 de la marque «Parma», propriété de Maple Leaf Meats Inc. (Maple Leaf). Dans ses motifs de jugement, publiés à [2001] 2 C.F. 536, le juge McKeown a demandé aux parties de déposer des observations écrites si elles ne s’entendaient pas sur les dépens.

[17] Le 21 février 2001, Consorzio a déposé un avis d’appel à l’égard de l’ordonnance du 25 janvier 2001. Le numéro du dossier de la Cour d’appel est le A-85-01.

[18] Par la suite, les parties n’ont pu s’entendre sur les dépens et ont produit des observations écrites. Le 2 mai 2001, le juge McKeown a adjugé les [TRADUCTION] «dépens à l’intimée (Maple Leaf) sur une base de frais entre parties, devant être taxés selon la valeur la plus élevée de la colonne 3». Le 31 mai 2001, Consorzio a déposé un avis d’appel, dossier de la Cour d’appel A-334-01. Maple Leaf n’a pas déposé d’appel incident.

[19] On June 27, 2001, in file A-85-01, Létourneau J.A. ordered Consorzio to “pay into Court the sum of \$8500 as security for the Respondent’s [Maple Leaf] costs of the appeal”.

[20] Both appeals were heard on May 1, 2002. The Court disposed of both from the Bench after hearing each side. The appeal in file A-85-01 was “dismissed with costs” [(2002), 18 C.P.R. (4th) 414 (F.C.A.)]. The appeal in file A-334-01 was dismissed without costs.

[21] On July 5, 2002, Maple Leaf made the within motion in file A-85-01 seeking:

An Order pursuant to Rule 403 . . . allowing the Respondent’s costs in excess of Tariff B of the Rules, in the form of a lump sum amount of \$40,000.00 inclusive of fees and disbursements.

Leave was also sought to extend the time limit set out in paragraph 403(1)(a) for the filing of the motion. The extension of time was not contested by Consorzio and I am prepared to grant it.

[22] In support of the motion, the affidavit of one of Maple Leaf’s counsel alleged the following:

3. The Respondent is asking that the Court grant a lump sum award of \$40,000.00 inclusive of fees and disbursements for the Respondent’s costs, an award which is a reasonable assessment of the Respondent’s costs on a party-and-party scale.
4. Attached as Exhibit B to my affidavit is a draft Bill of costs which was prepared by my law clerk, Mr. Enis Davis, created from the invoices which my firm issued to the Respondent. The draft Bill of Costs has been prepared to show the actual fees incurred according to the categories of costs anticipated under the Tariff, as compared to the costs allowed under Columns III and V of Tariff B.
5. The total fees and disbursements, including GST, have been calculated to be \$80,707.59(Cdn). The Respondent is requesting a lump sum of \$40,000.00(Cdn).
6. On July 20, 2001, the Consorzio tendered into Court the amount of \$8500.00 as security for costs in this matter.

[19] Le 27 juin 2001, dans le dossier A-85-01, le juge Létourneau, J.C.A. a ordonné à Consorzio de [TRADUCTION] «verser à la Cour le montant de 8 500 \$ à titre de garantie pour les dépens d’appel de l’intimée [Maple Leaf]».

[20] Les deux appels ont été entendus le 1^{er} mai 2002. La Cour a statué sur les deux appels, séance tenante, après avoir entendu chaque partie. L’appel relatif au dossier A-85-01 a été «rejeté avec dépens» [(2002), 18 C.P.R. (4th) 414 (C.A.F.)]. L’appel interjeté dans le dossier A-334-01 a été rejeté sans dépens.

[21] Le 5 juillet 2002, Maple Leaf a déposé la présente requête dans le dossier A-85-01 demandant:

[TRADUCTION] Une ordonnance en vertu de l’article 403 des Règles [. . .] accordant à l’intimée des dépens supérieurs au tarif B des Règles, sous la forme d’un montant forfaitaire de 40 000 \$, y compris les frais et les débours.

On a également demandé la permission de prolonger le délai établi à l’alinéa 403(1)a) des Règles pour le dépôt de la requête. La prolongation du délai n’a pas été contestée par Consorzio, et je suis prêt à l’accorder.

[22] Au soutien de la requête, l’affidavit de l’un des avocats de Maple Leaf alléguait ce qui suit:

[TRADUCTION]

3. L’intimée demande que la Cour accorde un montant forfaitaire de 40 000 \$, y compris les frais et les débours pour les dépens de l’intimée, une adjudication qui constitue une évaluation raisonnable des dépens partie-partie de l’intimée.
4. Joint à titre d’annexe B de mon affidavit se trouve un projet de mémoire de frais qui a été préparé par mon clerc, M. Enis Davis, à partir des factures que mon cabinet avait envoyées à l’intimée. Le projet de mémoire de frais a été préparé afin d’indiquer les frais réels engagés selon les catégories de dépens prévus au tarif, comparativement aux dépens accordés en vertu des colonnes III et V du tarif B.
5. Les frais et les débours totaux, y compris la TPS, ont été évalués à 80 707,59 \$CAN. L’intimée demande un montant forfaitaire de 40 000 \$CAN.
6. Le 20 juillet 2001, Consorzio a déposé en Cour le montant de 8 500 \$ à titre de garantie pour les dépens en

This amount matches an award of costs based on Column III of Tariff B, or 10.5% of the actual fees and disbursements incurred by the Respondent.

7. As the facts set out below describe in greater detail, an award of costs in the order of \$40,000.00 is a reasonable party-and-party award in this case.

Role of Counsel

8. Counsel of record for Maple Leaf is Gowling Lafleur Henderson LLP. The principal lawyers were myself and Kelly Gill. A substantial amount of work was conducted in 2001 in respect of the preparation, research and filing of the Memorandum of Fact and Law. The bulk of the work was conducted in 2002 in respect of the preparation for the hearing of the appeal.
9. I played an active role as the primary counsel for Maple Leaf in the Appeal and in the supervision of the preparation of the Memorandum of Fact and Law and legal research. My billing rate was \$300.00 per hour in 2001 and \$350.00 per hour in 2002.
10. Mr. Gill was also involved with the supervision and preparation of the Memorandum of Fact and Law, legal research and appeal issues relating to the extensive survey evidence which was advanced on appeal. Mr. Gill's billing rate was \$420 in 2002.

Number of Issues Raised on Appeal

11. The Consorzio raised 12 discreet issues on appeal. A copy of the Notice of Appeal is attached as Exhibit C to this my affidavit.
12. Given the number of issues raised on Appeal, each warranted a full response from Maple Leaf and the preparation for the appeal hearing.

Complexity of Issues

13. The Appeal raised complex questions of fact and, in particular, complex matters relevant to survey evidence. The survey evidence consisted of three expert witnesses involving technical matters of survey methodology, examination on the questionnaires, etc.

Legal Issues not Abandoned at Appeal

14. No legal issues were abandoned on appeal, as is reflected on the numerous matters raised in the Notice of Appeal.

l'espèce. Ce montant correspond à une adjudication des dépens fondée sur la colonne III du tarif B ou à 10,5 p. 100 des frais et débours réels engagés par l'intimée.

7. Tel que les faits établis ci-dessous l'indiquent en détail, une adjudication des dépens de l'ordre de 40 000 \$ constitue une adjudication raisonnable des dépens partie-partie en l'espèce.

Rôle des avocats

8. Les avocats inscrits au dossier pour Maple Leaf sont Gowling Lafleur Henderson, s.r.l.; les avocats principaux sont Kelly Gill et moi-même. Une quantité considérable de travail a été réalisée en 2001 pour la préparation, la recherche et le dépôt du mémoire des faits et du droit. La majeure partie du travail de préparation de l'audition de l'appel a été effectuée en 2002.
9. J'ai joué un rôle actif à titre d'avocat principal de Maple Leaf dans le cadre de l'appel et de la supervision de la préparation du mémoire des faits et du droit et de la recherche juridique. Mon taux de facturation était de 300 \$ l'heure en 2001 et de 350 \$ l'heure en 2002.
10. M. Gill a également participé à la supervision et à la préparation du mémoire des faits et du droit, à la recherche juridique et aux questions d'appel relatives à la preuve par sondage détaillée qui a été présentée en appel. Le taux de facturation de M. Gill était de 420 \$ en 2002.

Nombre de questions soulevées en appel

11. Consorzio a soulevé douze questions distinctes en appel. Une copie de l'avis d'appel est jointe à titre d'annexe C à mon affidavit.
12. Compte tenu du nombre de questions soulevées en appel, chacune d'entre elles nécessitait une réponse complète de Maple Leaf et une préparation en vue de l'audition de l'appel.

Complexité des questions

13. L'appel a soulevé des questions de fait complexes et, en particulier, se rapportant à la preuve par sondage. Cette dernière était fournie par trois témoins experts s'intéressant aux questions techniques des méthodes d'enquêtes, des interrogatoires au moyen de questionnaires, etc.

Questions juridiques non abandonnées en appel

14. Aucune question juridique n'a été abandonnée en appel comme l'indiquent les nombreuses questions soulevées dans l'avis d'appel.

The Result

15. The Court found in favour of the Respondent by dismissing the Appeal with costs.

[23] On July 15, 2002, Consorzio filed its response. It comes as no surprise that it asked that the motion be dismissed with costs.

[24] In the course of these reasons, I will be referring to rule 397, subsections 400(1), 400(3), 400(4), 400(5) and 400(6), rules 403 and 407. They read as follows:

397. (1) Within 10 days after the making of an order, or within such other time as the Court may allow, a party may serve and file a notice of motion to request that the Court, as constituted at the time the order was made, reconsider its terms on the ground that

(a) the order does not accord with any reasons given for it; or

(b) a matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted.

(2) Clerical mistakes, errors or omissions in an order may at any time be corrected by the Court.

...

400. (1) The Court shall have full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid.

...

(3) In exercising its discretion under subsection (1), the Court may consider

(a) the result of the proceeding;

(b) the amounts claimed and the amounts recovered;

(c) the importance and complexity of the issues;

(d) the apportionment of liability;

(e) any written offer to settle;

(f) any offer to contribute made under rule 421;

(g) the amount of work;

Le résultat

15. La Cour a tranché en faveur de l'intimée en rejetant l'appel avec dépens.

[23] Le 15 juillet 2002, Consorzio a produit sa réponse. Il n'est pas étonnant qu'elle ait demandé le rejet de la requête avec dépens.

[24] Dans le cadre des présents motifs, je ferai mention des règles 397, 403 et 407 et des paragraphes 400(1), 400(3), 400(4), 400(5) et 400(6) des Règles. Ils sont ainsi rédigés:

397. (1) Dans les 10 jours après qu'une ordonnance a été rendue ou dans tout autre délai accordé par la Cour, une partie peut signifier et déposer un avis de requête demandant à la Cour qui a rendu l'ordonnance, telle qu'elle était constituée à ce moment, d'en examiner de nouveau les termes, mais seulement pour l'une ou l'autre des raisons suivantes:

a) l'ordonnance ne concorde pas avec les motifs qui, le cas échéant, ont été donnés pour la justifier;

b) une question qui aurait dû être traitée a été oubliée ou omise involontairement.

(2) Les fautes de transcription, les erreurs et les omissions contenues dans les ordonnances peuvent être corrigées à tout moment par la Cour.

[. . .]

400. (1) La Cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir et désigner les personnes qui doivent les payer.

[. . .]

(3) Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l'un ou de l'autre des facteurs suivants:

a) le résultat de l'instance;

b) les sommes réclamées et les sommes recouvrées;

c) l'importance et la complexité des questions en litige;

d) le partage de la responsabilité;

e) toute offre écrite de règlement;

f) toute offre de contribution faite en vertu de la règle 421;

g) la charge de travail;

- (*h*) whether the public interest in having the proceeding litigated justifies a particular award of costs;
- (*i*) any conduct of a party that tended to shorten or unnecessarily lengthen the duration of the proceeding;
- (*j*) the failure by a party to admit anything that should have been admitted or to serve a request to admit;
- (*k*) whether any step in the proceeding was
- (i) improper, vexatious or unnecessary, or
- (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;
- (*l*) whether more than one set of costs should be allowed, where two or more parties were represented by different solicitors or were represented by the same solicitor but separated their defence unnecessarily;
- (*m*) whether two or more parties, represented by the same solicitor, initiated separate proceedings unnecessarily;
- (*n*) whether a party who was successful in an action exaggerated a claim, including a counter-claim or third party claim, to avoid the operation of rules 292 to 299; and
- (*o*) any other matter that it considers relevant.
- (4) The Court may fix all or part of any costs by reference to Tariff B and may award a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs.
- (5) Where the Court orders that costs be assessed in accordance with Tariff B, the Court may direct that the assessment be performed under a specific column or combination of columns of the table to that Tariff.
- (6) Notwithstanding any other provision of these Rules, the Court may
- (*a*) award or refuse costs in respect of a particular issue or step in a proceeding;
- (*b*) award assessed costs or a percentage of assessed costs up to and including a specified step in a proceeding;
- (*c*) award all or part of costs on a solicitor-and-client basis; or
- (*h*) le fait que l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance justifie une adjudication particulière de dépens;
- (*i*) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrèger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
- (*j*) le défaut de la part d'une partie de signifier une demande visée à la règle 255 ou de reconnaître ce qui aurait dû être admis;
- (*k*) la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance, selon le cas:
- (i) était inappropriée, vexatoire ou inutile;
- (ii) a été entreprise de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;
- (*l*) la question de savoir si plus d'un mémoire de dépens devrait être accordé lorsque deux ou plusieurs parties sont représentées par différents avocats ou lorsque, étant représentées par le même avocat, elles ont scindé inutilement leur défense;
- (*m*) la question de savoir si deux ou plusieurs parties représentées par le même avocat ont engagé inutilement des instances distinctes;
- (*n*) la question de savoir si la partie qui a eu gain de cause dans une action a exagéré le montant de sa réclamation, notamment celle indiquée dans la demande reconventionnelle ou la mise en cause, pour éviter l'application des règles 292 à 299;
- (*o*) toute autre question qu'elle juge pertinente.
- (4) La Cour peut fixer tout ou partie des dépens en se reportant au tarif B et adjuger une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés.
- (5) Dans le cas où la Cour ordonne que les dépens soient taxés conformément au tarif B, elle peut donner des directives prescrivant que la taxation soit faite selon une colonne déterminée ou une combinaison de colonnes du tableau de ce tarif.
- (6) Malgré tout autre disposition des présentes règles, la Cour peut:
- (*a*) adjuger ou refuser d'adjuger les dépens à l'égard d'une question litigieuse ou d'une procédure particulières;
- (*b*) adjuger l'ensemble ou un pourcentage des dépens taxés, jusqu'à une étape précise de l'instance;
- (*c*) adjuger tout ou partie des dépens sur une base avocat-client;

(d) award costs against a successful party.

...

403. (1) A party may request that directions be given to the assessment officer respecting any matter referred to in rule 400,

(a) by serving and filing a notice of motion within 30 days after judgment has been pronounced; or

(b) in a motion for judgment under subsection 394(2).

(2) A motion may be brought under paragraph (1)(a) whether or not the judgment included an order concerning costs.

(3) A motion under paragraph (1)(a) shall be brought before the judge or prothonotary who signed the judgment.

...

407. Unless the Court orders otherwise, party-and-party costs shall be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B.

[25] The motion, as I have mentioned previously, is made under rule 403. Yet, the order sought is not that the Court give directions to the assessment officer, but that the Court allow “the Respondent’s costs in excess of Tariff B of the Rules, in the form of a lump sum amount of \$40,000.00 inclusive of fees and disbursements”. The motion, it seems to me, is akin to a motion for reconsideration under rule 397, to be made to the Court “as constituted at the time the order was made”. Such a motion would fail because the grounds alleged by the respondent do not come within those enumerated at rule 397. As was noted by Jactett C.J. in *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801 (C.A.), at page 803:

...where this Court gives judgment for costs to be taxed, it cannot subsequently substitute a lump sum unless by way of reconsideration of the judgment for a reason that falls within one of the classes of cases to be found in Rule 337(5) or (6). *This is not such a case.*

[26] I am, however, prepared to consider this motion as being one made under subsection 403(3) for direc-

d) condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause.

[. . .]

403. (1) Une partie peut demander que des directives soient données à l’officier taxateur au sujet des questions visées à la règle 400:

a) soit en signifiant et en déposant un avis de requête dans les 30 jours suivant le prononcé du jugement;

b) soit par voie de requête au moment de la présentation de la requête pour jugement selon le paragraphe 394(2).

(2) La requête visée à l’alinéa (1)a) peut être présentée que le jugement comporte ou non une ordonnance sur les dépens.

(3) La requête visée à l’alinéa (1)a) est présentée au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement.

[. . .]

407. Sauf ordonnance contraire de la Cour, les dépens partie-partie sont taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B.

[25] La requête, comme je l’ai mentionné plus tôt, est présentée en vertu de la règle 403. Pourtant, l’ordonnance recherchée ne demande pas à la Cour de donner des directives à l’officier taxateur, mais plutôt d’accorder [TRADUCTION] «à l’intimée des dépens supérieurs au tarif B des Règles, sous la forme d’un montant forfaitaire de 40 000 \$, y compris les frais et les débours». La requête, à mon avis, ressemble à une requête pour réexamen en vertu de la règle 397 à être présentée devant la Cour «telle qu’elle était constituée à ce moment [de l’ordonnance]». Une telle requête serait rejetée parce que les motifs invoqués par l’intimée ne font pas partie de ceux énumérés à la règle 397. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Jactett dans l’arrêt *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801 (C.A.), à la page 803:

[. . .] si la Cour ordonne le paiement des dépens taxés, elle ne peut pas prescrire ensuite le paiement d’une somme globale à moins de procéder à un nouvel examen du jugement pour l’une des raisons énumérées aux Règles 337(5) et 337(6). *Tel n’est pas le cas en l’espèce.*

[26] Cependant, je suis disposé à examiner la requête comme si elle était présentée en vertu du paragra-

tions to the assessment officer.

Jurisdiction

[27] It flows from rule 407 and subsection 400(5) that any order of this Court granting “costs” without qualification is implicitly an order granting costs on a party-and-party basis, to be assessed in accordance with column III of Tariff B.

[28] Therefore, any motion under rule 403 for directions to be given to the assessment officer that purports to modify the basis for assessment and/or the applicable column is in reality a motion seeking to vary the order of the Court. Since the “directions” would, for all practical purposes, modify the order of the Court, I am inclined to believe that the directions must be given by the same panel that made the original order.

[29] Subsection 403(3) directs that motions for directions “be brought before the judge or prothonotary who signed the judgment”. That Rule is obviously intended for the Trial Division. It ensures that the motion will be disposed of by the person who knows best the circumstances of the case, i.e., as the case may be, the prothonotary or the judge who heard the case and who, naturally, signed the judgment.

[30] With respect to the different view held in passing—the issue does not appear to have been raised before him—by my brother Strayer J.A., then sitting in chambers, in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 F.C. 175 (C.A.), at page 184, I am not prepared to interpret subsection 403(3), in the context of a judgment rendered by the Court of Appeal, in such a way as to confer jurisdiction on the judge “who signed the judgment”, i.e. to the presiding member of the panel, rather than to the full panel.

[31] Rule 403 is concerned with directions “respecting any matter referred to in rule 400”. Rule 400 deals with the discretionary power of “the Court” over the amount and allocation of costs. An award of costs in an

phe 403(3) des Règles en vue de donner des directives à l’officier taxateur.

Compétence

[27] Il découle de la règle 407 et du paragraphe 400(5) des règles qu’une ordonnance de cette Cour accordant les «dépens» sans les qualifier constitue implicitement une ordonnance accordant des dépens partie-partie, à être taxés selon la colonne III du tarif B.

[28] Par conséquent, une requête présentée en vertu de la règle 403, demandant que des directives soient données à l’officier taxateur, et qui est réputée modifier le fondement de la taxation et/ou de la colonne applicable, est en réalité une requête qui vise la modification de l’ordonnance rendue par la Cour. Comme les «directives» modifieraient, en pratique, l’ordonnance de la Cour, j’ai tendance à croire que les directives doivent être données par la même formation qui a rendu l’ordonnance initiale.

[29] Le paragraphe 403(3) des règles exige qu’une requête pour directives soit «présentée au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement». Ce paragraphe concerne de toute évidence la Section de première instance. Il veille à ce que la requête soit tranchée par la personne qui connaît le mieux les circonstances de l’affaire, c’est-à-dire, le cas échéant, le protonotaire ou le juge qui a entendu la cause et qui, naturellement, a signé le jugement.

[30] Pour ce qui est de l’opinion différente qu’a exprimée en passant—la question ne semble pas avoir été soulevée devant lui—mon collègue le juge Strayer, J.C.A., siégeant alors en chambre, dans l’arrêt *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 C.F. 175 (C.A.), à la page 184, je ne suis pas disposé à interpréter le paragraphe 403(3) des règles, dans le contexte d’un jugement rendu par la Cour d’appel, de façon à donner compétence au juge «qui a signé le jugement», c’est-à-dire au membre président de la formation plutôt qu’à toute la formation.

[31] La règle 403 concerne les directives «au sujet des questions visées à la règle 400». La règle 400 traite du pouvoir discrétionnaire de «la Cour» pour déterminer le montant des dépens et les répartir. Une adjudication des

appeal on the merits (as opposed to an award made on a motion in the course of an appeal) is very much a part of the judgment which is made by the Court, i.e. by the panel hearing the appeal. Any variation of the award is a variation of the judgment and a single judge has no jurisdiction (unless a statute or perhaps the rules say otherwise) to vary a judgment of the Court.

[32] I appreciate that pursuant to rule 2, “Court”, “in respect of a motion, includes a single judge of the Court of the Appeal” and that it can be argued that a motion for directions under rule 403 can be ruled on by a single judge. Where, the argument goes, the Rules wanted a full panel to hear and decide a motion, they said it in express terms, as in rule 397 (reconsideration).

[33] I am not prepared to read rule 397 in this fashion. The words “as constituted at the time the order was made” were not included so as to require that the motion be heard by a panel of three judges, but they were included so as to require that the panel of three judges be the one that had heard the appeal.

[34] Neither am I prepared to give to the definition of “Court” in rule 2 such an absolute effect. The Rules have to be interpreted in context. Where the context suggests that a motion should be heard by a panel of three judges, common sense should prevail. Rule 399, for example, which deals with the setting aside or variance of an order, does not require the motion to be brought before a panel of three judges. Yet, no one would suggest a judge can, alone, set aside or vary a judgment of the Court of Appeal. Clearly, in my view, where the Rules fail to distinguish between the Trial Division and the Court of Appeal, any literal interpretation which leads to a fundamental misunderstanding of the appeal process should be avoided.

[35] To find otherwise would lead to an awkward situation. When the Court of Appeal omits, for example, to rule on costs even though they were sought, a party

dépens dans le cadre d’un appel sur le fond (par opposition à une adjudication faisant suite à une requête dans le cadre d’un appel) fait vraiment partie du jugement qui est rendu par la Cour, c’est-à-dire la formation qui entend l’appel. Toute modification de l’adjudication constitue une modification du jugement et un juge siégeant seul n’a pas la compétence value (à moins qu’une loi ou peut-être les règles indiquent le contraire) pour modifier un jugement rendu par la Cour.

[32] Je me rends compte que, selon la règle 2, «Cour» comprend, «dans le cas d’une requête, un juge de la Cour d’appel siégeant seul» et on peut soutenir qu’un juge siégeant seul peut rendre une décision à l’égard d’une requête pour directives en vertu de la règle 403. Il est dit que, lorsque les Règles exigent qu’une formation complète entende et tranche une requête, elles le prévoient en termes explicites, comme dans la règle 397 (réexamen).

[33] Je ne suis pas disposé à interpréter la règle 397 de cette façon. Les mots «telle qu’elle était constituée à ce moment [de l’ordonnance]» n’ont pas été ajoutés de façon à exiger que la requête soit entendue par une formation de trois juges, mais pour que la formation de trois juges soit celle qui a entendu l’appel.

[34] Je ne suis pas non plus disposé à accorder à la définition de «Cour» de la règle 2 un tel effet absolu. Les règles doivent être interprétées selon le contexte. Lorsque ce dernier donne à penser qu’une requête devrait être entendue par une formation de trois juges, le sens commun devrait prévaloir. La règle 399, par exemple, qui traite de l’annulation ou de la modification d’une ordonnance, n’exige pas que la requête soit présentée devant une formation de trois juges. Pourtant, personne ne laisse entendre qu’un juge peut, seul, annuler ou modifier un jugement de la Cour d’appel. De toute évidence, à mon avis, lorsque les règles n’établissent pas de distinction entre la Section de première instance et la Section d’appel, toute interprétation littérale qui entraînerait un malentendu fondamental du processus d’appel devrait être évitée.

[35] Conclure autrement entraînerait une situation difficile. Lorsque la Cour d’appel omet, par exemple, de se prononcer sur les dépens même si on les demandait,

would have the option of either bringing a motion for reconsideration under rule 397 before the same panel or bringing a motion under rule 403 before the presiding member of the panel. This simply cannot be.

[36] It is of interest to note that, under the former Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], Rule 344(7) [as am. by SOR/87-221, s. 2] contained a provision that dealt specifically with motions for directions in the Court of Appeal. It read as follows:

Rule 344. (1) . . .

(7) . . . An application under this subsection in the Court of Appeal shall be made before the Chief Justice or a judge nominated by him, but either party may apply to a court composed of at least three judges to review the decision of the Chief Justice or the judge nominated by him.

[37] Rule 344(7) was replaced in the new Rules by subsection 403(3), *supra*, which makes no reference to the Court of Appeal. It does not appear from the minutes of the Rules Committee that the attention of the Committee was drawn to the issue of quorum. Had the Committee examined the issue, I have no doubt that it would have added, at the end of subsection 403(3), words such as: “, or, in the Court of Appeal, before the Court as constituted at the time the order was made”.

[38] I am therefore in total agreement with the following view expressed by Denault J.A., sitting as a single judge, in *Sim & McBurney v. Buttino Investments Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 512 (F.C.A.), at page 516, where he was examining former Rule 344:

I am of the view that “the Court” in Rule 344(1) to (7), insofar as the case is heard before the Appeal Division of this Court, refers to the panel as constituted of three judges. Jurisprudence has in fact interpreted this rule, with respect to cases heard before the Trial Division, as referring to the Trial Judge. (See *A/S Ornen v. “Duteous” (The)*, [1987] 3 F.C. D-10; *Poudrier v. The Queen* (1984), 27 A.C.W.S. (2d) 7 (F.C.T.D.); *Eastern Can. Towing Ltd. v. “Algoabay” (The)*, [1980] 2 F.C. 366 (T.D.)) Common sense calls for such an interpretation: the panel, constituted of three judges, is the one who knows the circumstances of the case and of the matters

une partie aurait la possibilité de présenter une requête en réexamen en vertu de la règle 397 devant la même formation ou de présenter une requête en vertu de la règle 403 devant le membre président de la formation. Cela ne peut simplement pas se faire.

[36] Il est intéressant de noter que, en vertu des anciennes Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], la Règle 344(7) [mod. par DORS/87-224, art. 2] contenait une disposition qui traitait précisément des requêtes pour directives déposées devant la Cour d’appel. Elle était ainsi rédigée:

Règle 344. (1) [. .]

(7) [. .] Dans le cas d’une instance engagée devant la Cour d’appel, la requête visée au présent paragraphe doit être présentée au juge en chef ou à un juge qu’il désigne. Toute partie peut demander à un tribunal composé d’au moins trois juges de réviser la décision du juge en chef ou du juge qu’il a désigné.

[37] La Règle 344(7) a été remplacée par le nouveau paragraphe 403(3), précité, qui ne fait aucune référence à la Cour d’appel. Il ne ressort pas du procès-verbal du Comité des règles que l’attention de ce dernier a été attirée sur la question du quorum. Si le Comité avait examiné la question, je n’ai aucun doute qu’il aurait ajouté, à la fin du paragraphe 403(3), des mots comme [TRADUCTION] «ou, en Cour d’appel, devant la Cour telle qu’elle était constituée au moment où l’ordonnance a été rendue».

[38] Par conséquent, je souscris totalement à l’opinion suivante exprimée par le juge Denault, en tant que juge siégeant seul, dans l’arrêt *Sim & McBurney c. Buttino Investissements Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 512 (C.A.F.), à la page 516, où il examinait l’ancienne Règle 344:

Je suis d’avis que «la Cour» dont il est question aux règles 344(1) à (7) est une formation collégiale de trois juges de la Cour, lorsque l’affaire est entendue par la Section d’appel de notre Cour. Dans le cas des affaires instruites par la Section de première instance, ces dispositions a [*sic*] en fait été interprétées par les tribunaux comme désignant le juge ayant présidé l’instance (voir *A/S Ornen c. «Duteous» (Le)*, [1987] 3 C.F. D-10, *Poudrier c. La Reine*, (1984), 27 A.C.W.S. (2nd) 7 (C.F. 1^{re} inst.) et *Eastern Can. Towing Ltd. c. «Alzobay» (Le)*, [1987] 3 F.C. (C.F. 1^{re} inst.)). La logique commande une telle interprétation: la formation collégiale, qui est composée de

set out in subsection 344(3) that are to be taken into account in awarding costs as well as in determining their quantum.

[39] Should there be any difficulty in reconstituting the panel, the Chief Justice can always, in the interest of the administration of justice, designate a panel differently constituted (see rules 3, 56; subsection 16(2) of the Act [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 2)]).

The merit of the motion

[40] Counsel for the respondent has filed an affidavit wherein it is alleged that the total fees and disbursements, in appeal, including taxes, amount to approximately \$80,000, approximately \$50,000 of which was devoted (as appears from clarifications since obtained from counsel) to the preparation of the appeal and approximately \$14,000 of which was devoted to the memorandum of fact and law.

[41] A quick look at the recent history of Tariff B is warranted at this stage.

[42] Prior to 1995, the Tariff consisted of fixed maximum values for specific services. That Tariff had led Chief Justice Jackett to make these comments in *Smerchanski* (*supra*), at pages 805-806:

. . . it does seem to be clear that party and party costs are not designed to constitute full compensation to the successful party for his solicitor and client costs. . . .

. . . It must be obvious that such items are so low in relation to what is involved in a very substantial proportion of the matters that come before the Court that they are not designed to provide complete compensation to the successful party for the costs incurred by him in the litigation. (Indeed, what is sought in this case is an increase that would still leave the successful party largely uncompensated for solicitor and client costs.) If Federal Court party and party costs are not designed to provide full reimbursement, as it seems to me, what is intended is that they be made up of the completely arbitrary amounts fixed by or in accordance with the rules subject to variations (where authorized) based on factors arising out of the conduct of the particular proceeding. As it seems to me, the vague basis put forward on behalf of the respondent would

trois juges, est celle qui est au courant des faits de l'affaire et des questions énumérées au paragraphe 344(3) dont il faut tenir compte pour adjuger les dépens et en déterminer le montant.

[39] S'il devait y avoir des difficultés à reconstituer la formation, le juge en chef peut toujours, dans l'intérêt de l'administration de la justice, désigner une formation différemment constituée (voir les règles 3 et 56 et le paragraphe 16(2) de la Loi [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 2)]).

Le bien-fondé de la requête

[40] L'avocat de l'intimée a produit un affidavit dans lequel il allègue que les frais et les débours totaux, en appel, y compris les taxes, s'élevaient à environ 80 000 \$, dont approximativement 50 000 \$ ont été consacrés (tel que le précisent les éclaircissements obtenus depuis de la part de l'avocat) à la préparation de l'appel, et dont approximativement 14 000 \$ ont été consacrés au mémoire des faits et du droit.

[41] Un bref survol de l'histoire récente du tarif B est justifié à cette étape-ci.

[42] Avant 1995, le tarif était composé de valeurs maximales fixes pour des services précis. Ce tarif avait amené le juge en chef Jackett à formuler les commentaires suivants dans l'arrêt *Smerchanski* (précité), aux pages 805 et 806:

[. . .] il semble clair, à mon sens, que les frais entre parties ne visent pas à indemniser intégralement la partie qui a gain de cause de ses frais extrajudiciaires [. . .]

Il est certain, selon moi, que ces frais sont si peu élevés par rapport aux sommes en litige dans la plupart des cas qu'ils ne dédommagent pas intégralement la partie qui a gain de cause des frais qu'elle a engagés dans le litige. (De fait, en l'espèce, on demande une augmentation qui n'indemniserait que très partiellement la partie qui a eu gain de cause de ses frais extrajudiciaires.) Si, ainsi que je le pense, les dépens entre parties en Cour fédérale ne sont pas destinés à indemniser intégralement la partie à laquelle ils seront versés, ils sont censés se limiter aux sommes tout à fait arbitraires prévues par les règles, sous réserve des modifications autorisées se fondant sur des facteurs relatifs au déroulement de la procédure dont il s'agit. À mon avis, le vague principe proposé par l'avocat de l'intimé obligerait très souvent la Cour à évaluer des facteurs

put the Court in the position, in a very substantial proportion of proceedings, of weighing imponderable factors, or factors that are not capable of determination, with a view to making an allowance of an undefined portion of solicitor and client costs. In my view, such an approach is not acceptable as a basis for exercising a judicial discretion under Tariff B and would open the way for an unseemly complication of our practice.

[43] On September 1, 1995, by Amending Order No. 17, SOR/95-282, s. 5, the 5-column structure of Tariff B came into effect, alleviating perhaps the concerns expressed earlier by Chief Justice Jackett. The Court as well as taxing officers were given more latitude under Tariff B, through both the use of five columns and the establishment within each column of a wide range of units the value of which was initially set at \$100 each. That value was to be reviewed every year by the Chief Justice according to a specific formula.

[44] Tariff B was again amended in 1998 with the coming into force of the “new” *Federal Court Rules, 1998* (SOR/98-106). The 5-column structure was maintained, the value of the units remained at \$100 (it has since been increased to \$110 on April 1, 2001), and the items provided for were substantially the same as in 1995.

[45] Throughout these changes, the Rules pertaining to costs remained substantially the same as they are now codified in Part 11.

[46] The adoption of the new Tariff B, in 1995, coupled with the slight changes made to it in 1998, reflect, in my view, a clear intention to move very cautiously when setting the financial hurdles parties might expect to face when seeking remedy in the Federal Court of Canada. One may safely start with the proposition that the intent of rule 407 (and of former Rule 346) was to reaffirm, as a general principle, that bills of costs are not meant to compensate all the costs incurred by a litigant. Members of the Rules Committee, in 1998, were well aware of the fact that counsel fees set out in 1995 in Tariff B did not, in most cases, reflect the actual fees charged to a client. The issue was discussed and a deliberate choice was made not to dissuade litigation by

impondérables ou impossibles à définir pour adjuger une partie indéterminée des frais extrajudiciaires. À mon sens, cette façon de justifier l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par le tarif B n’est pas acceptable; elle aurait d’ailleurs pour effet de compliquer notre pratique sans raison.

[43] Le 1^{er} septembre 1995, par ordonnance modificatrice n^o 17, DORS/95-282, art. 5, la structure en cinq colonnes du tarif B est entrée en vigueur, soulageant peut-être les préoccupations exprimées par le juge en chef Jackett. La Cour et les officiers taxateurs se sont vu accorder plus de latitude en vertu du tarif B, tant par l’utilisation de cinq colonnes que l’établissement dans chaque colonne d’une grande variété d’unités dont la valeur a été initialement fixée à 100 \$ chacune. La valeur devait être examinée chaque année par le juge en chef selon une formule précise.

[44] Le tarif B a de nouveau été modifié en 1998 lors de l’entrée en vigueur des «nouvelles» *Règles de la Cour fédérale (1998)* (DORS/98-106). La structure en cinq colonnes a été maintenue, la valeur des unités est demeurée à 100 \$ (elle a depuis été augmentée à 110 \$ le 1^{er} avril 2001) et les articles prévus sont demeurés essentiellement les mêmes qu’en 1995.

[45] Tout au long de l’établissement de ces changements, les articles des Règles se rapportant aux dépens sont demeurés essentiellement les mêmes que ceux qui avaient été codifiés à la partie 11.

[46] L’adoption du nouveau tarif B, en 1995, associée aux légères modifications qui ont été apportées à ce dernier en 1998, reflète, à mon avis, une intention claire de procéder avec une extrême prudence à l’établissement des obstacles financiers auxquels les parties pouvaient s’attendre à être confrontées lorsqu’elles demandaient une mesure corrective à la Cour fédérale du Canada. On peut affirmer sans problème que l’intention de la règle 407 (et de l’ancienne Règle 346) consistait à réaffirmer, comme principe général, que les mémoires de frais n’ont pas pour objet de dédommager une partie de tous les dépens qu’elle a engagés. Les membres du Comité des règles, en 1998, étaient bien au courant du fait que les honoraires d’avocat établis en

exposing litigants, in normal circumstances, to hefty costs. One must be reminded that in most instances in the Federal Court, the litigants are the State on the one hand and private citizens on the other.

[47] This intent is also reflected in the discretion vested in the Court, in paragraph 400(6)(c), to award costs on a solicitor-and-client basis and in the keeping of the five columns in Tariff B, the last two of which provide for above-average bills of costs. The Supreme Court of Canada made it clear that awarding costs on a solicitor-and-client basis (which are, for all practical purposes, the costs actually incurred by a litigant) remains exceptional and is generally associated with reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817).

[48] The principles applicable to awards of increased costs were recently discussed by this Court in *Wihksne v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 356; [2002] F.C.J. No. 1394 (C.A.) (QL), where I made the following observations, at paragraph 11:

The appellant seeks full compensation for the costs incurred to date in the Federal Court. I have not been convinced that there are valid reasons to derogate from Rule 407 which states the general principle that costs are to be awarded in accordance with column III of the table to Tariff B. As Wetston J. said in *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1998) 159 F.T.R. 233, “an important principle underlying costs is that an award of costs represents a compromise between compensating a successful party and not unduly burdening an unsuccessful party.” This decision was confirmed at (2001) 199 F.T.R. 320 (F.C.A.). Tariff B, admittedly, is already obsolete in many instances. But absent special considerations (see Rule 400(3)), the Court should be reluctant to attempt to rewrite Tariff B—a task better left to the Rules Committee—and to embark into a factual determination of costs which is better left in the hands of specialized taxing officers. I make mine these words of Nadon J., then sitting in the Trial Division, in *Hamilton Marine & Engineering Ltd. v. CSC Group Inc.* (1995) 99 F.T.R. 285:

1995 dans le tarif B ne reflétaient pas, dans la plupart des cas, les frais réels imposés à un client. La question a été examinée et l’on a délibérément choisi de ne pas dissuader les parties d’intenter des litiges en les exposant, dans des circonstances normales, à des dépens considérables. On doit se rappeler que dans la plupart des cas portés devant la Cour fédérale, les parties sont l’État d’un côté et des citoyens de l’autre côté.

[47] Cette intention se reflète également dans le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour par l’alinéa 400(6)c) d’adjudger des dépens sur une base avocat-client et dans le maintien de cinq colonnes dans le tarif B, dont les deux dernières prévoient des mémoires de frais supérieurs à la moyenne. La Cour suprême du Canada a précisé que l’adjudication de dépens sur la base avocat-client (qui sont, en pratique, les dépens réellement engagés par une partie) demeure exceptionnelle et qu’elle est en général associée à une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d’une des parties (voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817).

[48] Les principes applicables à l’adjudication de dépens supplémentaires ont été récemment examinés par cette Cour dans l’arrêt *Wihksne c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 356; [2002] A.C.F. n° 1394 (C.A.) (QL) où j’avais formulé les observations suivantes au paragraphe 11:

L’appelant cherche à obtenir le remboursement complet de ses dépens à ce jour en Cour fédérale. On ne m’a pas convaincu qu’il y avait des raisons valables de déroger à l’article 407 des Règles, qui porte qu’en général les dépens sont taxés en conformité avec la colonne III du tarif B. Comme le juge Wetston l’affirme dans *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1998) 159 F.T.R. 233, «[u]n principe important sous-tend les dépens: l’allocation de dépens représente un compromis entre l’indemnisation de la partie qui a gain de cause et la non-imposition d’une charge excessive à la partie qui succombe». Cette décision a été confirmée à (2001) 199 F.T.R. 320 (C.A.F.). Il est clair que le tarif B est maintenant dépassé dans bien des cas, mais en l’absence de facteurs particuliers (voir le paragraphe 400(3) des Règles) la Cour doit être très prudente lorsqu’il s’agit de récrire le tarif B—une tâche qui incombe au Comité des règles—et d’essayer de déterminer les faits relatifs aux dépens, tâche qui doit être laissée aux officiers taxateurs spécialisés en ces matières. J’adopte ici les mots du juge Nadon, alors à la Section de

I indicated to counsel during the hearing that there was no doubt that, in most cases, the fees provided in Tariff B were not sufficient to fully compensate a successful party. I also indicated to counsel during the hearing that, in my view, the tariff necessarily had to remain the rule and that an increase of the tariff fee was the exception. By that I meant that the discretion given to the Court to increase the tariff amounts pursuant to rule 344(1) and (6) of the Federal Court Rules was not to be exercised lightly. Put another way, the fact that the successful party's legal costs were far superior to the amounts to which that party was entitled under the tariff, was not in itself a factor for allowing an increase in those fees.

[49] In the case at bar, the factors listed in subsection 400(3) and relied upon by counsel for the respondent are largely inapplicable. It is true that 12 issues were raised in the notice of appeal, but they were either abandoned or regrouped into four headings in the memorandum of fact and law filed by the appellant. The issues raised were typical of those argued in trade-mark appeals and none of them involved particularly complex issues of fact and law. The appeal was conducted in the usual manner and no allegation is made that it was conducted improperly by counsel for the appellant. The fact that costs were assessed at the upper end of column III in the Trial Division is obviously relevant but in no way determinative with respect to the process in the Court of Appeal. That fact, in any event, does not help the respondent, as it claims in appeal much more than the upper end of column III and it is unlikely that more work was required in appeal than it was at trial.

[50] The fact that the respondent won on appeal is a factor that militates in favour of costs being awarded to it, not in favour of higher costs. There was nothing unusual, here, in the result achieved by the respondent.

première instance, dans *Hamilton Marine & Engineering Ltd. c. CSC Group Inc.* (1995) 99 F.T.R. 285:

J'ai indiqué aux avocats pendant l'audience qu'il ne faisait aucun doute que, dans la plupart des cas, les frais prévus au tarif B ne sont pas suffisants pour dédommager entièrement la partie qui a gain de cause. Je leur ai également indiqué qu'à mon avis le tarif doit nécessairement demeurer la règle et qu'une augmentation des frais prévus au tarif doit être l'exception. Je voulais dire que le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour d'augmenter les sommes prévues au tarif, aux termes des paragraphes 344(1) et (6) des Règles de la Cour fédérale, ne doit pas être exercé à la légère. Autrement dit, le fait que les frais juridiques de la partie qui obtient gain de cause soient de beaucoup supérieurs aux sommes auxquelles cette partie a droit en vertu du tarif n'est pas en soi un facteur justifiant la majoration des frais prévus.

[49] En l'espèce, les facteurs énumérés au paragraphe 400(3) des règles, sur lequel s'est fondé l'avocat de l'intimée, sont en grande partie inapplicables. Il est vrai que 12 questions ont été soulevées dans l'avis d'appel, mais elles ont été abandonnées ou regroupées sous quatre intitulés dans le mémoire des faits et du droit déposé par l'appelante. Les questions soulevées étaient typiques de celles invoquées dans des appels concernant des marques de commerce et aucune d'entre elles ne visait des questions particulièrement complexes de fait et de droit. L'appel a été entendu de la manière habituelle, et aucune allégation relative à la conduite incorrecte de l'avocat de l'appelante n'a été formulée. Le fait que les dépens ont été taxés selon la valeur maximale de la colonne III en Section de première instance est de toute évidence pertinent, mais il n'est en aucune façon déterminant en ce qui concerne la procédure se déroulant devant la Cour d'appel. Ce fait, en tout état de cause, n'est pas utile à l'intimée puisqu'elle réclame en appel beaucoup plus que la valeur maximale de la colonne III et qu'il est improbable que davantage de travail soit requis en appel que devant la Section de première instance.

[50] Le fait que l'intimée ait obtenu gain de cause en appel représente un facteur qui milite en faveur de l'adjudication des dépens à cette dernière et non pas de l'adjudication de dépens plus élevés. Il n'y avait rien d'inhabituel en l'espèce en ce qui concerne le résultat obtenu par l'intimée.

[51] The fact that the judgment was delivered from the Bench after hearing from both sides for a day and that the reasons for judgment simply endorsed those of the Trial Judge is indicative of the quality of these reasons, not of the frivolity or weakness of the appeal.

[52] The role of counsel is described in vague terms. That “a substantial amount of work” was conducted does not necessarily lead to the conclusion that all the work done was necessary or that the losing party should automatically be made liable for the billing rates the winning party was prepared to pay to its own counsel. While I do not wish to second-guess counsel as to the propriety of their work, I cannot blindly accept their general statement nor impose on the other party the payment of a substantial amount of costs with respect to work the nature and necessity of which remain largely unsubstantiated.

[53] I am prepared, however, to recognize that the work done in preparation for the hearing of the appeal should be taken into account. Tariff B, inexplicably, has omitted, in 1995 and again in 1998, this item which appeared in former Tariff B under the heading 1(h) [as am. by SOR/87-221, s. 8]: “for preparation for a trial in the Trial Division or a hearing in the Court of Appeal, for each two days of the actual trial or hearing or part thereof, up to \$250” (my emphasis). I am authorized, under item 27, to recognize “such other services” that have been rendered by counsel and I am allowing, for the preparation of the hearing of the appeal, a total of seven units, which is more than the numbers set out in the Tariff but which corresponds to the upper end of the number of units allowed in item 19 of column III for the memorandum of fact and law, an item comparable, in my view, to that of preparation for the hearing of the appeal.

[54] As I have not understood counsel for the appellant to object to an assessment of costs on appeal on the basis of the upper end of column III—as was done in the Trial Division—and as that assessment leads to a round figure of \$8,500, inclusive of disbursements and taxes, I have no problem agreeing with that figure. I would add

[51] Le fait que la Cour ait prononcé le jugement à l’audience après avoir entendu les deux parties pendant une journée et que les motifs du jugement aient simplement approuvé ceux du juge de première instance est révélateur de la qualité de ces motifs et non de la frivolité ou de la faiblesse de l’appel.

[52] Le rôle de l’avocat est décrit en termes vagues. Le fait qu’une [TRADUCTION] «quantité considérable de travail» ait été accomplie ne mène pas nécessairement à la conclusion que tout le travail était nécessaire ou que la partie déboutée devrait automatiquement être tenue responsable des taux de facturation que la partie qui a obtenu gain de cause était prête à payer à son propre avocat. Bien que je ne souhaite pas juger après coup la pertinence du travail des avocats, je ne peux accepter aveuglément leur déclaration générale ni obliger l’autre partie à payer un montant considérable de dépens à l’égard du travail dont la nature et la nécessité demeurent en grande partie non justifiées.

[53] Je suis disposé, cependant, à reconnaître que le travail accompli lors de la préparation de l’audition de l’appel devrait être considéré. Le tarif B, inexplicablement, a omis, en 1995 et encore en 1998, cet article qui figurait dans l’ancien tarif B sous l’intitulé 1/h) [mod. par DORS/87-221, art. 8]: «une somme n’excédant pas 250 \$ pour la préparation d’un procès devant la Division de première instance ou d’une audience devant la Cour d’appel, pour chaque période de deux jours ou moins du procès ou de l’audience» (je souligne). Je suis autorisé, en vertu de l’article 27, à reconnaître les «autres services» qui ont été rendus par un avocat et j’accorde, pour la préparation de l’audition de l’appel, un total de sept unités, ce qui représente plus que ce qui est prévu dans le tarif, mais cela correspond à la valeur maximale des unités accordées dans l’article 19 de la colonne III pour le mémoire des faits et du droit, un article comparable, à mon avis, à celui de la préparation de l’audition de l’appel.

[54] Comme je n’ai pas entendu l’avocat de l’appelante s’opposer à une taxation des dépens sur la base d’une valeur supérieure de la colonne III—comme cela a été fait en Section de première instance—et comme cette taxation mène à un chiffre arrondi de 8 500 \$, les débours et la taxe compris, je n’éprouve

to it a round figure of \$1,500 to take into account the preparation for the hearing of the appeal as well as the presentation of the within motion, resulting in a total award of \$10,000, inclusive of costs and disbursements.

[55] Tariff B gives the Court enough margin to manoeuvre in the vast majority of cases. The Court always retains, of course, its discretion under subsection 400(4) to award “a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs”, but such discretion should be exercised in exceptional cases only and in a manner that can be proportionally related to the Tariff. The case, here, has not been shown to be exceptional.

[56] It may be that special tariffs should be devised for specialized areas where both sides are prepared to go to court at any cost and to literally relinquish control over their counsel fees. But we are not there yet and until we get there, should we get there, prudence dictates a conservative approach. Costs, in this Court, have never been an issue of much controversy since the introduction, in 1995, of the 5-column tariff. To paraphrase the words of Chief Justice Jackett in *Smerchanski*, I would rather keep a practice that has served the Court and the litigants well than move into an era of arbitrary distribution by the Court of important lump sums, based on a contrived proportion of the real costs allegedly incurred, thereby paving the way “for an unseemly complication of our practice”.

[57] Arbitrary use of the Court’s discretion would run contrary to the principle of judicial comity. The attribution of lump sums far exceeding the amounts permissible under Tariff B in order to compensate for part of the actual costs incurred by a litigant in a non-exceptional case is likely to lead to an undermining of the Tariff, which in turn is likely to lead to unpredictability, arbitrariness and in the end unfairness in costs awards. Without the guidance provided by the Tariff, litigants would be confused and uncertain about the financial costs of litigation. Such uncertainty should not be taken lightly. The ability to estimate the cost of litigation plays an important role in one’s access to the courts. As I noted in *Wihksne (supra)*, any substantial change in the

aucune difficulté à accorder ce chiffre. J’y ajouterais un chiffre rond de 1 500 \$ pour tenir compte de la préparation de l’audition de l’appel ainsi que la présentation de la présente requête, ce qui donne au total 10 000 \$, les dépens et les débours compris.

[55] Le tarif B donne à la Cour suffisamment de marge de manœuvre dans la vaste majorité des cas. La Cour conserve toujours, bien entendu, son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 400(4) d’adjuger «une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés», mais un tel pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé que dans des cas exceptionnels et d’une manière proportionnelle au tarif. Le présent cas ne s’est pas avéré exceptionnel.

[56] Il se peut que des tarifs spéciaux soient conçus pour des domaines particuliers lorsque les deux parties sont prêtes à aller en cour à n’importe quel prix et à renoncer à tout contrôle sur leurs honoraires d’avocat. Toutefois, nous n’en sommes pas encore là et jusqu’à ce moment, la prudence dicte une approche conservatrice. Les dépens, devant cette Cour, n’ont jamais représenté une question très controversée depuis l’introduction, en 1995, du tarif composé de 5 colonnes. Pour paraphraser les mots du juge en chef Jackett dans l’arrêt *Smerchanski*, je conserverais une pratique qui a bien servi la Cour et les parties plutôt que de faire distribuer arbitrairement par la Cour d’importants montants forfaitaires fondés sur une proportion artificielle des dépens réels prétendument engagés, ce qui aurait pour effet de «compliquer notre pratique sans raison».

[57] Le recours arbitraire au pouvoir discrétionnaire de la Cour serait contraire au principe de la courtoisie judiciaire. L’attribution de montants forfaitaires largement supérieurs aux montants autorisés en vertu du tarif B afin de compenser en partie les dépens réels engagés par une partie dans un cas qui n’est pas exceptionnel aurait probablement pour effet de saper le tarif, ce qui à son tour entraînerait probablement des dépens imprévisibles, arbitraires et, en bout de ligne, inéquitable. Sans les indications fournies par le tarif, les parties seraient déconcertées et incertaines au sujet des coûts financiers d’un litige. Une telle incertitude ne devrait pas être prise à la légère. La capacité à estimer le coût d’un litige joue un rôle important lorsque l’on s’adresse aux

practice of the Court should be left in the hands of the Rules Committee. The Committee, after all, is a statutory body (section 45.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 13] of the *Federal Court Act*) composed of members of the Court and of the bar and the Attorney General of Canada, whose duty includes, at paragraph 46(1)(g), that of “awarding and regulating costs in the Court”.

[58] In the end, therefore, I would grant in part the motion “for increased costs” and I would give directions to the assessment officer, under rule 403, to assess the costs on appeal in the form of a lump sum of \$10,000 inclusive of fees and disbursements, including those related to the within motion for directions.

tribunaux. Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Wihsne* (précité), tout changement des pratiques de la Cour devrait être laissé au Comité des règles. Le Comité, après tout, représente un organisme créé par une loi (article 45.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 13] de la *Loi sur la Cour fédérale*) composé de membres de la Cour et du barreau ainsi que du procureur général du Canada, dont les tâches comprennent, à l’alinéa 46(1)g), celle de «réglementer les dépens et leur adjudication».

[58] En bout de ligne, par conséquent, je suis d’avis que la requête «pour dépens supplémentaires» doit être accueillie en partie et que l’officier taxateur, en vertu de la règle 403, taxe les dépens en appel sous la forme d’un montant forfaitaire de 10 000 \$, y compris les frais et les débours, dont ceux liés à la présente requête pour directives.

A-653-00
2002 FCA 424

A-653-00
2002 CAF 424

Attorney General of Canada (Applicant)

Procureur général du Canada (demandeur)

v.

c.

Ken Fletcher, Claude J. Gallant, Fred W. Johnson, L. P. Leblanc, Philippe Leclerc, James A. Macleod, Steven J. Richard and J. R. Hebert (Respondents)

Ken Fletcher, Claude J. Gallant, Fred W. Johnson, L. P. Leblanc, Philippe Leclerc, James A. Macleod, Steven J. Richard et J. R. Hebert (défendeurs)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. FLETCHER (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. FLETCHER (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Noël JJ.A.—
Ottawa, October 15 and November 5, 2002.

Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et Noël, J.C.A.—
Ottawa, 15 octobre et 5 novembre 2002.

Labour Relations — Judicial review of PSSRB decision no danger at time of investigation, but dangerous condition at time correctional officers “technically” refusing to work at penitentiary under Canada Labour Code, s. 128 due to “minimum staffing” practice — Safety officer finding no “danger” at time of investigation as no such policy in place at that time — Right of employee to refuse to work for safety reasons to be exercised in particular context, not to be used as forum for analysis of employer's policy — Safety officer required to examine working conditions at time of refusal to work, and investigation, but could only intervene if danger at time of investigation — Board erred in law.

Relations du travail — Contrôle judiciaire d'une décision de la CRTFP selon laquelle il n'y avait aucun danger au moment de l'enquête, mais une situation dangereuse existait lorsque des agents correctionnels ont, en raison d'une pratique de «dotation minimale», refusé «techniquement» de travailler au pénitencier en application de l'art. 128 du Code canadien du travail — L'agent de sécurité a conclu qu'il n'y avait aucun «danger» au moment de l'enquête parce qu'il n'y avait aucune politique de dotation minimale en application à ce moment-là — Le droit d'un employé de refuser de travailler pour des raisons de sécurité doit être exercé dans un contexte particulier; il ne doit pas servir de tribune pour l'analyse de la politique d'un employeur — L'agent de sécurité était tenu d'examiner les conditions de travail telles qu'elles étaient au moment du refus de travailler et de l'enquête, mais il ne pouvait intervenir que s'il existait un danger au moment de l'enquête — La Commission a commis une erreur de droit.

Penitentiaries — “Minimum staffing” in place at penitentiary requiring correctional officers to work in groups of two per unit — Seven officers “technically” refusing to work under Canada Labour Code, s. 128 — Safety officer finding no minimum staffing policy in operation at time of investigation, concluding no “danger” as defined by Code, s. 122 — PSSRB erred in law in finding dangerous condition with respect to Units 3, 4, having found no danger at time of investigation.

Pénitenciers — Une pratique de «dotation minimale» en vigueur au pénitencier obligeait les agents correctionnels à travailler en groupes de deux par unité — Sept agents ont refusé «techniquement» de travailler en application de l'art. 128 du Code canadien du travail — L'agent de sécurité a estimé qu'il n'y avait aucune politique de dotation minimale en application au moment de son enquête et il a conclu qu'il n'y avait aucun «danger» au sens de l'art. 122 du Code — La CRTFP, après avoir jugé qu'aucun danger n'existait au moment de l'enquête, a commis une erreur de droit lorsqu'elle a estimé qu'une situation dangereuse existait pour les unités 3 et 4.

This was an application for judicial review of a decision by the Public Service Staff Relations Board allowing in part the respondents' appeal of a decision by an investigating safety officer that found no “danger” present at the Dorchester

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la Commission des relations de travail dans la fonction publique a accueilli en partie l'appel des défendeurs à l'encontre de la décision d'un agent de sécurité

Maximum Security Penitentiary. On November 22, 1999, a practice known as “minimum staffing” was in place at the Penitentiary, requiring the correctional officers to work in groups of two per unit. Seven officers filed a complaint under section 128 of the *Canada Labour Code*, but chose to remain at their posts, resulting in a “technical” refusal to work. Two days later, a safety officer, dispatched to the Penitentiary, found that there was no minimum staffing policy in operation at the time of his investigation and concluded that there was no «danger» as defined by the Code at that time. The Board held that the safety officer should have taken into account whether there was a danger to the officers both “at the time of the investigation and at the time of the refusal to work”. It found that minimum staffing in Units 3 and 4 presented a situation which placed the officers on duty in those Units in danger at the time of the refusal to work, but that there was no longer any danger at the time of the investigation.

Held, the application should be allowed.

Per Décary J.A. (Noël J.A. concurring): The question to be answered was one of law going to the root of the safety officer’s jurisdiction to issue directions under subsection 129(4) of the Code. Since it was a matter of statutory interpretation with respect to which there was no special expertise employed by the sole member of the Board, the standard of review was correctness.

Sections 128 and 129 of the *Canada Labour Code* are based on the premise that an employee may refuse to work if he has a reasonable cause to believe that there exists a danger. The mere fact that the safety officer could only intervene if there was a danger at the time of the investigation did not preclude him from examining the whole context, including the circumstances prevailing at the time of the refusal to work. According to Pratte J.A. in *Bidulka v. Canada (Treasury Board)*, circumstances existing at the time of the refusal to work may be relevant. However, the existence of a danger at the time of the refusal to work did not by itself give the safety officer or, ultimately, the Board, jurisdiction to give directions to the employer with respect to that danger. It is only with respect to danger that exists at the time of the investigation that directions may be given. The Board, having found that no danger existed at the time of the investigation, erred in law in finding that a dangerous condition existed with respect to Units 3 and 4. The only option open to the Board was to confirm the report of the safety officer. The refusal-to-work mechanism set out in the Code is an emergency measure. It is a tool placed in the hands of the employee when faced with a condition that could reasonably be expected to cause injury or

enquêteur qui avait conclu à l’absence d’un «danger» au pénitencier à sécurité maximale de Dorchester. Le 22 novembre 1999, une pratique appelée «dotation minimale» était en vigueur au pénitencier, pratique qui obligeait les agents correctionnels à travailler en groupes de deux par unité. Sept agents ont déposé une plainte en application de l’article 128 du *Code canadien du travail*, mais ont décidé de rester à leurs postes, ce qui équivalait à un refus «technique» de travailler. Deux jours plus tard, un agent de sécurité, dépêché au pénitencier, a estimé qu’il n’y avait aucune politique de dotation minimale en application au moment de son enquête, et il a conclu qu’il n’y avait pas de «danger» au sens du Code au même moment. La Commission a exprimé l’avis que l’agent de sécurité aurait dû se demander s’il existait un danger pour les agents à la fois «au moment de l’enquête et au moment du refus de travailler». Elle a estimé que la dotation minimale dans les unités 3 et 4 présentait une situation qui, au moment du refus de travailler, mettait en danger les agents de service dans ces unités, mais qu’il n’y avait plus aucun danger au moment de l’enquête.

Arrêt: la demande est accueillie.

Le juge Décary, J.C.A. (le juge Noël, J.C.A., souscrivant à son avis): Le point à décider est une question de droit qui est au cœur du pouvoir de l’agent de sécurité de donner des instructions en application du paragraphe 129(4) du Code. Vu qu’il s’agit d’une question d’interprétation législative qui ne fait pas appel à des connaissances spécialisées de la part du membre unique de la Commission, la norme de contrôle applicable est la décision correcte.

Les articles 128 et 129 du *Code canadien du travail* reposent sur le principe selon lequel un employé peut refuser de travailler s’il a des motifs raisonnables de croire qu’il existe un danger. Le simple fait que l’agent de sécurité ne puisse intervenir que s’il existe un danger au moment de l’enquête ne l’empêchait pas d’examiner le contexte tout entier, y compris les circonstances qui avaient cours au moment du refus de travailler. Selon le juge Pratte, J.C.A., dans *Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor)*, les circonstances qui ont cours au moment du refus de travailler peuvent être à propos. Cependant, l’existence d’un danger au moment du refus de travailler ne confère pas par le fait même à l’agent de sécurité ou, éventuellement, à la Commission, le pouvoir de donner à l’employeur des instructions relatives à ce danger. Des instructions ne peuvent être données qu’à l’égard d’un danger qui existe au moment de l’enquête. La Commission, après avoir jugé qu’aucun danger n’existait au moment de l’enquête, a commis une erreur de droit lorsqu’elle a estimé qu’une situation dangereuse existait pour les unités 3 et 4. La seule option qu’avait la Commission était de confirmer le rapport de l’agent de sécurité. Le mécanisme du refus de travailler tel qu’il est exposé dans le Code est une mesure d’urgence. C’est

illness to him before the hazard or condition can be corrected. The right of an employee to refuse to work for safety reasons is an important but limited right that has to be exercised in accordance with the particular context. It is not meant to be used as a tool to obtain a ruling from a safety officer, the Board or this Court with respect to a policy which is not implemented at the time of the investigation.

Per Desjardins J.A. (concurring): Subsection 122(1) of the *Canada Labour Code* defines “danger” as any hazard or condition that could reasonably be expected to cause injury or illness to a person exposed thereto before the hazard or condition can be corrected. The legislation, on the one hand, provides that the existence of danger is to be made prior to the correction stage. The safety officer is therefore required to examine the working conditions at the time of the refusal to work. On the other hand, this Court said in *Bidulka v. Canada (Treasury Board)* that a determination as to whether a condition exists that constitutes a danger to the employee, so as to justify a continuation of his refusal to work, is to be made at the time of the investigation. An employee can continue to refuse to work only if such a danger exists. The safety officer is called upon to determine whether the danger if it existed, still exists, and whether the corrective measure, if taken, is effective. The Board could not substitute its decision for that of the safety officer on the ultimate determination which was whether the continuation of the refusal to work in Units 3 and 4 was justified. That decision could only be taken at the time of the investigation and not at the time of the refusal. Moreover, neither the safety officer nor the Board could consider the “minimum staffing policy”. The mechanism provided by the Code calls for a specific fact-finding investigation to deal with a specific situation. It is not meant to provide a forum for an analysis of an employer’s policy.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 122(1) “danger” (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 1), 128 (as am. *idem*, s. 4), 129 (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bidulka v. Canada (Treasury Board), [1987] 3 F.C. 630; (1987), 76 N.R. 374 (C.A.).

un outil dont dispose l’employé devant une situation qui pourrait lui causer une blessure ou une maladie avant que cette situation ne soit corrigée. Le droit d’un employé de refuser de travailler pour des raisons de sécurité est un droit important, mais limité, qui doit être exercé en accord avec le contexte particulier. Ce droit ne saurait être un moyen d’obtenir une décision d’un agent de sécurité, de la Commission ou de la Cour fédérale à propos d’une politique qui n’est pas appliquée au moment de l’enquête.

Le juge Desjardins, J.C.A. (motifs concordants): Le paragraphe 122(1) du *Code canadien du travail* définit le terme «danger» comme étant un risque ou situation susceptible de causer des blessures à une personne qui y est exposée, ou de la rendre malade, avant qu’il ne puisse y être remédié. D’une part, la loi prévoit que la question de l’existence d’un danger doit être décidée avant que le risque soit écarté. L’agent de sécurité est donc tenu d’examiner les conditions de travail telles qu’elles étaient au moment du refus de travailler. D’autre part, la Cour a dit dans l’arrêt *Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor)* que, pour que le maintien du refus de travailler soit justifié, il faut se prononcer sur l’absence ou l’existence d’un danger pour l’employé en fonction de la situation qui a cours au moment de l’enquête. Un employé ne peut maintenir son refus de travailler que si un tel danger existe. L’agent de sécurité doit se demander si le danger, dans la mesure où il existait auparavant, existe encore, et si la mesure corrective, dans la mesure où elle a été prise, a donné des résultats. La Commission ne pouvait pas substituer sa décision à celle de l’agent de sécurité sur la question ultime de savoir si le maintien du refus de travailler dans les unités 3 et 4 était justifié. Cette décision ne pouvait être prise qu’en fonction de la situation à la date de l’enquête et non en fonction de la situation à la date du refus. Par ailleurs, ni l’agent de sécurité ni la Commission n’avaient le pouvoir de considérer la «politique de dotation minimale». Le mécanisme prévu par le Code prévoit une méthode particulière d’établissement des faits pour régler une situation particulière. Il n’est pas destiné à constituer une tribune pour l’analyse de la politique d’un employeur.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 122(1) «danger» (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 1), 128 (mod., *idem*, art. 4), 129 (mod., *idem*; L.C. 1993, ch. 42, art. 7).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 3 C.F. 630; (1987), 76 N.R. 374 (C.A.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Bonfa (1990), 73 D.L.R. (4th) 364; 33 C.C.E.L. 105; 113 N.R. 224 (F.C.A.); *Scott C. Montani* (1994), 95 di 157; *Michel Collard* (1993), 92 di 49; *Kavanagh v. Treasury Board (Solicitor General Canada—Correctional Service)*, 2000 PSSRB 4; [2000] C.P.S.S.R.B. No. 3 (QL).

APPLICATION for judicial review of a decision by the Public Service Staff Relations Board (*Fletcher v. Treasury Board (Solicitor General—Correctional Service)*, 2000 PSSRB 86; [2000] C.P.S.S.R.B. No. 58 (QL)) allowing in part the respondents' appeal of a decision by an investigating safety officer that no "danger" was present at the Dorchester Maximum Security Penitentiary. Application allowed.

APPEARANCES:

Harvey A. Newman and *Richard E. Fader* for applicant.
Edouard Kravitz for respondents Ken Fletcher, Claude J. Gallant, Fred W. Johnson and James A. Macleod.
Andrew J. Raven for respondents L. P. Leblanc, Philippe Leclerc, Steven J. Richard and J. R. Hebert.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Sauvé & Roy, Montréal, for respondents Ken Fletcher, Claude J. Gallant, Fred W. Johnson and James A. Macleod.
Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for respondents L. P. Leblanc, Philippe Leclerc, Steven J. Richard and J. R. Hebert.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: This is an application for judicial review to set aside the decision of A. E. Bertrand of the Public Service Staff Relations Board (the Board) dated September 20, 2000, cited as *Fletcher v. Treasury Board (Solicitor General—Correctional Service)*, 2000 PSSRB 86; [2000] C.P.S.S.R.B. No. 58 (QL). The

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Procureur général) c. Bonfa (1990), 73 D.L.R. (4th) 364; 33 C.C.E.L. 105; 113 N.R. 224 (C.A.F.); *Scott C. Montani* (1994), 95 di 157; *Michel Collard* (1993), 92 di 49; *Kavanagh c. Conseil du Trésor (Solliciteur général du Canada—Service correctionnel)*, 2000 CRTFP 4; [2000] C.R.T.F.P.C. n° 3 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la Commission des relations de travail dans la fonction publique (*Fletcher c. Conseil du Trésor (Solliciteur général—Service correctionnel)*, 2000 CRTFP 86; [2000] C.R.T.F.P.C. n° 58 (QL)) a accueilli en partie l'appel des défendeurs à l'encontre de la décision d'un agent de sécurité enquêteur qui avait conclu à l'absence d'un «danger» au pénitencier à sécurité maximale de Dorchester. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Harvey A. Newman et *Richard E. Fader* pour le demandeur.
Edouard Kravitz pour les défendeurs Ken Fletcher, Claude J. Gallant, Fred W. Johnson et James A. Macleod.
Andrew J. Raven pour les défendeurs L. P. Leblanc, Philippe Leclerc, Steven J. Richard et J. R. Hebert.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Sauvé & Roy, Montréal, pour les défendeurs Ken Fletcher, Claude J. Gallant, Fred W. Johnson et James A. Macleod.
Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour les défendeurs L. P. Leblanc, Philippe Leclerc, Steven J. Richard et J. R. Hebert.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de A. E. Bertrand, membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la Commission), en date du 20 septembre 2000, répertoriée: *Fletcher c. Conseil du Trésor (Solliciteur général—Service correctionnel)*,

Board allowed in part the respondents' appeal of a decision by one investigating safety officer that found no "danger" present at the Dorchester Maximum Security Penitentiary (the Penitentiary).

[2] The present case arose from seven work refusals under Part II, section 128 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 4] of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] (the Code) by correctional officers at the Penitentiary. An eighth refusal, in a different institution, was held in abeyance pending the outcome of the within application.

[3] On November 22, 1999, a practice known as "minimum staffing" was in place at the Penitentiary, requiring the officers to work in groups of two per unit. The officers filed a complaint under section 128 of the Code, but chose to remain at their posts, resulting in a "technical" refusal to work. As per section 129 [as am. *idem*], a safety officer was dispatched to the Penitentiary on November 24 and 25, 1999. He found that while there was no risk management policy covering minimum staffing situations, there was no minimum staffing policy in operation at the time of his investigation. Each of the four units at issue had at least 3 officers, and there were no other signs of danger at the Penitentiary at that time. The officer concluded that there was no "danger" as defined by the Code on the date of the investigation.

[4] The respondent corrections officers then had that decision referred to the Board pursuant to subsection 129(5) of the Code.

[5] The Board was of the view that the safety officer should have taken into account whether there was a danger to the officers both "at the time of the investigation and at the time of the refusal to work" (Board decision, at paragraph 64). It then found that minimum staffing in Units 3 and 4 presented a situation which placed the officers on duty in those Units in danger at the time of the refusal to work. It also found

2000 CRTFP 86 et publiée à [2000] C.R.T.F.P.C. n° 58 (QL). La Commission avait accueilli en partie l'appel des défendeurs à l'encontre de la décision d'un agent de sécurité enquêteur qui avait conclu à l'absence d'un «danger» au pénitencier à sécurité maximale de Dorchester (le pénitencier).

[2] La présente affaire découlait de sept refus de travailler opposés par des agents correctionnels du pénitencier, ainsi que le prévoit l'article 128 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 4], dans la partie II du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2] (le Code). Un huitième refus, dans une autre institution, a été mis en suspens jusqu'à l'issue de la présente demande.

[3] Le 22 novembre 1999, une pratique appelée «dotation minimale» était en vigueur au pénitencier, pratique qui obligeait les agents à travailler en groupes de deux par unité. Les agents ont déposé une plainte en application de l'article 128 du Code, mais ont décidé de rester à leurs postes, ce qui équivalait à un refus «technique» de travailler. En application de l'article 129 [mod., *idem*; L.C. 1993, ch. 42, art. 7], un agent de sécurité fut dépêché au pénitencier les 24 et 25 novembre 1999. Il a estimé que, malgré l'absence d'une politique de gestion du risque réglant les situations de dotation minimale, il n'y avait aucune politique de dotation minimale en application au moment de son enquête. Chacune des quatre unités en question disposait d'au moins trois agents, et il n'y avait pas d'autres signes de danger au pénitencier à ce moment-là. L'agent a conclu qu'il n'y avait pas de «danger» au sens du Code à la date de l'enquête.

[4] Les agents correctionnels défendeurs ont alors fait renvoyer cette décision à la Commission conformément au paragraphe 129(5) du Code.

[5] La Commission a exprimé l'avis que l'agent de sécurité aurait dû se demander s'il existait un danger pour les agents à la fois «au moment de l'enquête et au moment du refus de travailler» (décision de la Commission, au paragraphe 64). Puis elle a estimé que la dotation minimale dans les unités 3 et 4 présentait une situation qui, au moment du refus de travailler, mettait en danger les agents de service dans ces unités. Elle a

that at the time of the investigation there was no longer any danger. The Board went on to quash the decision of the safety officer, and substituted its own directions. These directions were of limited effect, however, because the Penitentiary had since implemented a permanent three-officer staffing policy in Units 3 and 4.

[6] The applicant then applied to the Court for judicial review. Only that part of the Board's decision which deals with Units 3 and 4 is in issue.

Standard of review

[7] The question to be answered is one of law which goes to the root of the safety officer's jurisdiction to issue directions pursuant to subsection 129(4) of the Code. There is no privative clause restricting review of Board decisions under Part II of the Code. This is a matter of statutory interpretation with respect to which there is no special expertise employed by the sole member of the Board involved in the resolution of this issue. The standard is that of correctness.

The position of the parties

[8] The applicant's sole grievance on this application is the Board's finding that the safety officer, in determining whether a danger existed under the Code, should have decided "whether or not minimal staffing in each particular Unit within the Dorchester penitentiary constituted a danger to the correctional officer or others at the time of the investigation and at the time of the refusal to work" (emphasis added; Board decision, at paragraph 64).

[9] The applicant cites the cases *Bidulka v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 3 F.C. 630 (C.A.) (*Bidulka*) and *Canada (Attorney General) v. Bonfa* (1990), 73 D.L.R. (4th) 364 (F.C.A.) (*Bonfa*) as well as a line of Public Service Staff Review Board (PSSRB) and Canada Labour Relations Board (CLRB) decisions to argue that the only relevant evidence for the safety officer to consider is that which is present at the time of the investigation. Since there was no danger present (i.e. no minimum staffing policy in place) at the time of the investigation, there could be no finding of danger.

aussi jugé que, au moment de l'enquête, il n'y avait plus aucun danger. La Commission a ensuite annulé la décision de l'agent de sécurité, qu'elle a remplacée par ses propres directives. Ces directives étaient cependant d'un effet limité parce que le pénitencier avait depuis appliqué, dans les unités 3 et 4, une politique permanente de dotation par trois agents.

[6] Le demandeur a alors prié la Cour d'exercer un contrôle judiciaire. Seule la partie de la décision de la Commission qui traite des unités 3 et 4 est ici en cause.

Norme de contrôle

[7] Le point à décider est une question de droit qui est au cœur du pouvoir de l'agent de sécurité de donner des instructions en application du paragraphe 129(4) du Code. Il n'y a pas de clause privative restreignant l'examen des décisions de la Commission selon la partie II du Code. Il s'agit ici d'une question d'interprétation législative qui ne fait pas appel à des connaissances spécialisées de la part du membre unique de la Commission concerné par la résolution de ce point. La norme est celle de la décision correcte.

Les positions des parties

[8] Le seul grief du demandeur dans cette demande est la conclusion de la Commission selon laquelle, lorsqu'il s'est demandé si un danger existait selon le Code, l'agent de sécurité aurait dû décider «si la dotation minimale dans chaque unité particulière du pénitencier de Dorchester constituait un danger pour l'agent de correction ou pour d'autres personnes au moment de l'enquête et au moment du refus de travailler» (non souligné dans le texte; décision de la Commission, au paragraphe 64).

[9] Le demandeur invoque l'arrêt *Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 3 C.F. 630 (C.A.) (*Bidulka*) et l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bonfa* (1990), 73 D.L.R. (4th) 364 (C.A.F.) (*Bonfa*), ainsi que plusieurs décisions de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP) et du Conseil canadien des relations de travail (CCRT) pour affirmer que l'unique preuve dont doit tenir compte l'agent de sécurité est la preuve qui a cours au moment de l'enquête. Comme il n'y avait aucun danger (c'est-à-dire aucune politique de dotation minimale n'était en

[10] The respondents largely reiterate the decision of the Board. They argue that there is no temporal limitation in the legislation regarding the definition of “danger”, and that none should be read in. A purposive approach to the interpretation of the Code was taken by the Board which decided that a temporal limitation would restrict the safety officer’s ability to fulfil his legislative mandate.

The merits

[11] The issue at bar is a narrow one which must be examined in the context of the particular circumstances of the case.

[12] The safety officer was of the view that his duty was to look at the situation on the actual date on which the investigation was conducted. He concluded that there was no danger at the time of the investigation.

[13] The Board saw the matter somehow differently. It felt entitled to look at the circumstances at the time of the refusal to work as well as at the circumstances at the time of the investigation by the safety officer. The applicant argues that the Board had no jurisdiction to enquire as to the existence of a danger at the time of the refusal to work.

[14] I see no merit in this argument. Sections 128 and 129 of the *Canada Labour Code* are based on the premise that an employee may refuse to work if he has a reasonable cause to believe that there exists a danger. The mere fact that the safety officer may only intervene if there is a danger at the time of the investigation does not preclude him from examining the whole context, including the circumstances prevailing at the time of the refusal to work. To understand and determine whether a danger exists in the workplace, it must be permissible to consider all the evidence, whether it be historical or present at the time of the investigation. I do not read the existing case law as precluding such an approach. I read the following paragraph of the reasons for judgment of

vigueur) au moment de l’enquête, on ne pouvait conclure à l’existence d’un danger.

[10] Les défendeurs reprennent essentiellement la décision de la Commission. Ils soutiennent qu’il n’y a pas dans la loi de limite temporelle à la définition de «danger» et que l’on ne devrait y présumer aucune limite semblable. La Commission a adopté pour le Code une interprétation téléologique en estimant qu’une limite temporelle réduirait l’aptitude de l’agent de sécurité à accomplir le mandat que lui attribue la loi.

Le bien-fondé

[11] Le point à décider ici est un point précis qui doit être examiné dans le contexte des circonstances particulières du cas.

[12] L’agent de sécurité a exprimé l’avis que sa tâche était de considérer la situation telle qu’elle existait à la date de l’enquête. Il a conclu qu’il n’y avait aucun danger au moment de l’enquête.

[13] La Commission a vu la chose un peu différemment. Elle s’est crue fondée à examiner les circonstances telles qu’elles étaient au moment du refus de travailler, ainsi que les circonstances telles qu’elles étaient au moment de l’enquête conduite par l’agent de sécurité. Le demandeur soutient que la Commission n’avait pas compétence pour s’interroger sur l’existence d’un danger au moment du refus de travailler.

[14] Je crois que cet argument est sans fondement. Les articles 128 et 129 du *Code canadien du travail* reposent sur le principe selon lequel un employé peut refuser de travailler s’il a des motifs raisonnables de croire qu’il existe un danger. Le simple fait que l’agent de sécurité ne puisse intervenir que s’il existe un danger au moment de l’enquête ne l’empêche pas d’examiner le contexte tout entier, y compris les circonstances qui avaient cours au moment du refus de travailler. Pour comprendre la situation et déterminer s’il existe un danger sur le lieu de travail, il doit être possible d’examiner toute la preuve, qu’elle soit historique ou qu’elle soit présente au moment de l’enquête. Je ne sache pas que la jurisprudence existante interdise cette

Pratte J.A. in *Bidulka* as a statement to the effect that circumstances existing at the time of the refusal to work may be relevant (at page 641):

The task of a safety officer under paragraph 86(2)(b) is clearly to determine whether, at the time of the investigation, a “condition exists . . . that constitutes a danger to the employee”. The fact that there had been violence on the picket lines a few days before the investigation was clearly not a condition that existed at the time of the investigation of the safety officers. It would, of course, have been relevant to the determination that they had to make if the situation had not changed since those eruptions of violence. But it was precisely because they judged that the situation prevailing at the time of their investigation was different from the one that had existed earlier that the safety officers decided as they did. Because of that change, one could not reasonably anticipate that the future would be a mere repetition of the past.

[15] That being said, however, the existence of a danger at the time of the refusal to work does not in and by itself give the safety officer or, ultimately, the Board, jurisdiction to give directions to the employer with respect to that danger. It is only with respect to a danger that exists at the time of the investigation that directions may be given. In the case at bar, the Board, having found that no danger existed at the time of the investigation, erred in law in finding that a dangerous condition existed with respect to Units 3 and 4. The only option open to the Board was to confirm the report of the safety officer.

[16] Counsel for the respondents argued forcefully that a danger existed at the time of the investigation as the minimum staffing policy was still on the books, though not enforced.

[17] This argument, with respect, is based on a misconceived perception of the refusal-to-work mechanism set out in the Code.

[18] The mechanism is an *ad hoc* opportunity given employees at a specific time and place to ensure that their immediate work will not expose them to a dangerous situation. It is the short-term well-being of an

manière de voir. Selon moi, le passage suivant des motifs du juge Pratte, J.C.A. dans l’arrêt *Bidulka* permet d’affirmer que les circonstances qui ont cours au moment du refus de travailler peuvent être à propos (à la page 641):

Conformément à l’alinéa 86(2)b), l’agent de sécurité est clairement tenu de décider de l’existence ou de l’inexistence, au moment de son enquête, «d’une situation constituant un danger pour l’employé». La violence qui avait sévi sur les lignes de piquetage quelques jours avant l’enquête des agents de sécurité ne représentait clairement pas la situation qui existait au moment de l’enquête de ces derniers. Elle aurait naturellement été pertinente à la décision que devaient rendre les agents de sécurité si la situation n’avait pas changé depuis ces explosions de violence. Mais ils ont conclu comme ils l’ont fait précisément parce qu’ils ont jugé que la situation qui avait cours au moment de leur enquête était différente de celle qui avait existé plus tôt. Étant donné ce changement, on ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce que l’avenir ne soit que la répétition du passé.

[15] Cependant, cela dit, l’existence d’un danger au moment du refus de travailler ne confère pas par le fait même à l’agent de sécurité ou, éventuellement, à la Commission, le pouvoir de donner à l’employeur des instructions relatives à ce danger. Des instructions ne peuvent être données qu’à l’égard d’un danger qui existe au moment de l’enquête. En l’espèce, la Commission, après avoir jugé qu’aucun danger n’existait au moment de l’enquête, a commis une erreur de droit lorsqu’elle a estimé qu’une situation dangereuse existait pour les unités 3 et 4. La seule option qu’avait la Commission était de confirmer le rapport de l’agent de sécurité.

[16] Les avocats des défendeurs ont soutenu avec force qu’un danger existait au moment de l’enquête car la politique de dotation minimale, bien que non appliquée, figurait encore dans les textes.

[17] Cet argument repose malheureusement sur une incompréhension du mécanisme du refus de travailler tel qu’il est exposé dans le Code.

[18] Le mécanisme constitue une occasion particulière donnée aux employés, à un moment déterminé et à un endroit déterminé, de s’assurer que leur travail immédiat ne les exposera pas à une situation dangereuse. C’est la

employee which is at stake, not a hypothetical or speculative one.

[19] The mechanism is an emergency measure. It is a tool placed in the hands of the employee when faced with a condition that could reasonably be expected to cause injury or illness to him before the hazard or condition can be corrected. See *Scott C. Montani* (1994), 95 di 157, at page 7:

The Board has stated that Parliament did not intend to deal with danger in the broadest sense of the word. See David Pratt (1988), 73 di 218; and 1 CLRBR (2d) 310 (CLRB no. 686). Danger within the meaning of the Code must be perceived to be immediate and real. The risk to employees must be serious to the point where the machine or thing or the condition created may not be used until the situation is corrected. Also, the danger must be one that Parliament intended to cover in Part II of the Code.

The right to refuse is an emergency measure. It is to be used to deal with situations where employees perceive that they are faced with immediate danger and where injury is likely to occur right there and then. It cannot be a danger that is inherent in the work or that constitutes a normal condition of work. Nor is the possibility of injury or potential for danger sufficient to invoke the work refusal provisions; there must in fact be danger. See Stephen Brailsford (1992), 87 di 98 (CLRB no. 921); and David Pratt, *supra*. Nor is the provision meant to be used to bring labour relations issues and disputes to a head. Where such refusals coincide with other labour relations disputes, the Board will pay particular attention to the circumstances of the refusal. See Stephen Brailsford, *supra*; Ernest L. LaBarge (1981), 47 di 18; and 82 CLLC 16,151 (CLRB no. 357); and William Gallivan (1981), 45 di 180; and [1982] 1 Can LRBR 241 (CLRB no. 332).

[20] The mechanism is not the means by which the bulk of the objectives of Part II are achieved. See *Michel Collard* (1993), 92 di 49, at page 4:

[. . .] In fact, the safety officer, while recognizing that concerns on the long-term effects of these products may exist, decided for the purposes of the inquiry on the refusal to work to restrict himself to the reason for the refusal.

This procedure, the Board readily recognizes, complies with the general scheme of the Code and its own case law on this matter. In fact, the right of refusal constitutes but a part of the

protection à court terme de l'employé qui est en jeu, non une protection hypothétique ou éventuelle.

[19] Le mécanisme est une mesure d'urgence. C'est un outil dont dispose l'employé devant une situation qui pourrait lui causer une blessure ou une maladie avant que cette situation ne soit corrigée. Voir *Scott C. Montani* (1994), 95 di 157, à la page 7:

Le Conseil a déclaré que le Parlement n'avait pas eu l'intention d'utiliser le mot «danger» dans son acception la plus large. Voir David Pratt (1988), 73 di 218; et 1 CLRBR (2d) 310 (CCRT n° 686). Au sens du Code, le «danger» doit être perçu comme immédiat et réel. Le risque auquel sont exposés les employés doit être suffisamment sérieux pour que la machine ou la chose ou la situation engendrée ne puisse être utilisée avant qu'il ne soit remédié à la situation. En outre, il doit s'agir d'un danger que le Parlement voulait inclure dans la Partie II du Code.

Le droit de refuser de travailler est une mesure d'urgence. Les employés doivent y faire appel dans des situations où ils croient faire face à un danger immédiat ou à un risque imminent de blessures. Il ne peut s'agir d'un danger qui est inhérent au travail ou qui constitue une condition normale de l'emploi. La possibilité de blessures ou de danger ne constitue pas un motif suffisant pour se prévaloir des dispositions sur le refus de travailler; le danger doit bel et bien exister. Voir Stephen Brailsford (1992), 87 di 98 (CCRT n° 921); et David Pratt, *supra*. Cette disposition n'a pas davantage pour objet de faire aboutir des enjeux ou des différends en matière de relations du travail. Lorsqu'une telle décision coïncide avec d'autres conflits de travail, le Conseil se soucie tout particulièrement des circonstances entourant le refus. Voir Stephen Brailsford, *supra*; Ernest L. LaBarge (1981), 47 di 18; et 82 CLLC 16,151 (CCRT n° 357); et William Gallivan (1981), 45 di 180; et [1982] 1 Can LRBR 241 (CCRT n° 332).

[20] Le mécanisme n'est pas le moyen par lequel est atteint l'essentiel des objectifs de la partie II. Voir *Michel Collard* (1993), 92 di 49, à la page 4:

[. . .] En d'autres mots, l'agent de sécurité, s'il reconnaît l'existence possible de préoccupations sur les conséquences à long terme de ces produits, décide aux fins de son enquête sur le refus de travail de se limiter à l'objet précis du refus.

Cette démarche, le Conseil le reconnaît aisément, est en conformité avec l'économie d'ensemble du Code et sa propre jurisprudence en la matière. En effet, le droit de refus ne

structure of Part II of the Code that is aimed at protecting the health and safety of workers, and remains well outlined as the Board stated in *Atkinson*, supra (pages 81-83) [*Dennis C. Atkinson* (1992), 89 di 76 (CLRB no. 958)]. This is one of the reasons the Board's case law insists on the fact that this procedure must not constitute the preferred way to promote a healthy and safe environment (see *David Pratt* (1988), 73 di 218; and 1 CLRBR (2d) 310 (CLRB no. 686), pages 225-226; and 317-318; and *Rosario Coulombe* (1989), 78 di 52 (CLRB no. 747), pages 63-65).

[21] The mechanism is a continuing one available whenever, and as often as, an employee has reasonable cause to remove himself from the workplace.

[22] It follows, in my view, that the right of an employee to refuse to work for safety reasons is an important but limited right that has to be exercised in accordance with the particular context. The right is not meant to be used as a tool to obtain a ruling from a safety officer, the Board or this Court with respect to a policy which is not implemented at the time of the investigation. Whether a safety officer could find that a policy not implemented at the time of the investigation is nevertheless a "danger" giving an employee the right to refuse work because of bad faith on the part of the employer or because of a likelihood of implementation in the immediate future is an issue better left unresolved as it does not arise in this case. The respondents, here, have achieved their goal. The work refusal provisions of the Code have been applied to their advantage. To ask for more, as a matter of principle, is to go beyond the object of the provisions.

[23] For obvious reasons, I refrain from expressing any view on the impact, if any, of the legislative changes brought to Part II of the *Canada Labour Code* (as am. by S.C. 2000, c. 20) and which came into force on September 30, 2000, well after the events that we are concerned with in this application.

[24] A final comment is warranted. The Board, at paragraph 48 of its reasons, has interpreted the words "au terme de l'enquête" in subsection 129(2) of the

constitue, et encore demeure-t-il fort encadré comme l'a précisé le Conseil dans *Atkinson*, supra (pages 81-83) [*Dennis c. Atkinson* (1992), 89 di 76 (CCRT n° 958)], qu'une partie de l'économie d'ensemble de la Partie II du Code qui vise à protéger la santé et la sécurité des travailleurs. C'est pour cette raison, entre autres, que la jurisprudence du Conseil rappelle avec insistance que ce moyen ne doit pas constituer la voie privilégiée pour promouvoir un environnement sain et sécuritaire (voir *David Pratt* (1988), 73 di 218; et 1 CLRBR (2d) 310 (CCRT n° 686), pages 225-226; et 317-318; et *Rosario Coulombe* (1989), 78 di 52 (CCRT n° 747), pages 63-65).

[21] Il s'agit d'un mécanisme permanent auquel un employé peut recourir dès lors qu'il a des motifs raisonnables de se retirer du lieu de travail.

[22] Il s'ensuit à mon avis que le droit d'un employé de refuser de travailler pour des raisons de sécurité est un droit important, mais limité, qui doit être exercé en accord avec le contexte particulier. Ce droit ne saurait être un moyen d'obtenir une décision d'un agent de sécurité, de la Commission ou de la Cour fédérale à propos d'une politique qui n'est pas appliquée au moment de l'enquête. Un agent de sécurité pourrait-il conclure qu'une politique qui n'est pas appliquée au moment de l'enquête constitue néanmoins un «danger», donnant ainsi à un employé le droit de refuser de travailler parce que l'employeur est de mauvaise foi ou parce qu'il est vraisemblable que la politique sera appliquée dans un avenir proche? C'est là un point qu'il n'est pas opportun de décider car il ne se pose pas dans le cas qui nous occupe. Les défendeurs ont ici atteint leur objectif. Les dispositions du Code relatives au refus de travailler ont été appliquées à leur avantage. Demander davantage, par principe, c'est aller au-delà de l'objet des dispositions.

[23] Pour des raisons évidentes, je m'abstiendrai de me prononcer sur l'effet, ou l'absence d'effet, des modifications apportées à la partie II du *Code canadien du travail* (mod. par L.C. 2000, ch. 20), qui sont entrées en vigueur le 30 septembre 2000, bien après les événements sur lesquels repose la présente demande.

[24] Une observation finale s'impose. Au paragraphe 48 de ses motifs, la Commission interprète les mots «au terme de l'enquête», au paragraphe 129(2) du Code,

Code as meaning “the terms of the investigation”. This interpretation is on its face erroneous. “[T]erme”, used in the singular, means “at the end” or, to use the words of the English version, “on completion of”. Furthermore, one would be at a loss here to find “the terms” of the investigation.

[25] I would allow with costs the application for judicial review, set aside that part of the decision of the Board which rescinded the report of the safety officer and found that a dangerous condition existed with respect to Units 3 and 4 and refer the matter back to the Board for a new determination to be made on the basis that the report of the safety officer ought to be confirmed.

NOËL J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[26] DESJARDINS J.A. (concurring): I had the advantage of reading in draft the reasons for judgment of my colleague Décary J.A. I agree with his reasons but I wish to add considerations of my own.

[27] The issue raised by the applicant deals with the time period the safety officer must consider in order to determine whether “a condition exists . . . that constitutes a danger to the employee” who “continues to refuse . . . to work in a place” (my emphasis), as these terms are to be understood under subsection 129(1) and paragraph 129(2)(b) of the *Canada Labour Code* (the Code).

[28] Ideally, there should be no or little time lag between the moment an employee “refuse[s] to . . . work” (my emphasis), because a condition exists that constitutes a danger to him (paragraph 128(1)(b)), and the moment the safety officer starts his investigation, considering that the employee must “forthwith report the circumstances of the matter to his employer” (subsection 128(6)), that the employer “shall forthwith . . .

comme s’il s’agissait des conditions ou modalités de l’enquête. Cette interprétation est à sa face même erronée. Le mot «terme», employé au singulier, signifie «à l’achèvement» ou, pour employer les mots de la version anglaise, «*on completion of*». D’ailleurs, on serait bien en peine ici de déceler «des conditions» de l’enquête.

[25] Je suis d’avis d’accueillir la demande de contrôle judiciaire, avec dépens, d’annuler la partie de la décision de la Commission qui rescindait le rapport de l’agent de sécurité et concluait à l’existence d’une situation dangereuse pour les unités 3 et 4, et de renvoyer l’affaire à la Commission pour nouvelle décision, étant entendu que le rapport de l’agent de sécurité doit être confirmé.

LEJUGENOËL, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

* * *

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

[26] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: (motifs concordants): J’ai eu l’avantage de lire les motifs provisoires de mon collègue le juge Décary. Je souscris à ses motifs, mais je voudrais y ajouter certaines de mes réflexions.

[27] Le point soulevé par le demandeur porte sur la période que doit considérer l’agent de sécurité pour savoir s’«il est dangereux pour l’employé de travailler dans le lieu», lorsqu’il y a «maintien du refus» de travailler (c’est moi qui souligne), tel que ces mots doivent être compris dans le contexte du paragraphe 129(1) et de l’alinéa 129(2)b) du *Code canadien du travail* (le Code).

[28] Idéalement, il devrait y avoir peu ou pas de décalage entre le moment où un employé «refus[e] [. . .] de travailler» dans un lieu (c’est moi qui souligne) parce qu’il est dangereux pour lui de travailler dans le lieu (alinéa 128(1)b)), et le moment où l’agent de sécurité commence son enquête, étant donné que l’employé doit «fai[re] immédiatement rapport sur la question à son employeur» (paragraphe 128(6)), que l’employeur «fait

investigate the report” (subsection 128(7)), that, “[w]here an employee continues to refuse . . . to work”, both the employer and employee “shall each forthwith notify a safety officer” who in turn “shall forthwith . . . investigate the matter”, (subsection 129(1)).

[29] The reality is often different.

[30] In *Bidulka v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 3 F.C. 630 (C.A.), the situation on the picket line had changed from the moment the meat inspectors refused to work till the time the safety officers made their inspections. In *Canada (Attorney General) v. Bonfa* (1990), 73 D.L.R. (4th) 364 (F.C.A.), the danger complained of had disappeared from the moment the expulsion officer refused to escort a Ghanian to the hospital, for fear of a contagious disease, till the time the security officer arrived, considering the Ghanian had already been escorted to the hospital by another officer. In *Kavanagh v. Treasury Board (Solicitor General Canada—Correctional Service)*, 2000 PSSRB 4; [2000] C.P.S.S.R.B. No. 3 (QL), the fumes had dissipated by the time the safety officer arrived on site.

[31] In the case at bar, it was on the morning of November 22, 1999 that the seven correctional officers “technically” refused to work, when they found that only two officers were assigned per Unit and that they were called upon to work with only one other correctional officer in their Unit. The safety officer conducted his investigation on November 24 and 25. When the visits were carried out, he noted that there were more than two officers on staff in all of the four Units, and that support staff, such as clerical staff and parole officers, were also present. Given that the refusal to work was based on the staffing of only two correctional officers and given that he was required to make a determination as of the time of the conduct of his investigation, he found no evidence of danger.

[32] What constitutes a “danger” is thus defined under subsection 122(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 1] of the Act:

immédiatement enquête à ce sujet» (paragraphe 128(7)) et que, en cas de «maintien du refus» de travailler, l’employeur et l’employé «doivent chacun en informer immédiatement un agent de sécurité», lequel «effectue une enquête sur la question» (paragraphe 129(1)).

[29] La réalité est souvent différente.

[30] Dans l’arrêt *Bidulka c. Canada (Conseil du trésor)*, [1987] 3 C.F. 630 (C.A.), la situation qui prévalait sur le piquet de grève s’était modifiée entre le moment où les inspecteurs des viandes avaient refusé de travailler, et le moment où les agents de sécurité avaient procédé à leurs inspections. Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Bonfa* (1990), 73 D.L.R. (4th) 364 (C.A.F.), le danger exposé dans la plainte avait disparu entre le moment où l’agent d’expulsion avait refusé d’escorter un Ghanéen à l’hôpital par crainte d’une maladie contagieuse, et le moment où l’agent de sécurité était arrivé, car le Ghanéen avait déjà été escorté jusqu’à l’hôpital par un autre agent. Dans l’affaire *Kavanagh c. Conseil du Trésor (Solliciteur général du Canada—Service correctionnel)*, 2000 CRTFP 4; [2000] C.R.T.F.P.C. n° 3 (QL), les émanations s’étaient dissipées lorsque l’agent de sécurité était arrivé sur les lieux.

[31] En l’espèce, c’est le matin du 22 novembre 1999 que les sept agents correctionnels ont refusé «techniquement» de travailler, lorsqu’ils ont constaté que deux agents seulement étaient affectés pour chaque unité et qu’ils devaient travailler avec seulement un autre agent correctionnel dans leur unité. L’agent de sécurité a mené son enquête les 24 et 25 novembre. Lorsque les visites ont été effectuées, il a observé qu’il y avait plus de deux agents dans chacune des quatre unités et qu’il y avait aussi des employés de soutien, par exemple des employés de bureau et agents de liberté conditionnelle. Étant donné que le refus de travailler se fondait sur la dotation de seulement deux agents correctionnels, et puisqu’il devait se prononcer sur la situation telle qu’elle existait au moment de son enquête, il a conclu à l’absence d’un danger.

[32] Ce qui constitue un «danger» est ainsi défini au paragraphe 122(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 1] du Code:

122. (1) ...

“danger” means any hazard or condition that could reasonably be expected to cause injury or illness to a person exposed thereto before the hazard or condition can be corrected. [My emphasis.]

[33] The legislation, on the one hand, provides that the existence of danger is to be made prior to the correction stage. The safety officer is therefore required to examine the working conditions at the time of the refusal to work.

[34] The safety officer, on the other hand, is told by our Court in *Bidulka*, *supra*, at page 641, that a determination as to whether a condition exists that constitutes a danger to the employee, so as to justify a continuation of his refusal to work, is to be made at the time of the investigation. An employee can continue to refuse to work only if such a danger exists. If no danger exists, an employee has no justification to continue to refuse to work.

[35] The Board somewhat felt this discrepancy and took the following route. It looked at the “matter” to be investigated (at paragraphs 71-72 of the reasons of the Board). It estimated that the safety officer ought to have determined whether the cause of the “technical” refusal to work, namely minimum staffing, constituted a danger both at the time of the investigation on November 23 and 24 and at the time of the refusal to work on November 22, 1999. The safety officer had only answered the first question. The Board determined that the report was insufficient and proceeded to make its own analysis on the second question. It concluded that Units 3 and 4 represented a dangerous condition as a result of having only 2 correctional officers on staff on November 22, 1999.

[36] The Board was required to take this broader view under the ruling of our Court in *Bidulka*. Both timing periods were relevant, namely whether danger existed “before the hazard or condition can be corrected” and whether it existed at the time of the investigation. The safety officer is therefore called upon to determine whether the danger, if it existed, still exists, and whether the corrective measure, if taken, is effective.

122. (1) [. . .]

«danger» Risque ou situation susceptible de causer des blessures à une personne qui y est exposée, ou de la rendre malade, avant qu’il ne puisse y être remédié, [C’est moi qui souligne.]

[33] La loi par ailleurs prévoit que la question de l’existence d’un danger doit être décidée avant que le risque soit écarté. L’agent de sécurité est donc tenu d’examiner les conditions de travail telles qu’elles étaient au moment du refus de travailler.

[34] Par ailleurs, dans l’arrêt *Bidulka*, précité, à la page 641, la Cour fédérale indique à l’agent de sécurité que, pour que le maintien du refus de travailler soit justifié, il doit se prononcer sur l’absence ou l’existence d’un danger pour l’employé en fonction de la situation qui a cours au moment de l’enquête. Un employé ne peut maintenir son refus de travailler que si un tel danger existe. En l’absence d’un danger, l’employé n’a aucune raison de maintenir son refus de travailler.

[35] La Commission a senti cette divergence et pris le chemin suivant. Elle a considéré la «question» sur laquelle il convenait d’enquêter (aux paragraphes 71 et 72 des motifs de la Commission). Elle a estimé que l’agent de sécurité aurait dû se demander si la cause du refus «technique» de travailler, à savoir la dotation minimale, constituait un danger à la fois au moment de l’enquête des 23 et 24 novembre et au moment du refus de travailler, c’est-à-dire le 22 novembre 1999. L’agent de sécurité n’avait répondu qu’à la première question. La Commission a jugé que le rapport était insuffisant et a entrepris de mener sa propre analyse sur la deuxième question. Elle a conclu que les unités 3 et 4 constituaient un danger parce que, le 22 novembre 1999, seuls deux agents correctionnels étaient en service.

[36] La Commission devait, de par l’arrêt *Bidulka*, adopter cette perspective élargie. Les deux périodes devaient être prises en compte, c’est-à-dire la question de savoir si un danger existait «avant que le risque soit écarté, la situation corrigée ou la tâche modifiée», et la question de savoir si un danger existait au moment de l’enquête. L’agent de sécurité doit donc se demander si le danger, dans la mesure où il existait auparavant, existe

encore, et si la mesure corrective, dans la mesure où elle a été prise, a donné des résultats.

[37] What the Board could not do however was to substitute its decision for that of the safety officer on the ultimate determination which is whether the continuation of the refusal to work in Units 3 and 4 was justified. That decision can only be taken at the time of the investigation and not at the time of the refusal on November 22, 1999.

[37] Ce que la Commission ne pouvait pas faire cependant, c'était de substituer sa décision à celle de l'agent de sécurité sur la question ultime de savoir si le maintien du refus de travailler dans les unités 3 et 4 était justifié. Cette décision ne pouvait être prise qu'en fonction de la situation à la date de l'enquête et non en fonction de la situation à la date du refus, c'est-à-dire le 22 novembre 1999.

[38] Moreover, neither the safety officer nor the Board, could consider the "minimum staffing policy". The mechanism provided by the Code calls for a specific fact-finding investigation to deal with a specific situation. It is not meant to provide a forum for an analysis of an employer's policy.

[38] Par ailleurs, ni l'agent de sécurité ni la Commission n'avaient le pouvoir de considérer la «politique de dotation minimale». Le mécanisme prévu par le Code prévoit une méthode particulière d'établissement des faits pour régler une situation particulière. Il n'est pas destiné à constituer une tribune pour l'analyse de la politique d'un employeur.

[39] I would dispose of this matter as suggested by my colleague Décary J.A.

[39] Je disposerais de cette affaire comme l'a proposé mon collègue le juge Décary, J.C.A.

IMM-3296-00

IMM-3296-00

Ali Abdalla Ali (*Applicant*)**Ali Abdalla Ali** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: ALI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ALI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{RE} INST.)**

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Ottawa, November 7, 2000.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Ottawa, 7 novembre 2000.

Citizenship and Immigration — Judicial Review — Leave Requirements — Due to lack of available judges, impossible to meet Immigration Act, s. 82.1(7) requirement for hearing matter within 90 days of granting leave — Fairness to applicant superseding scheduling difficulties — Leave granted, matter to be heard as soon as possible — Word “shall” in Act, s. 82.1(7) interpreted as directory rather than mandatory resulting in no loss of jurisdiction.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Conditions d'autorisation — Vu qu'il n'y a pas de juge disponible pour entendre l'affaire, il est impossible de respecter l'exigence de l'art. 82.1(7) de la Loi sur l'immigration suivant laquelle l'affaire doit être entendue dans les 90 jours de la date à laquelle l'autorisation a été accordée — L'obligation d'équité envers le demandeur l'emporte sur la difficulté de fixer une date — L'autorisation est accordée et l'affaire doit être entendue dès que possible — Le mot «shall» dans la version anglaise de l'art. 82.1(7) de la Loi est interprété comme ayant un caractère directif plutôt qu'impératif; la Cour ne perd donc pas compétence.

Construction of Statutes — Immigration Act, s. 82.1(7) — Due to lack of available judges, impossible to meet Act, s. 82.1(7) 90-day requirement for hearing matter — Leave granted nevertheless, matter to be heard as soon as possible — Word “shall” in Act, s. 82.1(7) interpreted as directory rather than mandatory resulting in no loss of jurisdiction — When provisions of statute relate to performance of public duty, and case such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience, injustice to persons who have no control over those entrusted with duty, and at same time would not promote object of Legislature, practice to hold such provisions directory only: McCain Foods Ltd. v. Canada (National Transportation Agency); Montreal Street Railway Co. v. Normandin — Doctrine applicable herein although here not matter of neglect but mere impossibility.

Interprétation des lois — Art. 82.1(7) de la Loi sur l'immigration — Vu qu'il n'y a pas de juge disponible pour entendre l'affaire, il est impossible de respecter l'exigence de l'art. 82.1(7) de la Loi suivant laquelle l'affaire doit être entendue dans un délai de 90 jours — L'autorisation est accordée malgré tout et l'affaire doit être entendue dès que possible — Le mot «shall» dans la version anglaise de l'art. 82.1(7) de la Loi est interprété comme ayant un caractère directif plutôt qu'impératif; la Cour ne perd donc pas compétence — Lorsque les dispositions d'une loi se rapportent à l'exécution d'un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et non avenue des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait, pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvénients généraux graves, et en même temps n'aiderait pas à atteindre l'objet visé par le législateur, on conclut habituellement que ces dispositions ne sont que directives: McCain Foods Ltd. c. Canada (Office national des transports); Montreal Street Railway Co. v. Normandin — Bien qu'en l'espèce, il soit question non pas d'un manquement, mais d'une simple impossibilité, cette théorie est applicable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73), (7) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(6) (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), (7) (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

McCain Foods Ltd. v. Canada (National Transportation Agency), [1993] 1 F.C. 583; (1992), 8 Admin. L.R. (2d) 184; 152 N.R. 166 (C.A.); *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.).

FIXING a date for the hearing of an application for judicial review when the 90-day requirement of subsection 82.1(7) of the *Immigration Act* cannot be met due to a lack of available judges to hear the matter. Order issued that the matter be heard expeditiously as soon as is materially possible.

APPEARANCES:

Micheal T. Crane for applicant.
Marcel R. Larouche for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Micheal T. Crane, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: In light of the particular circumstances relating to the issuance of the order I granted, I have decided exceptionally to deliver these reasons.

[2] Subsection 82.1(6) of the *Immigration Act*¹ provides that:

82.1 . . .

(6) Subject to subsection (7), where leave to commence an application for judicial review is granted, the application for judicial review shall be deemed to have been commenced and the judge granting leave shall fix the day and place for the hearing of the application for judicial review.

[3] Subsection 82.1(7) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] provides:

82.1 . . .

In fixing a day pursuant to subsection (6), the judge shall set the matter down for a day that is no sooner than thirty days, and no later than ninety days, after the day on which leave to commence the application for judicial review was

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

McCain Foods Ltd. c. Canada (Office national des transports), [1993] 1 C.F. 583; (1992), 8 Admin. L.R. (2d) 184; 152 N.R. 166 (C.A.); *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.).

FIXATION d'une date d'audition de la demande de contrôle judiciaire lorsque le délai de 90 jours prévu au paragraphe 82.1(7) de la *Loi sur l'immigration* ne peut être respecté parce qu'il n'y a pas de juge disponible pour entendre l'affaire. Délivrance d'une ordonnance portant que l'affaire doit être entendue promptement dès que cela s'avère possible.

ONT COMPARU:

Micheal T. Crane pour le demandeur.
Marcel R. Larouche pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Micheal T. Crane, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Compte tenu des circonstances particulières entourant la délivrance de l'ordonnance, j'ai décidé exceptionnellement de rendre les motifs qui suivent.

[2] Le paragraphe 82.1(6) de la *Loi sur l'immigration*¹ prévoit:

82.1 [. . .]

(6) Sous réserve du paragraphe (7), si la demande d'autorisation est accueillie, la demande de contrôle judiciaire est réputée avoir été formée et le juge de la Cour fédérale qui a accueilli la demande d'autorisation fixe la date et le lieu d'audition de la demande de contrôle judiciaire.

[3] Le paragraphe 82.1(7) dispose [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73]:

82.1 [. . .]

(7) La date fixée conformément au paragraphe (6) ne peut être postérieure de moins de trente jours, sauf convention contraire des parties, ni de plus de quatre-vingt-dix jours à la date à laquelle la demande d'autorisation a été accueillie.

granted, unless the parties agree that the matter may be set down on an earlier day.

[4] I have granted the application for leave in this file. However, I am unable, due to a lack of available judges to hear the matter, to obtain from the administration a date that would meet the 90-day requirement of subsection 82.1(7).

[5] I am, therefore, left with the following choices:

1. To wait and sign my order when there is a judge available to hear the matter; or
2. To sign the order immediately and be in non-compliance with the deadline set up in subsection 82.1(7).

[6] After careful consideration, I am of the view that I should issue the order at this time. It is most unfortunate that it cannot meet the time limits set out in subsection 82.1(7) but, in my view, it is in the interest of justice not to delay the issuance of the order. It is the lesser of two evils. Fairness requires that the applicant knows that leave has been granted and when it has been granted. In my opinion, this principle supersedes the difficulty of scheduling within the time limit, which is outside the control of the judge. I am satisfied that the spirit of subsection 82.1(7) is that the matter is heard expeditiously as soon as it is materially possible. *Nemo tenetur ad impossibilia*.

[7] The difficulty with this approach is that, by failing to comply with a legislative requirement, it would appear that I would lose jurisdiction. However, after careful consideration, I do not believe that it is the case. In my opinion, in the circumstances, the word “shall” in subsection 82.1(7) should not be interpreted as being mandatory.

[8] In *McCain Foods Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)*,² the Federal Court of Appeal considered the mandatory/directory doctrine. Essentially, the Court applied the rule developed in *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*³ where it was decided that when the provisions of a statute relate to the performance of a public duty and the case is such that to hold null and void acts done in neglect of this

[4] J’ai fait droit à la demande d’autorisation dans le présent dossier. Cependant, comme il n’y a pas de juge disponible pour entendre l’affaire, je suis incapable d’obtenir de l’administration une date qui respecte le délai de 90 jours prévu au paragraphe 82.1(7).

[5] J’ai donc deux options:

1. attendre et signer mon ordonnance lorsqu’il y aura un juge disponible pour entendre l’affaire; ou
2. signer l’ordonnance immédiatement et ne pas respecter le délai prévu au paragraphe 82.1(7).

[6] Après mûre réflexion, je suis d’avis qu’il convient de délivrer l’ordonnance maintenant. Il est très regrettable qu’elle ne puisse respecter le délai prévu au paragraphe 82.1(7), mais, à mon avis, il est dans l’intérêt de la justice de ne pas retarder la délivrance de l’ordonnance. C’est le moindre de deux maux. L’équité exige que le demandeur sache que l’autorisation a été accordée et à quel moment elle l’a été. Selon moi, ce principe l’emporte sur la difficulté de fixer une date dans le délai imparti, ce sur quoi le juge n’a aucun contrôle. Je suis convaincue que l’esprit du paragraphe 82.1(7) veut que l’affaire soit entendue promptement dès que cela s’avère possible. *Nemo tenetur ad impossibilia* (à l’impossible, nul n’est tenu).

[7] Le problème soulevé par cette façon de procéder tient au fait que cette dérogation à une exigence fixée par la loi me ferait apparemment perdre compétence. Toutefois, après mûre réflexion, je ne crois pas que ce soit le cas. À mon avis, dans les circonstances, le mot «shall» dans la version anglaise du paragraphe 82.1(7) ne devrait pas être interprété comme ayant un caractère impératif.

[8] Dans l’affaire *McCain Foods Ltd. c. Canada (Office national des transports)*², la Cour d’appel fédérale a examiné la théorie de la distinction entre ce qui est impératif ou directif. Essentially, la Cour a appliqué la règle établie dans l’arrêt *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*³ où il a été décidé que lorsque les dispositions d’une loi se rapportent à l’exécution d’un devoir public et que, dans un cas

duty would work serious general inconvenience, or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, and at the same time would not promote the main object of the Legislature, it has been the practice to hold such provisions to be directory only.

[9] Although in the present case, it is not by neglect but by mere impossibility that the order is not granted within the time limit, I am satisfied that the doctrine applies and that subsection 82.1(7) is merely directory.

[10] There is no doubt that there is a public duty imposed by the Act and that the person(s) who come under the jurisdiction of the *Immigration Act* have no control over the process and would be seriously disadvantaged if this order would be declared null and void. At the same time, I find no public interest served in doing so and it would not promote the main object of the Legislature.

[11] For these reasons, I have issued the attached order.

¹ R.S.C., 1985, c. I-2 [s. 82.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73)].

² [1993] 1 F.C. 583 (C.A.).

³ [1917] A.C. 170 (P.C.).

donné, déclarer nuls et non avenue des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait, pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvénients généraux graves, et en même temps n'aiderait pas à atteindre l'objet principal visé par le législateur, on conclut habituellement que ces dispositions ne sont que directives.

[9] Bien qu'en l'espèce, ce ne soit pas en raison d'un manquement, mais d'une simple impossibilité que l'ordonnance ne respecte pas le délai prescrit, je suis convaincue que cette théorie s'applique et que le paragraphe 82.1(7) n'est que directif.

[10] Il n'y a aucun doute que la *Loi sur l'immigration* impose un devoir public et que les personnes régies par cette Loi n'ont aucun contrôle sur le processus en cause et subiraient des inconvénients graves si l'ordonnance était déclarée nulle et non avenue. Par ailleurs, je constate que l'annulation de l'ordonnance ne servirait en rien l'intérêt public et n'aiderait pas à atteindre l'objectif principal visé par le législateur.

[11] Pour ces motifs, j'ai décerné l'ordonnance ci-jointe.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2 [art. 82.1(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73)].

² [1993] 1 C.F. 583 (C.A.).

³ [1917] A.C. 170 (C.P.).

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Application, under Access to Information Act, s. 44, for judicial review of Minister of Public Works and Government Services' decision to release certain information originally submitted by applicant in request for proposal concerning specified contracts concluded between Minister, applicant—Relevant contract involving technical Publications Management Services for Aircraft Maintenance Support Equipment—Applicant concerned disclosure of information to third party, likely potential competitor, would be detrimental to competitive position, could severely damage business—Applicant seeking declaration information in question, total cost figures included in its proposal for contracts, should be exempt from disclosure under Act, s. 20(1)(b), (c), (d)—Application dismissed—In accord with *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, even if principal issue now moot, Court should nevertheless determine matter on facts adduced—Act, s. 20(1)(b) (confidentiality)—Information herein financial in nature, supplied by applicant, treated by it in confidential manner consistently—However, as stated in *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of Secretary of State)* (1994), 79 F.T.R. 42 (F.C.T.D.), one must keep in mind proposals put together for purpose of obtaining government contract, with payment to come from public funds, so, when would-be contractor sets out to win government contract, should not expect terms upon which he is prepared to contract, including capacities his firm brings to task, to be kept fully insulated from disclosure obligations of Government of Canada as part of its accountability—For reasons of public policy, information not confidential information within meaning of Act, s. 20(1)(b), however may have been considered, treated by applicant—Act, s. 20(1)(c) (probable harm)—Applicant has not established, on balance of probabilities, disclosure of information would result in “reasonable expectation of probable harm”—Insufficient evidence to warrant conclusion information in question should be withheld from release—Even if labour cost, hourly wage figures could be calculated by knowledgeable people from total cost proposed, that does not in itself demonstrate that information ought not be disclosed—Act, s. 20(1)(d)

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

(interfering with competition)—Evidence not indicating probable harm from interference with future negotiations between applicant, respondent or between applicant, its staff—Vague concerns about future negotiations between parties or about employee relations with management not sufficient for purposes of meeting requirements of Act, s. 20(1)(d)—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 20(1)(b), (c), (d), 44.

PROMAXIS SYSTEMS INC. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1755-00, 2002 FCT 921, MacKay J., order dated 30/8/02, 10 pp.)

AIR LAW

Judicial review of Civil Aviation Tribunal Appeal Panel (Appeal Panel) upholding Civil Aviation Tribunal's (Tribunal) decision not having jurisdiction herein—Minister suspended pilot's licence of respondent pursuant to Aeronautics Act, s. 6.9 for alleged offences (8) under Canadian Aviation Regulations, Act—Tribunal deciding not having jurisdiction to hear two of offences as based on allegations respondent acted contrary to Act, s. 7.3(1)(c)—Issue whether Tribunal had jurisdiction—Application allowed—Standard of review that of correctness: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982—*Prima facie*, combined effect of Act, ss. 6.8, 6.9(1), 7.3(1) that Minister may suspend document for contravention of matter proscribed in Act, s. 7.3(1)—Tribunal would therefore have jurisdiction to review such decision—Question then becoming whether anything in remainder of statute to take jurisdiction away: *Canada (Attorney General) v. La Ronge Aviation Services Ltd.* (1988), 93 N.R. 234 (F.C.A.)—Appeal Panel, Tribunal incorrectly found apparent jurisdiction taken away by Act, s. 7.3(2)—Combined effect of Act, ss. 7.3(2), (3), 7.6(2) that every contravention of Part 1 provision constituting offence—Contravention of any provision other than designated provision punishable on summary conviction, except where Act, s. 7.3(1) contravened and decision made to

AIR LAW—Concluded

proceed by indictment—Therefore, mere fact that contravention of provision may lead to judicial proceedings, either by indictment or by summary conviction, not sufficient to take away from wording of Act, ss. 6.8, 6.9, and plain meaning of those provisions that contravention of any Part 1 provision may lead Minister to decide to suspend document—Suspension in turn may lead to review of that decision before Civil Aviation Tribunal—To conclude otherwise would render power of suspension all but nugatory, existing only in respect of contravention of designated provision—Act, s. 7.6(2) support for view that where Parliament intends to confine Minister to one mode of proceeding, Parliament uses express wording—Absence of such limitation elsewhere in Part 1 allowing inference that not Parliament's intent to restrict options open to Minister—On plain, ordinary meaning of words in Act, s. 6.9(1), scheme of Part 1, and broad responsibility, authority which Parliament conferred on Minister in Act, s. 4, Minister may suspend aviation document for conduct contravening Act, s. 7.3(1)—Follows that Tribunal may review that decision—Existence of requirement of *mens rea*, while present in criminal offences, not by itself making conduct criminal in sense that only reviewable in court proceedings—As to argument Act, s. 7.3(1) conduct should only be tried in criminal court where specific procedural protections exist, procedural protections before Tribunal commensurate with fact proceedings administrative in nature, to cancel, suspend or not renew aviation document, not with convictions punishable by fines, imprisonment—No basis to argument Act, s. 7.5(1), not Act, s. 6.9, should be used to prohibit further use of pilot's licence—Act, s. 8.5 not inconsistent with interpretation that Act, s. 7.3(1) listing provisions contravention of which may result in suspension under Act, ss. 6.8, 6.9(1)—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 4 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 4, s. 2), 6.8 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1), 6.9 (as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 1, s. 5), 7.3(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1), (2) (as enacted *idem*), (3) (as enacted *idem*), 7.5(1) (as enacted *idem*), 7.6(2) (as enacted *idem*), 8.5 (as enacted *idem*)—Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. WOODS (T-1173-01, 2002 FCT 928, Dawson J., order dated 3/9/02, 17 pp.)

BARRISTERS AND SOLICITORS

Claude Whalen, counsel for applicant, appeared before Court on September 3, 2002, to explain his conduct in this matter —For last several months, Whalen working at IRB—Unable to withdraw from file because unable to find client—Decided to continue with file to preserve client's interests—Aware of conflict of interest, but deliberately did not withdraw from file—Could easily have obtained leave to

BARRISTERS AND SOLICITORS—Concluded

withdraw from file by explaining unable to find client—Completely aware of situation, but intentionally decided to keep his name on record, to ask Court to render decision on strength of file—Failed to provide explanation for absence on day of hearing, August 14, 2002—Explanations provided by Whalen completely inadequate in circumstances—Fact put himself in conflict of interest, did not take immediate steps to end situation, constituting serious professional misconduct— Given his appalling behaviour in circumstances, Whalen ordered to pay costs in amount of \$1,000—Copy of this order to be sent to Chairperson of IRB and to president of Barreau du Québec, for their information.

N'TAKPE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5208-01, 2002 FCT 978, Blais J., order dated 16/9/02, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Judicial review of visa officer's decision in Islamabad, Pakistan, refusing application for permanent residence as applicant belonged to class of inadmissible persons described in Immigration Act, s. 19(1)(I) (applicant judge under Marxist government of Afghanistan, terrorist government engaged in serious and repeated human rights violations, crimes against humanity, war crimes)—Applicant alleging visa officer erred in evaluation of application, alleging visa officer rendered decision contrary to statutes and regulations (committing errors as to facts) and in contravention of duty of procedural fairness (officer should have exercised discretion and asked whether applicant could benefit from ministerial exception)—Application dismissed— Even if visa officer mistakenly identified period covered by Marxist government, record clear that applicant did indeed hold office as judge during period covered by Marxist government of Afghanistan —Visa officer not erring in refusing to issue visa —With respect to procedural fairness, in circumstances herein, since visa officer not having any discretion to grant relief from s. 19(1)(I), she did not have to take into account things in file that in applicant's view showed he did not constitute threat to Canada's national interest— Furthermore, applicant not asking Minister for ministerial exception, when it was his responsibility to do so if he wished to be exempted from non-admissibility—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(I) (as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 55).

MAHZOOZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4283-01, 2002 FCT 926, Blanchard J., order dated 3/9/02, 12 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of visa officer's refusal to exercise positive discretion under *Immigration Regulations*, 1978, s. 11(3) to issue immigrant visa to applicant—Applicant, originally from Hong Kong, emigrated to United States in 1995, became resident there—Subsequently applied for permanent residence in Canada, not intending to become employed in Canada—Assessed as retired person by visa officer—Visa officer found insufficient significant factors, economic considerations to suggest applicant would become “successfully established” under *Regulations*, s. 11(3)—Not satisfied applicant will make living in Canada—Scheme of selection criteria in *Regulations*, s. 8(1) providing for opportunity to work, to be self-employed, to invest, to be entrepreneur—Retirees not precluded from qualifying for immigration if satisfying criteria for investor, entrepreneur, self-employed categories—But under *Immigration Regulations*, 1978, retirees, whose only economic criteria having sufficient assets to sustain themselves, not eligible for immigration to Canada—Application for judicial review dismissed—Question for appeal certified—*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172, ss. 8(1) (as am. by SOR/85-1038, s. 3), 11(3) (as am. by SOR/81-461, s. 1).

MING V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5951-00, 2002 FCT 870, Rothstein J.A. (*ex officio*), order dated 22/8/02, 5 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of CRDD's decision—Applicant, citizen of Egypt, extended family coptic Christians—Applicant, cousin Noha both students at University—Family decided Noha should not be allowed to go about alone, so applicant became constant companion—After consultation with family, priest, decided applicant should leave Egypt—Claimed refugee status in Canada on July 25, 1999—Applicant said could not return to Egypt as fears will be killed by Islamic fundamentalists trying to forcibly recruit cousin—CRDD finding, apart from one discrepancy, applicant “generally credible”—Also finding applicant's fear not well founded—CRDD reviewed documentary evidence with respect to forced conversions of Christians to Islam in Egypt—Applicant on horns of dilemma—Documentary evidence supporting CRDD's conclusion which was not unreasonable—CRDD's conclusion as to absence of objective basis for plaintiff's fear another way of finding reasons to believe future would not follow same course as past—Issue not applicant's subjective fear since CRDD finding no objective basis for fear of future persecution—Application dismissed.

SMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2950-00, 2002 FCT 891, Pelletier J., order dated 20/8/02, 9 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Judicial review of dismissal of Convention refugee claim on ground lacked credible basis—Following refusal of first refugee claim, applicants left Canada for United States—Returned 90 days after departure, submitted fresh refugee claims—CRDD finding applicants not credible, not discharging burden to show reasonable fear of persecution upon return to Sri Lanka, no credible basis for claim—(1) Applicants' submissions suggesting where applicant not returning to country of origin, test of refugee status one of country conditions since cannot have been new instances of persecution if applicant not returning home—Amounts to saying applicant need only show objective basis for fear of persecution—But since definition of Convention refugee has subjective, objective components, determination person refugee on strength of evidence of objective conditions alone would eliminate subjective element of definition—Anomalous result if persons making first claim for refugee status had to show both subjective, objective basis for well-founded fear of persecution, but after 90 days' sojourn in United States, could succeed in second claim by showing only objective basis for fearing persecution—In *Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 629 (C.A.) Hugessen J.A. expressing doubt as to role of subjective element where objective basis shown to exist—But reason for insisting on subjective sensation of fear that refugee system exists to protect those who are afraid of persecution and for whom no state protection—Those whose fear due to inability to appreciate surroundings may be entitled to protection on other grounds, whereas those who are sufficiently robust to protect themselves need no protection from international community—While not model of clarity, CRDD's reasons addressing issue of well-founded fear of persecution on basis of events occurring after applicants' first claim dismissed—(2) Trial Division divided as to whether distinct reasons required where finding of no credible basis made—Those who see no need to provide reasons for “no credible basis” finding arguing that in order to establish claim to refugee status, applicant must provide credible evidence in support of that claim—Consequently, reasons showing basis for finding lack of credibility will necessarily show basis of finding of “no credible basis”: *Nizeyimana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 204 F.T.R. 139 (F.C.T.D.)—*Foyet v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 181 (F.C.T.D.) summarizing argument in favour of reasons—L'Heureux-Dubé J. concluding written reasons required to foster better decision-making in case of humanitarian and compassionate decisions in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 resonating in context of “no credible basis” decisions—On other hand, consequences of “no credible basis” decisions significant, but bounded by procedural, legal safeguards against deportation to place

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

where real risk of inhumane treatment—Where CRDD assessing all of oral and documentary evidence, reasons for concluding no trustworthy evidence supporting applicants' claim will necessarily disclose basis of conclusion as to "no credible basis"—Adherence to test set out by F.C.A. in *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 537 (C.A.), as to basis upon which CRDD may make finding of "no credible basis" for claim obviating need for distinct reasons justifying such finding—Applications dismissed.

KANVATHIPILLAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4509-00, 2002 FCT 881, Pelletier J., order dated 16/8/02, 16 pp.)

Judicial review of CRDD's decision applicant not Convention refugee—Applicant Romanian citizen, part of ethnic Hungarian minority—Basing fear of persecution on inability to earn livelihood, fear of discrimination, harassment, persecution if conscripted into Romanian army—CRDD finding experiences as recent graduate not unlike graduates in many countries who have difficulty securing employment in chosen field—Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status of Office of United Nations High Commissioner for Refugees (1992) stating discrimination amounting to persecution if measures of discrimination leading to consequences of substantially prejudicial nature for person concerned eg. serious restrictions on right to earn livelihood, practise religion, or access to normally available educational facilities—No documentary evidence before CRDD from disinterested party indicating discrimination against ethnic Hungarians in obtaining employment at level amounting to persecution—Open to CRDD on evidence before it to conclude employment experience not atypical for recently graduated secondary, post-secondary graduates, especially those living in country in transition from centrally planned economy to market economy—Evidence not establishing serious restraint on individual's freedom to find work as has been found to constitute persecution (*Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125 (F.C.A.))—Fear of military service stemming from stories heard from others about experiences of conscripted ethnic Hungarians—More serious incidents of treatment occurred in early 1990s—Case wherein differently constituted panel of CRDD finding ethnic-Hungarian claimant Convention refugee based on credible stories told by other conscripted ethnic Hungarians not assisting applicant—On application for judicial review of CRDD decision, standard of review patent unreasonableness, meaning decision cannot be set aside even if Court would have weighed factors differently—CRDD considered all of evidence with respect to accounts of mistreatment of ethnic-Hungarians in Romanian military,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

and concluded such discrimination not amounting to persecution—Application dismissed.

SIMONFI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1417-01, 2002 FCT 886, Dawson J., order dated 19/8/02, 9 pp.)

Judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees—Applicants (husband, wife, son) citizens of Iran—Husband claiming well-founded fear of persecution at hands of Iranian authorities on account of perceived political opinion as result of collaboration with father-in-law, outspoken critic of government regarding policies on truck drivers—Wife claiming as family member of person (father) sought by Iranian authorities as opponent of regime, also as fearing persecution on ground authorities knew provided sanctuary to late father at time when fugitive from persecuting authorities—Son relied on testimony of parents in support of claim—CRDD, based on several contradictions, omissions, implausibilities in testimony, not finding adult claimants' testimony credible, trustworthy—Issues whether CRDD erred by failing to consider wife's evidence independent of husband's evidence, on own merit; whether CRDD treated wife's claim as subordinate to husband's by characterizing husband as "principal applicant", thereby violating right to equality guaranteed by Charter, s. 15; whether confusion in translation of applicants' testimony; whether CRDD based decision on erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner or without regard for material before it—Application dismissed—No evidence wife had distinct experiences from those of husband—CRDD not denying wife right to be heard, as both claims based on same factual foundation—CRDD not erring in joining two refugee claims, and wife's claim fully, fairly heard—No evidence to support applicants' argument of Charter, s. 15 violation—Wife's claim essentially based on same facts as that of husband; all evidence considered by CRDD—In *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 4 F.C. 85 (C.A.), Court held that when claimant does nothing to indicate concern with quality of interpretation at hearing, CRDD has no way of knowing interpretation deficient—Here, discrepancies should have been detected at hearing, alleged deficiencies in translation raised then—No affidavit from translator setting out inaccuracies—Furthermore, review of transcript not disclosing problem with quality of interpretation—Finally, except for one minor error, CRDD's findings not perverse, capricious, manifestly unreasonable or unsupported by evidence—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

KHORASANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3198-01, 2002 FCT 936, Blanchard J., order dated 4/9/02, 16 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees—CRDD finding adult applicants may have been born in Pakistan on basis of driver's licence, fact spoke Urdu, Pakistani, Punjabi—Reasons silent as to weight given to birth certificates—Reasons ought to have been given for doubting authenticity of birth certificates if provenance in doubt—CRDD also found no reliable evidence to place applicants in Pakistan after 1997—No reference made to letter confirming Mr. Najmi worked as social worker in Margalla, and in 1999 prominent figure in dispute as to whether to build mosque in town—The more important the evidence not specifically mentioned, analysed in reasons, the more willing courts are to infer from absence of reference to evidence that CRDD's finding made without regard thereto—Letter so central to Mr. Najmi's claim that Court inferred from CRDD's failure to mention it in reasons that finding no reliable evidence to place Mr. Najmi in Pakistan after 1997 made without regard to evidence—In reaching conclusion as to residence, CRDD relied on finding that incredible no one told claimants school documents would be needed before CRDD, and on inference not supported by evidence—Thus CRDD's conclusion about nationality, residence after 1997 made without regard to evidence—CRDD relied upon what it found to be exaggeration of Mr. Najmi's profile in Pakistan Muslim League (PML), lack of political knowledge to undermine credibility—Mr. Najmi stated position not high-ranking or extraordinary—CRDD improperly drew negative inference from omission to mention held executive position in Personal Information Form, expected him to have political expertise of more senior party member—No basis in evidence for finding position "significant political position"—Minister conceding CRDD erred in finding Mr. Najmi could not identify name of PML candidate in riding, in stating Mr. Najmi testified driving cars for members of National Assembly in Karachi in 1999, 2000—Conclusion basis of claim undermined therefore not supported by cogent reasons—Because of membership in PML Youth Wing involved in attempts to seek government intervention to stop construction of mosque in neighbourhood—After military took over Pakistan in 1999, construction of mosque resumed, applicants threatened by extremist group for previous opposition—When analysing documentary evidence CRDD misconstrued basis of fear as being because of membership in PML, erroneously concluded such fear not well-founded because documentary evidence before CRDD failed to establish members of political groups targeted—Mr. Najmi expressly testified fear based upon personal outspokenness against construction of mosque—Application allowed.

NAJMI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4425-01, 2002 FCT 885, Dawson J., order dated 19/8/02, 11 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees—Applicants, citizens of Mexico, claim well-founded fear of persecution in Mexico due to perceived political opinions, being family members of person perceived to be supporter of Zapatistas—CRDD found applicants credible, trustworthy, but not accepting they had nexus to Convention ground as agents of persecution found to be corrupt members of military, not Mexican military itself—Applicants thus found to be victims of criminality—Application allowed—Minister conceding applicants not randomly targeted by military authorities: initially targeted due to relationship with member of family perceived to have ties to Zapatistas—As matter of law, sufficient nexus to sustain claim to Convention refugee status may be established where motivation for persecution mixed, but at least partially related to Convention ground—Application of principles stated in *Shahiraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 199 (F.C.T.D.): not for Board to base its determination as to whether or not claimant established nexus to Convention on subjective belief of alleged persecutors themselves; nothing turns on applicant's opinion as to subjective beliefs of alleged persecutors; evidence merely opinion evidence—In simply relying upon applicants' speculation as to motivation for their persecution, CRDD failed to refer to or analyse documentary evidence before it to effect state officials in Mexico known to assert false charges of weapon, drug trafficking in attempt to prosecute Zapatistas—Therefore, in failing to analyse documentary evidence as relevant to applicants' testimony, in relying upon applicants' speculation as to subjective belief of alleged persecutors, in failing to consider that motive for persecutory conduct could be mixed, CRDD erred in reaching its conclusion as to nexus—Error justifying allowing application for judicial review.

FLORES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-445-02, 2002 FCT 893, Dawson J., order dated 20/8/02, 7 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's decision applicant's biological grandson not admissible for admission to Canada as not adopted son within meaning of Immigration Regulations, 1998—Issue whether breach of procedural fairness by visa officer in that grandson, then 12 years old, interviewed individually, without consent of grandmother, in absence of any relative, guardian, trusted friend—Application allowed—Not unreasonable for visa officer to question 12-year-old child alone where adult present interrupted questions asked of child, attempted to answer for him—However, visa officer must ensure child understands nature of proceeding, understands importance of telling truth, indicates willingness to tell truth, and where questions relates to previous time

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

frame, ensure child has capacity to remember time in question—No indication visa officer considered, let alone addressed, any of these factors—Visa officer relied exclusively on child's answers to questions regarding living arrangements between ages 18 months old and 10 years despite adult's evidence, documentary evidence to contrary—Not open to visa officer to assign such probative value to child's responses without first addressing factors listed above—Visa officer's omission constituting breach of procedural fairness.

JESUTHASAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5094-00, 2002 FCT 872, Layden-Stevenson J., order dated 15/8/02, 8 pp.)

Judicial review of visa officer's denial of permanent resident visa—Applicant awarded 67 units of assessment—In 1979 applicant received diploma from DI Kurskiy Law Institute in Saratov, USSR—Subsequently granted qualification as lawyer pursuant to resolution of State Examination Commission—Visa officer awarding only 10 units of assessment for education factor—No documentation substantiating applicant's submission level of education that of bachelor's degree in law—Argument based on fact granted qualification of lawyer, and that inference should be drawn that received education equivalent to bachelor's degree in law—No documentary evidence indicating DI Kurskiy Law Institute university, that diploma equivalent to university degree, or that university degree required in order to qualify as lawyer in USSR—No obligation on visa officer to take further steps to clarify level of applicant's education merely because qualified as lawyer in USSR—Applicant himself referred to having diploma, not university degree—*Prima facie* not qualifying for 15 units of assessment for education factor—No reference in document submitted from International Qualifications Assessments Service in Edmonton, Alberta to legal training—Application dismissed.

BORZENKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6475-00, 2002 FCT 910, Rothstein J.A. (*ex officio*), order dated 26/8/02, 4 pp.)

Entrepreneur category—Judicial review of denial of application for permanent resident visa in entrepreneur category on basis applicant's lack of English leading to difficulty in conducting business in Canada; applicant's over-reliance on sister as interpreter, as source for suppliers, as business partner; applicant's lack of research into business plan; visa officer's uncertainty as to whether applicant having skills to establish business—Application dismissed—Visa officer took account of applicant's experience as engineer in construction project management but not convinced sufficient to operate supermarket in Toronto market—Visa officer also found insufficient evidence of business experience in China to conclude he contributed to successful establishment of business here—Relevant considerations; conclusions not unreasonable—As to applicant's "over-reliance" on sister, in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

context, given lack of experience, rudimentary business plan, not unreasonable for visa officer to have considered reliance on sister "over-reliance", calling into question applicant's ability to establish successful business—*Cheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 13 Imm. L.R. (3d) 28 (F.C.T.D.) distinguished—While may well be that many of applicant's potential customers or suppliers would speak his language, inability to speak English or French not irrelevant consideration as person in business must be able to communicate with suppliers, others—Visa officer's conclusion not unreasonable.

YU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6623-00, 2002 FCT 869, Rothstein J.A. (*ex officio*), order dated 15/8/02, 4 pp.)

Judicial review of visa officer's denial of application for permanent resident visa in entrepreneur category—Applicant, citizen of Russia, sole shareholder of Canadian company established in 1996, that sold Canadian-made clothing to customers in Russia, other countries formerly part of Soviet Union—Invested approximately \$500,000 in business—Applicant arguing visa officer misinterpreted definition of "entrepreneur" in Immigration Regulations, 1978, as requiring applicant to provide evidence of intention, ability to establish business in Canada after being granted visa—Whether visa officer ignored applicant's existing business in assessing whether had intention, ability to establish business in Canada—Facts seem to satisfy requirement applicant demonstrate intention to establish business in Canada—Unreasonable for visa officer to conclude applicant lacked ability to establish business in Canada because had not done research into possible new clients in order to expand, improve business—Visa officer gave applicant's existing business virtually no weight in assessment of applicant's ability to establish business in Canada, thereby committed reviewable error—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "entrepreneur" (as am. by SOR/83-837, s. 1).

BONDAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-25-01, 2002 FCT 879, Rothstein J.A. (*ex officio*), order dated 19/8/02, 5 pp.)

Judicial review of visa officer's finding applicant not "dependent daughter" as defined in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)—Applicant, age 24, enrolled and in attendance as full-time student—Failed Plus 2 (grade 12) twice (1995, 1996), passed computer course (1997-1998), cleared cutting and tailoring course (1999), failing Plus 2 third time (2000), and in year of interview repeating Plus 2 for fourth time—Visa officer holding not meeting qualitative aspects of being full-time regular student, not "dependent daughter"—*Sandhu*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 3 F.C. 280 (C.A.) holding education qualification for being “dependent son” (or daughter) whether individual enrolled and in attendance as full-time student in educational program in genuine, meaningful, *bona fide* respect—Factors to be considered including record of attendance, grades obtained, whether student can discuss subjects studied in at least rudimentary fashion, whether student progressing satisfactorily, whether student made genuine, meaningful effort to assimilate knowledge in courses being studied—Policy objective underlying recognition of dependants for immigration purposes arising from value Canadian society placing on higher education—Objective not accomplished if student making no effort to study, understand courses—Accordingly appropriate to consider whether, in reality, student making effort to study, understand courses in which enrolled—On facts herein, not unreasonable to hold applicant not enrolled and in attendance in genuine, meaningful and *bona fide* respect—Application dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1), “dependent daughter” (as enacted by SOR/92-101, s. 1).

SHARMA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-388-01, 2002 FCT 906, Rothstein J.A. (*ex officio*), order dated 23/8/02, 4 pp.)

Judicial review of visa officer’s decision denying applicant, citizen of Sudan, permanent residence in Canada as independent, in intended occupation Economist Researcher as had failed to obtain any units of assessment for experience factor—Issues whether officer’s awarding zero points for experience as Economist Researcher made without regard to evidence; whether officer erred in awarding zero points in experience factor despite having awarded applicant full occupational demand units in occupational factor for economist researcher—Application dismissed—Visa officer not erring in his finding with respect to units of assessment for experience factor—When failed to satisfy officer at interview, applicant provided with opportunity to submit further documents but failed to do so—On evidence before him, officer’s determination entirely reasonable—Where, as herein, visa officer awards any units of assessment in occupational demand factor and zero units of assessment in experience factor, there is reviewable error—However, assessment regarding experience reasonable herein—Because Immigration Regulations, 1978, s. 11(1) precluding visa officers from issuing visas to applicants who fail to earn at least one point in experience factor, applicant cannot obtain visa—Hence, even though reviewable error on face of decision, error not material to result—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(1) (as am. by SOR/91-157, s. 6).

HAMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1397-01, 2002 FCT 884, Layden-Stevenson J., order dated 16/8/02, 9 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**Humanitarian and Compassionate Considerations**

Judicial review of immigration officer’s dismissal of applicant’s application for landing on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Applicant, citizen of Nigeria, applied for Convention refugee status, but claim refused—Filed H&C application—Applicant scheduled to be removed from Canada September 5, 2000, but failed to appear for removal—Warrant issued for arrest—Applicant arrested December 12, detained until December 19, when authorities tried to deport him, by plane, to Nigeria—Twice, applicant resisted to such extent airline would not allow him on board—Post-Claim Determination Officer (PCDO) informed applicant’s counsel applicant would be at risk if returned to Nigeria, but copy of risk opinion not provided to applicant—Nevertheless, immigration officer refused applicant’s H&C application—Application dismissed—Standard of reasonableness applied: *Tartchinska v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 185 F.T.R. 161 (F.C.T.D.)—Immigration officer not improperly fettering discretion—Mere fact immigration officer made reference to elements of CRDD’s, PCDO’s decisions not indication officer not independently considering evidence before her—No evidence to support allegation immigration officer biased against applicant—In essence, applicant’s argument immigration officer improperly weighed evidence—Not function of Court on judicial review to assess weighing of evidence—Court not persuaded officer’s decision unreasonable—Immigration officer not erring by failing to disclose PCDO’s risk assessment to applicant—In circumstances, immigration officer not erring by failing to provide applicant with copy of PCDO’s risk opinion—Applicant informed of risk opinion’s existence, result—Applicant had ample opportunity to present evidence relevant to case, and to have evidence fully and fairly considered—PCDO did not rely on any material not known to applicant in considering H&C application—No unfairness in process of H&C decision.

OJINMA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4662-01, 2002 FCT 922, MacKay J., order dated 30/8/02, 9 pp.)

EVIDENCE

Applicant seeking order, under Canada Evidence Act, s. 38.06(3), confirming prohibition of disclosure of five documents in possession of Department of National Defence said to contain “sensitive information”, “potentially injurious information” which, if disclosed publicly, could injure international relations, national defence, national security—In four of five secret documents, all of information deleted except for transmittal data—Order that secret information be disclosed triggered notification provisions in Act, ss. 38.01(2),

EVIDENCE—Concluded

38.03(3)—In view of serious criminal charges, applicant not objecting to Court's immediate inspection of secret documents—Each of secret documents containing information, disclosure of which would be injurious to international relations, national defence, national security—Four of five secret documents contain intelligence information obtained by Department of National Defence in confidence, on understanding information would not be disclosed publicly—However, Act, s. 38.06(2) requiring Court to consider whether public interest in disclosure outweighs public interest in non-disclosure—Designated judge may authorize disclosure of all or part of information in severed, summary form where, after assessment of competing interests, public interest in disclosure so warrants—Public interest in disclosure to assure fair trial where accused faces serious charges and, if convicted, possibility of substantial penitentiary sentence—Reasons for order written with view of not disclosing secret information and, to extent possible, evidence, representations in *ex parte* sessions and some of argument of counsel for respondent Ribic—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38.01 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.03 (as enacted *idem*), 38.06 (as enacted *idem*).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. RIBIC (DES-1-02, 2002 FCT 839, Lutfy A.C.J., order dated 2/8/02, 10 pp.)

PAROLE

Judicial review of decision of Chairperson of Disciplinary Board sentencing applicant to five days' disciplinary detention with loss of privileges, because refused to return to general inmate population—In penal institution, inmate may be placed in administrative segregation under Corrections and Conditional Release Act, s. 31(3)—Applicant arguing Chairperson's decision patently unreasonable because staff member's order not legitimate, not meeting criteria of Act, s. 40(a)—Applicant contending staff member who wrote offence report not complying with obligation under Act, s. 41(1) to attempt to resolve matter informally—Order to leave segregation normally valid order—No evidence of bad faith on part of CSC staff member, and since applicant refused to explain why wanted to remain in segregation, no evidence of subjective fear on his part—Applicant not having right to freely choose where lives within penitentiary—Refusal to comply with order to leave administrative segregation offence under Act, s. 40(a)—Act, s. 41(1) specifying "shall" after "has committed a disciplinary offence" mandatory provision—Given that dealing with statute, Chairperson of Disciplinary Board should have dismissed offence or found applicant not guilty of offence—No evidence of any attempt whatsoever to resolve matter informally as set out in Act, s. 41(1)—Since this obligation question of law, can be raised at any time by applicant—Accordingly, decision set aside, Chairperson of Disciplinary Board at Donnacona should have made inquiries

PAROLE—Concluded

whether steps had in fact been taken to resolve matter informally or, at very least, whether particular circumstances prevented such steps from being taken—Application allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 31, 40, 41.

LAPLANTE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2363-00, 2002 FCT 896, Beaudry J., order dated 22/8/02, 12 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of decision by Visitor Review Board to suspend applicant's visiting privileges at Joyceville Penitentiary—Applicant's husband inmate at Joyceville Institution, penitentiary in region of Kingston, Ontario, operated by Correctional Service of Canada—Undergoing long term of imprisonment—On September 30, 2000, applicant, daughter went to Joyceville Institution to visit husband—"Drug sniffing" dog utilized in Joyceville Institution that day—Applicant advised supervising Correctional Officer had reason to believe she had drugs in possession, had come into contact with drugs—Ordered to leave Institution—Neither applicant nor husband given notice risk assessment being conducted, provided with copy of risk assessment, provided opportunity to respond to it—Neither applicant nor husband provided hearing, opportunity to make written representations in course of process leading up to decision under review—Decision under review "correctional decision" within ambit of Corrections and Conditional Release Act, s. 4(g) to be made in forthright, fair manner—Act, s. 71(1) providing privilege to visitors, that is to visit correctional institutions generally closed to public—Applicant's husband had no opportunity to record "clear objection" to decision under consideration to suspend applicant's visiting rights, privileges, rights to receive visits from close family member—Applicant had standing to bring application for judicial review—Direct impact of decision under review has long since expired since decision dated October 11, 2000 to suspend applicant's visiting privileges for period of 30 days following events of September 30, 2000—On application for judicial review, no "live controversy" continued on day application heard—Respondents failed in duty of sensitivity implicit in provisions of Corrections and Conditional Release Act, ss. 3, 4 both to applicant, husband—Complete absence on part of respondents of semblance of fairness in considering, eventually determining, to suspend applicant's visiting privileges for period of 30 days—No opportunity to respond to recommendation provided—No opportunity to be heard provided to applicant, husband—Respondents failed in duty to applicant, husband to act fairly in arriving at decision to suspend applicant's visiting privileges—But for fact decision under review clearly moot, Court would have set aside decision—Application dismissed

PENITENTIARIES—Concluded

—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 4, 71.

MCGAHEY V. CANADA (JOYCEVILLE PENITENTIARY) (T-2345-00, 2002 FCT 966, Gibson J., order dated 19/9/02, 13 pp.)

PRACTICE**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Tax Court of Canada dismissing with costs appeal of Dupont Canada Inc. from income tax assessment relating to 1988 taxation year—Dupont's appeal to F.C.A. allowed with costs—Notice of appeal filed by Dupont for order amending April 12, 2001 order to include costs in Tax Court—Crown filing no response to notice of motion, time for doing so expired—In appeal from Tax Court judgment, F.C.A. may make any order Tax Court could have made, including, if Tax Court judgment reversed, order for costs in relation to Tax Court proceedings—Dupont's notice of appeal against Tax Court decision stating Tax Court costs would be sought—No evidence Tax Court costs were sought at hearing—Present situation neither governed by Federal Court rules, 1998, r. 399 or case of clerical mistake, error, omission within scope of r. 397(2)—Therefore, motion could be based only on r. 397(1)—In order to justify amendment under r. 397(1), Court must be satisfied matter of Tax Court costs should have been dealt with but overlooked, accidentally omitted—R. 397(1) permitting correction of mistakes made by Court but not intended to relieve against mistake by counsel in failing to bring matter to Court's attention—April 12, 2001 order granted precisely relief sought by Dupont as successful party—Tax Court costs not granted herein as not requested—R. 397(1) could not justify amending order—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 397, 399.

DUPONT CANADA INC. V. CANADA (A-527-99, 2002 FCA 307, Sharlow J.A., order dated 30/8/02, 6 pp.)

MOOTNESS

Judicial review of Pension Appeals Board's decision respondent met statutory requirements for disability pension—On reaching age 60 in 1997 respondent granted reduced retirement pension under Canada Pension Plan—In 1998 applied for disability pension, based on pain suffered as result of fall in November 1996—Canada Pension Plan providing cannot receive retirement, disability pension at same time—Quit work in November 1997 when could no longer bear pain—Some evidence might have been able to undertake sedentary work despite injury, but no such work available in area where lived—Generally, entitled to disability pension if

PRACTICE—Continued

meet certain statutory conditions, one of which existence of "severe and prolonged disability"—Citing *Villani v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 F.C. 130 (C.A.), leading case on meaning of "severe and prolonged disability", Pension Appeals Board considering age, past work, life experience, employment efforts, employment possibilities—Respondent received retroactive disability payment—Minister's application for judicial review alleging Board erred in taking into account socio-economic conditions as relevant considerations for determining disability under Canada Pension Plan—Respondent since turning 65, when disability pension ceased and again entitled to retirement pension—Minister undertaking not to seek repayment of disability benefits—Respondent having no further interest in litigation—No live controversy—Application for judicial review moot—But Court having discretion to permit proceeding to continue despite mootness if circumstances so warrant—No adversarial context herein as respondent no longer entitled to disability pension, Minister undertaking not to seek repayment of benefits—As to judicial economy, Pension Appeals Board would be required to conduct new hearing on matter having no practical consequences for parties—Issue likely to arise in context of future cases—Minister directed to *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (F.C.A.), holding socio-economic factors irrelevant in determination of whether individual disabled pursuant to Canada Pension Plan, s. 42(2)—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 42(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.) c. 30, s. 12).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. HARMER (A-52-02, 2002 FCA 321, Sharlow J.A., order dated 12/9/02, 9 pp.)

PARTIES*Intervention*

Attorney General of Alberta seeking to intervene in appeal involving alleged infringement by Government of Canada of treaty rights of Mikisew Cree First Nation (MCFN) under Treaty 8—Alleged infringement arising out of appellant Minister's authorization under National Parks Act, National Parks General Regulations of construction, operation of winter road in Wood Buffalo National Park—Appeal pending in Federal Court of Appeal from Trial Division decision granting MCFN's application for judicial review, setting aside Minister's decision to authorize road—Applications Judge specifically disposed of matter on constitutional grounds raised by applicant (unjustified treaty infringement)—No notice of constitutional question served on any attorney general under Federal Court Act, s. 57—Motion allowed, leave to intervene granted—As to notice of constitutional question, although constitutional question involved, could be argued in Court of Appeal that Court lacking jurisdiction to

PRACTICE—Continued

confirm decision which may be characterized as finding that statutes, regulations upon which Minister relied in exercising her discretion to authorize road cannot be constitutionally “applied” in this way without respecting constitutional constraints imposed by Constitution Act, 1982, s. 35(1)—Problem for panel hearing appeal, should not be decided on interlocutory motion—Court cannot now assist Attorney General in obtaining notice from one of parties under s. 57 so as to enable him to intervene as of right—Nor should motion be allowed under Federal Court Rules, 1998, r. 109 as applicant not sufficiently directly affected by proceeding—Attorney General of Alberta’s interest could well be characterized as “jurisprudential” only—No reason to think matters really in issue herein will not be adequately addressed by federal Minister—However, Federal Court Rules, 1998, r. 110 contemplating special role for attorneys-general in addition to those contemplated under Federal Court Act, s. 57, r. 109—Here, issue of “general importance” on which Attorney General of Alberta might well be of assistance to Court, namely difficult question of whether issue within s. 57 of which no notice given, and if so what are powers, responsibilities of Court in such circumstances—Other issues on which provincial Attorney General could appropriately intervene (if there are treaty rights to hunt, trap within Park, whether judge made error of law in finding decision constituted infringement of treaty rights; if road infringing treaty rights, whether judge made error of law in finding infringement not justified) having close parallels to situation of Province of Alberta in exercise of its governmental powers on Treaty 8 outside Park, also having “general importance” even if not directly affecting provincial government—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 109, 110.

CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) v. MIKISEW CREE FIRST NATION (A-35-02, 2002 FCA 306, Strayer J.A., order dated 23/8/02, 5 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Whether respondent should be permitted to amend notice of motion (main motion)—Minister of National Revenue obtained jeopardy order against respondent under Income Tax Act, s. 225.3(8)—In June 2001, Minister began using statutory set-off provision of jeopardy order with respect to respondent’s Canada Pension Plan (CPP), Old Age Security (OAS) benefits—Respondent filed main motion for variation of jeopardy order, seeking to exempt CPP, OAS benefits from set-off on ground requires benefits to survive—Main motion adjourned various times—Most recent adjournment for

PRACTICE—Continued

purpose of permitting respondent to bring motion to vary main motion—Amendment should be allowed at any stage of action for purpose of determining real question in controversy between parties provided allowance would not result in injustice to other party not capable of being compensated by award of costs, would serve interests of justice—Court should deny amendments only in plain and obvious cases where matter beyond doubt—Amendments should not be denied when dealing with area of law that cannot be said to be settled with certainty—Most recent adjournment granted to allow motion to be brought to amend variation motion to include breach of Charter rights argument—Respondent addressing only proposed Charter amendment—Statutory provisions in issue in main motion not distinguishing between respondent, others based on personal characteristics—Leave to amend main motion to include respondent’s reliance on section 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms granted—Leave with respect to all other proposed amendments denied—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 225.3—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985 Appendix II, No. 44], s. 7.

M.N.R. v. MACIVER (T-1042-96, 2002 FCT 877, Layden-Stevenson J., order dated 16/8/02, 11 pp.)

Motion to Strike

Defendants moving for order extending time for filing amended statement of defence, summary judgment dismissing claim or order striking pleading for failure to disclose reasonable cause of action; plaintiff moving for default judgment—Plaintiff, self-represented, alleging RCMP offered her protection under Witness Protection Program if provided information—Alleging breach of fiduciary duty, representations—Seeking damages, *mandamus*—Naming as defendants Royal Canadian Mounted Police, Assistant Commissioner, RCMP, “K” Division, John Doe—Statement of defence denying existence of agreement, duty, admitting existence of letter of understanding entered into with plaintiff’s husband to provide protective services to plaintiff, husband effective July 13, 1983, but terminating in 1984—Subsequently plaintiff filing amended statement of claim, although neither leave nor consent given—Naming as defendants “*Her Majesty the Queen*”, Royal Canadian Mounted Police, Assistant Commissioner W. Sweeney—(1) Federal Court Rules, 1998, r. 75 permitting Court on motion to allow party to amend document—Although leave not given for amendment of statement of claim, r. 56 providing non-compliance with any of rules not rendering step in proceeding void—Instead treated as irregularity to be addressed under rr. 58 to 60—No motion to attack irregularity brought, and Court ordering defence be filed to amended statement of claim—Amended pleading not void—(2) Statement of

PRACTICE—Continued

defence filed to claim—No authority or rule providing failure to file defence to amended version of claim entitling defendant to default judgment—Default judgment discretionary—In circumstances, where plaintiff failed to give 14 days' clear notice of motion for default as required by Crown Liability and Proceedings Act, s. 25, motion for default dismissed—(3) No valid cause of action pleaded against Assistant Commissioner, who is not "W. Sweeny"—No entity in law known as "*Her Majesty the Queen*" Royal Canadian Mounted Police (R.C.M.P.)"—In proceedings before Federal Court, Crown may be named as "*Her Majesty the Queen in Right of Canada*"—Amended statement of claim struck without leave to amend against all of defendants except Her Majesty the Queen as not even scintilla of cause of action against them—Balance of amended statement of claim struck with leave to apply to Court for order amending claim against Her Majesty the Queen in Right of Canada, on ground disclosing no cause of action and may prejudice, delay fair trial of action—To extent defendants, Court left to speculate as to plaintiff's claim, fair trial would be prejudiced, delayed—Also impossible for Court to properly control process—Had claim not been struck, requested extension would have been granted as reasonable explanation provided for failure to file document on timely basis—Motion for summary judgment premature as may be genuine issue as to whether existing agreement with continuing breaches—Also, appears plaintiff's request to cross-examine witness ignored, and no proof of service of request to admit upon which defendants relying—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 56, 58, 59, 60, 75—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 25 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31).

JOHNSON V. CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-2185-01, 2002 FCT 917, Dawson J., order dated 28/8/02, 15 pp.)

Applicant 9037-9694 Québec Inc., also known as Morin Sport, holder of business firearms permit issued by Quebec chief firearms officer pursuant to Firearms Act—On November 22, 2001, permit revoked by Gisèle Telmosse, firearms officer designated by chief firearms officer, on ground Morin Sport had infringed several provisions of Act and Regulations—Nonetheless, Morin Sport continued to sell,

PRACTICE—Concluded

purchase firearms with approval of chief firearms officer, his representatives—On July 9, 2002, Morin Sport filed application for judicial review in Federal Court for declaration decision of November 22, 2001 not binding—In response, Attorney General of Canada filed motion to strike out Morin Sport's application for judicial review on ground Court lacking jurisdiction, since chief firearms officer not "federal board, commission or other tribunal" pursuant to Federal Court Act, s. 2—Motion to strike filed by Attorney General of Canada, supported by Attorney General of Québec, well founded—Persons responsible for implementing Act with respect to issuing, revoking firearms licences not "federal board, commission or other tribunal" covered by application for judicial review under Federal Court Act, s. 18—Parliament creating exclusion in definition of "federal board, commission or other tribunal", even though agency or person exercising jurisdiction or powers conferred by or under Act of Parliament—Parliament considering judicial review of decisions of provincial administrators should be through courts of province, not Federal Court—Gisèle Telmosse employee of Quebec, appointed by Quebec legislation—Exclusion made by Parliament in definition of "federal board, commission or other tribunal" applying—This Court lacking jurisdiction to rule on application for judicial review by Morin Sport—Motion to strike filed by Attorney General of Canada granted—With respect to interim relief, balance of convenience clearly favouring respondent—One factor to be considered in this balance, public interest—In *Reference re: Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, S.C.C. emphasizing pith, substance of Act to promote public safety—Public interest in integrity of firearms supervision system taking priority over Morin Sport's private interest in continuing to operate business—Morin Sport not providing clear, convincing evidence of irreparable harm—Motion to strike granted, motion for interim relief dismissed—Firearms Act, S.C. 1995, c. 39—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1; 2001, c. 6, s. 115; 2002, c. 8, s. 15), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).

9037-9694 QUÉBEC INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1034-02, 2002 FCT 849, Lemieux J., order dated 9/8/02, 23 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://décisions.fct-cf.gc.ca/cf> ou le commander au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ACCÈS À L'INFORMATION

Demande présentée en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de l'examen judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux de divulguer certains renseignements initialement soumis par la demanderesse dans une demande de propositions concernant des contrats précis conclus entre le ministre et la demanderesse—Le contrat pertinent se rapportait à des services de gestion de publications techniques pour du matériel de soutien pour l'entretien d'aéronefs—La demanderesse craignait que la divulgation des renseignements à un tiers, qui pourrait bien être un concurrent, nuise à sa compétitivité et porte gravement atteinte à son entreprise—La demanderesse avait sollicité une déclaration portant que les renseignements en question, à savoir les montants totaux relatifs aux coûts inclus dans sa proposition, devaient être exclus de la divulgation en vertu de l'art. 20(1)b, c) et d) de la Loi—Demande rejetée—Conformément à *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, même si la question principale n'a plus qu'un intérêt théorique, la Cour devrait néanmoins trancher cette question en se fondant sur les faits présentés—Art. 20(1)b) de la Loi (confidentialité)—Les renseignements en question sont des renseignements financiers fournis par la demanderesse qui les a toujours considérés comme étant de nature confidentielle—Toutefois, comme il a été dit dans *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 79 F.T.R. 42 (C.F. 1^{re} inst.), il ne faut pas oublier que les propositions sont constituées en vue d'obtenir l'adjudication d'un contrat du gouvernement, qui effectue les paiements sur les deniers publics, de sorte que l'entrepreneur éventuel qui cherche à se faire adjuger un contrat par le gouvernement ne doit pas s'attendre à ce que les conditions auxquelles il est prêt à contracter, entre autres celles touchant la capacité de rendement de son entreprise, échappent totalement à l'obligation de divulgation incombant au gouvernement du Canada par suite de son devoir de rendre compte—Pour des raisons d'intérêt public, les renseignements n'étaient pas des renseignements confidentiels au sens de l'art. 20(1)b) de la Loi, et ce, peu importe la façon dont la demanderesse les considérait et les traitait—Art. 20(1)c) (préjudice probable)—La demanderesse n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

renseignements entraînerait un «risque vraisemblable de préjudice probable»—Rien ne permet de conclure que les renseignements en question ne devraient pas être divulgués—Même si le coût de la main-d'œuvre et le taux horaire pouvaient être calculés par des gens bien informés à l'aide des coûts totaux proposés, cela ne démontre pas en soi que les renseignements ne devraient pas être divulgués—Art. 20(1)d) (entrave à la concurrence)—La preuve n'indique pas qu'un préjudice serait probablement causé par suite de l'entrave aux négociations futures entre la demanderesse et le défendeur ou entre la demanderesse et son personnel—De vagues préoccupations relatives aux négociations futures entre les parties ou au sujet des relations entre la direction et les employés ne suffisent pas à satisfaire aux exigences de l'art. 20(1)d) de la Loi—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)b), c), d), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n^o 1).

PROMAXIS SYSTEMS INC. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1755-00, 2002 CFPI 921, juge MacKay, ordonnance en date du 30-8-02, 12 p.)

AVOCATS

M^e Claude Whalen, procureur de la partie demanderesse, s'est présenté devant la Cour le 3 septembre 2002 pour expliquer sa conduite dans le présent dossier—Il travaille depuis plusieurs mois pour la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Il n'a pu se retirer du présent dossier puisqu'il ne pouvait retrouver son client—Il a décidé de demeurer au dossier afin de préserver les intérêts de son client—Il était conscient qu'il se trouvait en situation de conflit d'intérêts, mais il a délibérément négligé de se retirer du dossier—M^e Whalen aurait pu facilement obtenir l'autorisation de se retirer du dossier en expliquant qu'il ne pouvait plus retracer son client—Il était tout à fait conscient de la situation, mais il a volontairement décidé de maintenir son nom au dossier et de demander que la Cour rende sa décision sur la foi du dossier—Il n'a fourni aucune explication quant à son absence physique le jour de l'audition, soit le 14 août 2002—Les explications fournies par M^e Whalen étaient

AVOCATS—Fin

tout à fait insuffisantes dans les circonstances—Il a commis une faute professionnelle grave en se plaçant en situation de conflit d'intérêts et en ne prenant pas les dispositions immédiates pour faire cesser cette situation—Vu la conduite inqualifiable de M^e Whalen dans les circonstances, il est condamné à payer les frais au montant de 1 000\$—Une copie de la présente ordonnance est expédiée au président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ainsi qu'au bâtonnier du Barreau du Québec, à titre d'information.

N^e TAKPE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-5208-01, 2002 CFPI 978, juge Blais, ordonnance en date du 16-9-02, 5 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas à Islamabad, au Pakistan, refusant la demande de résidence permanente du demandeur et de sa famille en raison du fait qu'il appartenait à la catégorie de personnes non admissibles décrites à l'art. 19(1)*f* de la Loi sur l'immigration (le demandeur était juge sous le gouvernement marxiste de l'Afghanistan, un gouvernement terroriste auteur de violations graves et répétées des droits de la personne et de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre)—Le demandeur prétend que l'agent de visa a erré dans son évaluation de sa demande et allègue que l'agent aurait rendu une décision contraire aux lois et règlements (en commettant des erreurs sur les faits) et en contravention de l'obligation d'équité procédurale (l'agent aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et demander si le demandeur pouvait bénéficier d'une exception ministérielle)—Demande rejetée—Même si l'agent des visas identifie erronément la période visée du gouvernement marxiste, il ressort de la preuve au dossier que le demandeur a bel et bien exercé les fonctions de juge pendant la période visée du gouvernement marxiste d'Afghanistan—L'agent des visas n'a donc pas erré en refusant de délivrer un visa au demandeur—Pour ce qui concerne l'équité procédurale, dans les circonstances de l'espèce, comme l'agent des visas ne jouissait d'aucune discrétion pour octroyer au demandeur une dispense de l'application de l'art. 19(1)*f*, elle n'avait pas à tenir compte des éléments au dossier qui, selon le demandeur, démontraient qu'il ne constituait pas une menace à l'intérêt national du Canada—En outre, le demandeur n'a pas demandé au ministre une exception ministérielle, alors qu'il lui appartenait de le faire s'il voulait être dispensé du motif de non-admissibilité—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)*f* (mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 55).

MAHZOOZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-4283-01, 2002 CFPI 926, juge Blanchard, ordonnance en date du 3-9-02, 12 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas qui avait refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire, prévu par l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978, de délivrer un visa d'immigrant au demandeur—Le demandeur, originaire de Hong Kong, avait émigré aux États-Unis en 1995 et il était devenu résident de ce pays—Il a ensuite demandé la résidence permanente au Canada, en indiquant qu'il n'avait pas l'intention de travailler au Canada—L'agent des visas l'a évalué comme une personne à la retraite—L'agent des visas a estimé que les considérations économiques ou autres facteurs ne permettaient pas d'affirmer que le demandeur allait «réussir son installation» selon ce que prévoit l'art. 11(3) du Règlement—L'agent des visas n'était pas persuadé que le demandeur allait gagner sa vie au Canada—Les critères de sélection énoncés dans l'art. 8(1) du Règlement, parlent de la possibilité de travailler, d'être un travailleur autonome, d'investir ou d'établir une entreprise—Les retraités ne sont pas empêchés de se qualifier pour l'immigration s'ils répondent aux critères prévus pour la catégorie des investisseurs, celle des entrepreneurs ou celle des travailleurs autonomes—Mais, selon le Règlement sur l'immigration de 1978, les retraités dont le seul critère économique est le fait qu'ils disposent d'actifs suffisants pour subvenir à leurs besoins ne sont pas admissibles à l'immigration au Canada—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Certification d'une question pour appel—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 8(1) (mod. par DORS/85-1038, art. 3), 11(3) (mod. par DORS/81-461, art. 1).

MING C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5951-00, 2002 CFPI 870, juge Rothstein, J.C.A. (de droit), ordonnance en date du 22-8-02, 5 p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la SSR—Le demandeur, un citoyen égyptien, et sa famille étendue étaient des Coptes—Le demandeur et sa cousine Noha étudiaient tous deux à l'université—La famille avait décidé qu'on ne devait pas laisser Noha seule, de sorte que le demandeur a commencé à l'accompagner partout—Après que la famille et le prêtre eurent été consultés, il a été décidé que le demandeur devait quitter l'Égypte—Le demandeur a revendiqué le statut de réfugié au Canada le 25 juillet 1999—Le demandeur a affirmé ne pas pouvoir retourner en Égypte car il craignait d'être tué par les intégristes islamiques qui essayaient de recruter de force sa cousine—La SSR a conclu qu'à part une incohérence, le demandeur était «un

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

témoin crédible»—Elle a également conclu que la crainte du demandeur n'était pas fondée—La SSR a examiné la preuve documentaire relative à la conversion forcée des chrétiens à l'islam en Égypte—Le demandeur fait face à des dilemmes—La preuve documentaire étaye la conclusion de la SSR, qui n'est pas déraisonnable—En concluant que la crainte éprouvée par le demandeur n'était pas objectivement fondée, la SSR laissait entendre qu'elle avait conclu qu'il y avait lieu de croire que l'avenir ne suivrait pas le même cours que le passé—Le point litigieux ne se rapporte pas à la crainte subjective du demandeur puisque la SSR a conclu qu'il n'existe aucun fondement objectif permettant de craindre la persécution dans l'avenir—Demande rejetée.

SMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2950-00, 2002 CFPI 891, juge Pelletier, ordonnance en date du 20-8-02, 10 p.)

Contrôle judiciaire du rejet de revendications du statut de réfugié pour absence d'un minimum de fondement—Après le rejet de leurs premières revendications du statut de réfugié, les demandeurs ont quitté le Canada pour les États-Unis—Ils sont revenus 90 jours après leur départ et ont présenté de nouvelles revendications du statut de réfugié—La SSR a estimé que les demandeurs n'étaient pas crédibles et qu'ils ne s'étaient pas acquittés de la charge de prouver qu'ils avaient une crainte fondée de persécution pour le cas où ils retourneraient au Sri Lanka; la revendication des demandeurs manquait d'un minimum de fondement—1) Les arguments des demandeurs donnent à entendre que, lorsqu'un demandeur n'est pas retourné dans son pays d'origine, le critère du statut de réfugié est le critère de la situation qui a cours dans le pays, étant donné qu'il ne peut y avoir eu de nouveaux cas de persécution si le demandeur n'est pas retourné dans son pays—Cela équivaut à dire que tout ce qu'un demandeur doit montrer, c'est l'élément objectif de sa crainte de persécution—Mais, puisque la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» comporte un volet subjectif et un volet objectif, une décision selon laquelle une personne est un réfugié uniquement en raison de la preuve de l'élément objectif aurait pour effet d'écarter l'élément subjectif de la définition—Il serait étrange qu'une personne qui présente une première revendication du statut de réfugié doive prouver à la fois l'élément subjectif et l'élément objectif de sa crainte de persécution, mais que, après un séjour de 90 jours aux États-Unis, elle puisse obtenir gain de cause dans sa deuxième revendication en se limitant à montrer pourquoi elle craint objectivement d'être persécutée—Dans l'arrêt *Yusuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 629 (C.A.), le juge Hugessen avait exprimé des doutes sur le rôle de l'élément subjectif lorsque l'élément objectif était démontré—Mais l'on a raison d'insister sur la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

présence d'une crainte subjective de persécution, et cela parce que le système des revendications du statut de réfugié a pour objet de protéger ceux qui craignent la persécution et pour lesquels il n'existe pas de protection d'État—Ceux dont l'absence de crainte s'explique par une incapacité de comprendre leur environnement peuvent avoir droit à une protection pour d'autres motifs, tandis que ceux qui sont suffisamment robustes pour se protéger eux-mêmes n'ont pas besoin de la protection de la communauté internationale—Les motifs de la SSR ne sont pas un modèle de clarté, mais ils abordent la question de la crainte fondée de persécution en s'appuyant sur des événements survenus après le rejet de la première revendication des demandeurs—2) Il y a, au sein de la Section de première instance, deux écoles de pensée sur la question de savoir si des motifs distincts sont requis lorsque la SSR conclut à l'absence d'un minimum de fondement—L'argument de ceux qui estiment qu'il n'est pas nécessaire de motiver une telle conclusion est que, pour démontrer le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié, le revendicateur doit produire une preuve crédible au soutien de cette revendication—Par conséquent, lorsque la SSR rédige des motifs exposant les éléments qui l'autorisent à conclure à l'absence de crédibilité, elle expose nécessairement les éléments qui l'autorisent à conclure à l'absence d'un minimum de fondement: *Nizeyimana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 204 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.)—L'argument en faveur d'une conclusion motivée est résumé dans le jugement *Foyet c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.)—La conclusion du juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, selon laquelle des motifs écrits sont nécessaires pour favoriser une meilleure prise de décision dans les décisions relatives à des demandes fondées sur des considérations humanitaires n'est pas sans résonance en ce qui concerne les décisions où le tribunal conclut à l'absence d'un minimum de fondement—Par ailleurs, les conséquences d'une décision où la SSR conclut à l'absence d'un minimum de fondement sont importantes, mais elles sont circonscrites par des sauvegardes procédurales et juridiques contre l'expulsion vers un endroit où il y a véritablement un risque de traitements inhumains—Lorsque la SSR évalue l'ensemble de la preuve, notamment les témoignages et les documents, les motifs qu'elle aura de conclure que la revendication n'est pas appuyée par une preuve digne de foi indiqueront nécessairement pourquoi elle conclut à l'absence d'un minimum de fondement—L'application du critère énoncé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 3 C.F. 537 (C.A.) à propos des cas où la SSR peut disposer d'une revendication en concluant à l'absence d'un minimum de fondement dispensera la SSR

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'exposer des motifs distincts justifiant une telle conclusion—
Demandes rejetées.

KANVATHIPILLAI C. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4509-00,
2002 CFPI 881, juge Pelletier, ordonnance en date du
16-8-02, 16 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR avait conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur était un citoyen roumain, qui était membre de la minorité ethnique hongroise—Il fondait sa crainte d'être persécuté sur le fait qu'il n'était pas capable de gagner sa vie et sur la crainte d'être victime de discrimination, d'être harcelé et d'être persécuté s'il était recruté dans l'armée roumaine—La SSR a conclu que l'expérience du demandeur en tant que récent diplômé ne différait pas de celle des diplômés de nombreux pays qui ont de la difficulté à obtenir un emploi dans la discipline de leur choix—Le Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (1992) dit que la discrimination équivalait à des persécutions lorsque les mesures discriminatoires auront des conséquences gravement préjudiciables pour la personne affectée, par exemple de sérieuses restrictions du droit d'exercer un métier, de pratiquer sa religion, ou d'avoir accès aux établissements normalement ouverts à tous—La SSR ne disposait d'aucun élément de preuve documentaire provenant d'une personne non intéressée indiquant que la discrimination dont étaient victimes les personnes d'origine hongroise à la recherche d'un emploi était telle que cela constituait de la persécution—Compte tenu de la preuve, il était loisible à la SSR de conclure que l'expérience du demandeur en matière d'emploi ne différait pas de celle des étudiants qui venaient d'obtenir leur diplôme d'études secondaires ou d'études postsecondaires, en particulier ceux qui vivaient dans un pays qui était en train de passer d'une économie à planification centralisée à une économie de marché—La preuve n'établissait pas que la liberté d'une personne à la recherche d'un emploi était restreinte au point de constituer de la persécution (*Xie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125 (C.A.F.))—La crainte du service militaire découlait d'histoires que d'autres personnes avaient racontées au sujet des difficultés auxquelles faisaient face les conscrits d'origine hongroise—Les événements les plus graves, en ce qui concerne les mauvais traitements, s'étaient produits au début des années 1990—L'affaire dans laquelle un tribunal différemment constitué de la SSR avait conclu qu'un intéressé d'origine hongroise était un réfugié au sens de la Convention en se fondant sur des histoires crédibles racontées par d'autres conscrits d'origine hongroise n'aide pas le demandeur—Dans une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR, la norme de contrôle est celle de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

décision manifestement déraisonnable, ce qui veut dire qu'une décision ne peut pas être infirmée, bien que la Cour eût apprécié les facteurs différemment—La SSR a tenu compte de tous les éléments de preuve fournis au sujet des comptes rendus de mauvais traitements infligés aux personnes d'origine hongroise dans le militaire roumain et elle a conclu que pareille discrimination ne constituait pas de la persécution—Demande rejetée.

SIMONFI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ
ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1417-01, 2002 CFPI 886,
juge Dawson, ordonnance en date du 19-8-02, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les demandeurs, c'est-à-dire le mari, son épouse et leur fils, sont des ressortissants iraniens—Le mari affirme avoir des raisons de craindre la persécution aux mains des autorités iraniennes à cause de ses présumées opinions politiques, parce qu'il a collaboré avec son beau-père, lequel n'avait pas peur de critiquer le gouvernement pour sa politique envers les chauffeurs de camions—La demanderesse fonde sa revendication sur son appartenance à la famille d'une personne, à savoir le père de la demanderesse, lequel était recherché par les autorités iraniennes en tant qu'opposant au régime, et elle dit qu'elle craint aussi la persécution parce que les autorités savaient qu'elle avait donné l'asile à son feu père à une époque où il fuyait les autorités qui le persécutaient—Le fils s'est fondé sur le témoignage de ses parents au soutien de sa revendication—La SSR n'a pas jugé crédibles ou dignes de foi les témoignages des demandeurs adultes et elle a fondé sa conclusion sur plusieurs contradictions, omissions et invraisemblances constatées dans leurs témoignages—Points soulevés: la SSR a-t-elle commis une erreur parce qu'elle n'a pas considéré le bien-fondé du témoignage de la demanderesse, indépendamment de celui de son mari? La SSR a-t-elle considéré la revendication de la demanderesse comme une revendication subordonnée à celle du demandeur, parce qu'elle a qualifié le demandeur de «revendicateur principal», refusant ainsi à la demanderesse le droit à l'égalité, un droit garanti par l'art. 15 de la Charte? Y a-t-il eu confusion dans la traduction des témoignages des demandeurs? La SSR a-t-elle fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, qu'elle a tirée d'une manière abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait?—Demande rejetée—Il n'a pas été démontré que la demanderesse a connu des situations distinctes de celles de son mari—La SSR n'a pas nié le droit de la demanderesse d'être entendue, car les deux revendications étaient fondées sur les mêmes faits—La SSR n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a traité conjointement les deux revendications, et la revendication de la demanderesse a été

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

instruite pleinement et équitablement—Aucune preuve n'appuyait l'argument des demandeurs alléguant une violation de l'art. 15 de la Charte—La revendication de l'épouse était essentiellement fondée sur les mêmes faits que celle de son mari; toute la preuve a été examinée par la SSR—Dans l'arrêt *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 4 C.F. 85 (C.A.), la Cour a jugé que, lorsqu'un revendicateur ne fait rien à l'audience pour communiquer ses doutes à propos de la qualité de l'interprétation, la SSR n'a aucun moyen de savoir que l'interprétation laisse à désirer—Ici, les divergences auraient dû être décelées durant l'audience et les présumées lacunes de la traduction auraient dû être soulevées à ce moment-là—Il n'y a pas eu d'affidavit d'un traducteur attestant des inexactitudes—Quoi qu'il en soit, après examen des transcriptions, il apparaît que la qualité de l'interprétation n'a pas été un problème—Finalement, à l'exception d'une erreur mineure, les conclusions de la SSR ne sont pas abusives, arbitraires ou manifestement déraisonnables et elles sont autorisées par la preuve—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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n°44], art. 15.

KHORASANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3198-01, 2002 CFPI 936, juge Blanchard, ordonnance en date du 4-9-02, 16 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant la décision de la SSR de ne pas reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention aux demandeurs—La SSR a conclu que les demandeurs adultes étaient peut-être nés au Pakistan, sur la foi d'un permis de conduire et du fait qu'ils parlaient l'ourdou et le panjabi pakistanais—Elle n'a pas précisé, dans ses motifs, le poids qu'elle a accordé aux certificats de naissance—Elle aurait dû expliquer dans ses motifs pour quelles raisons elle doutait de l'authenticité des certificats de naissance, si elle avait des doutes au sujet de leur provenance—La SSR a conclu également qu'elle ne disposait d'aucune preuve fiable indiquant que les demandeurs étaient au Pakistan après 1997—Elle n'a fait aucune allusion à une lettre confirmant que M. Najmi était travailleur social à Margalla et qu'il avait fait beaucoup parler de lui en 1999 lors d'une dispute portant sur la construction éventuelle d'une mosquée dans la ville—Plus les éléments de preuve qui ne sont pas mentionnés expressément et analysés dans les motifs sont importants, plus une cour de justice sera disposée à inférer de ce silence que la SSR a tiré sa conclusion sans tenir compte de la preuve—La lettre était tellement fondamentale pour la revendication de M. Najmi que la Cour a déduit du fait que la SSR ne l'a pas mentionnée dans ses motifs qu'elle n'a pas tenu compte de la preuve lorsqu'elle a conclu à l'absence d'élément de preuve

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fiable démontrant que M. Najmi était au Pakistan après 1997—Pour en arriver à sa conclusion sur la question de la résidence, la SSR s'est fondée sur sa conclusion selon laquelle il n'était pas crédible que personne n'ait dit aux revendicateurs qu'il leur faudrait produire les documents scolaires devant la SSR, ainsi que sur une autre conclusion qui n'était pas étayée par la preuve—Les conclusions de la SSR concernant la nationalité et le lieu de résidence après 1997 ont été tirées sans qu'il soit tenu compte de la preuve—La SSR s'est fondée sur ce qu'elle considérait être une exagération de la position de M. Najmi au sein de la Ligue musulmane du Pakistan (LMP) et sur son manque de connaissances politiques pour mettre en doute sa crédibilité—Le poste occupé par M. Najmi n'était ni élevé ni extraordinaire—La SSR a tiré à tort une conclusion défavorable de l'omission de M. Najmi de mentionner dans son Formulaire de renseignements personnels qu'il occupait un poste de direction; elle s'attendait à ce qu'il possède l'expertise politique d'un membre occupant un poste plus élevé au sein du parti—Sa conclusion selon laquelle un poste de direction est une «fonction politique importante» ne reposait sur aucune preuve—Le ministre reconnaît que la SSR a commis une erreur en concluant que M. Najmi ne pouvait pas donner le nom du candidat de la LMP de sa circonscription et en affirmant qu'il avait indiqué dans son témoignage qu'il avait conduit des voitures pour des députés de l'assemblée nationale à Karachi, en 1999 et en 2000—La conclusion selon laquelle le fondement de la revendication était complètement miné n'était donc pas étayée par des motifs convaincants—C'est en raison de son appartenance à l'aile jeunesse de la LMP que M. Najmi avait tenté avec d'autres d'amener le gouvernement à intervenir afin de faire cesser la construction d'une mosquée dans son quartier—Après que l'armée a pris le pouvoir au Pakistan en 1999, la construction de la mosquée a repris et les demandeurs ont reçu des menaces d'un groupe extrémiste à cause de l'opposition de M. Najmi—La SSR a commis une erreur dans son analyse de la preuve documentaire en considérant que la crainte éprouvée par M. Najmi s'expliquait par son appartenance à la LMP, avant de conclure à tort que cette crainte n'était pas fondée parce que la preuve documentaire qui lui avait été présentée ne démontrait pas que des membres de groupes politiques étaient pris pour cibles—M. Najmi a expressément mentionné dans son témoignage que sa crainte était fondée sur le fait qu'il s'était ouvertement opposé personnellement à la construction de la mosquée—Demande accueillie.

NAJMI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4425-01, 2002, CFPI 885, juge Dawson, ordonnance en date du 19-8-02, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant la décision de la SSR de ne pas reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention aux demandeurs—Les demandeurs, des citoyens

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

du Mexique, prétendent craindre avec raison d'être persécutés dans ce pays du fait de leurs prétendues opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social, à savoir la famille d'une personne soupçonnée d'être un sympathisant des Zapatistes—La SSR a considéré que les demandeurs étaient crédibles et dignes de foi, mais elle n'a pas reconnu qu'il existait un lien entre leur crainte de persécution et l'un des motifs énoncés dans la Convention parce que les agents de persécution étaient des membres corrompus de l'armée mexicaine, et non l'armée elle-même—Les demandeurs avaient donc été victimes d'actes criminels—Demande accueillie—Le ministre a reconnu que les demandeurs n'avaient pas été choisis au hasard pour cibles par les autorités militaires, mais qu'ils avaient d'abord été pris pour cibles en raison de leurs rapports avec un membre de la famille soupçonné d'avoir des liens avec les Zapatistes—Il faut, en droit, qu'un lien suffisant puisse être établi au soutien d'une revendication du statut de réfugié lorsque les motifs de persécution sont mixtes, mais liés, au moins partiellement, à un motif énoncé dans la Convention—Application des principes énoncés dans *Shahiraj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 199 (C.F. 1^{re} inst.): il n'appartient pas à la Commission de fonder sa décision sur la question de savoir si le demandeur a établi un lien avec la Convention quant à la croyance subjective des présumés persécuteurs eux-mêmes; rien ne dépend de l'opinion du demandeur quant aux croyances subjectives de ses présumés persécuteurs; cet élément de preuve n'est qu'une opinion—En se fondant simplement sur les suppositions des demandeurs pour comprendre les motifs pour lesquels ils étaient persécutés, la SSR a omis de prendre en compte ou d'analyser la preuve documentaire dont elle disposait et qui indiquait qu'au Mexique les représentants de l'État ont la réputation de porter de fausses accusations de trafic d'armes et de drogue dans le but de persécuter des Zapatistes—Par conséquent, en n'analysant pas la preuve documentaire, qui était pertinente au regard du témoignage des demandeurs, en se fondant sur les suppositions de ces derniers quant à la croyance subjective de leurs prétendus persécuteurs et en ne considérant pas que les motifs de persécution pouvaient être mixtes, la SSR a commis des erreurs lorsqu'elle a tiré sa conclusion concernant l'absence de lien—Ces erreurs justifient que la Cour accueille la demande de contrôle judiciaire.

FLORES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-445-02, 2002 CFPI 893, juge Dawson, ordonnance en date du 20-8-02, 7 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire visant la décision d'un agent des visas selon laquelle le petit-fils biologique du demandeur n'était pas admissible au Canada au motif qu'il n'était pas un

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fil adoptif au sens du Règlement sur l'immigration de 1978—L'agent des visas a-t-il manqué à l'équité procédurale en interrogeant le petit-fils seul, en l'absence de tout parent, tuteur ou ami fiable, sans le consentement de sa grand-mère?—Demande accueillie—Il n'était pas déraisonnable, pour l'agent des visas, d'interroger un enfant de 12 ans séparément lorsqu'un adulte présent interrompait les questions posées à celui-ci et tentait de répondre à sa place—L'agent des visas doit cependant s'assurer que l'enfant comprend la nature de la procédure et l'importance de dire la vérité et montre qu'il est disposé à dire la vérité; il doit s'assurer aussi que, lorsque les questions se rapportent à une époque passée, l'enfant est capable de se souvenir de l'époque en question—En l'espèce, rien n'indique que l'agent des visas a examiné l'un ou l'autre de ces facteurs, et encore moins qu'il en a tenu compte—L'agent des visas s'est fondé uniquement sur les réponses données par l'enfant aux questions relatives à son mode de vie entre l'âge de 18 mois et l'âge de 10 ans, malgré le fait que le témoignage de l'adulte et les documents produits en preuve contredisaient ces réponses—L'agent des visas ne pouvait pas accorder une telle valeur probante aux réponses de l'enfant sans d'abord examiner les facteurs mentionnés ci-dessus—L'agent des visas a manqué à l'équité procédurale en omettant d'examiner ces facteurs.

JESUTHASAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5094-00, 2002 CFPI 872, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 15-8-02, 9 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle une agente des visas a rejeté une demande en vue d'obtenir un visa de résident permanent—Le demandeur a obtenu 67 points d'appréciation—En 1979, le demandeur a obtenu un diplôme de l'Institut de droit DI Kurskiy à Saratov, en URSS—Il a par la suite obtenu le titre d'avocat conformément à une résolution de la Commission nationale d'examen—L'agente des visas ne lui a accordé que 10 points d'appréciation pour le facteur des études—Il n'y a aucun document qui appuie l'allégation du demandeur selon laquelle son niveau d'études équivaut à un baccalauréat en droit—Le demandeur fonde son argument sur le fait qu'il a obtenu le titre d'avocat et qu'on devrait inférer qu'il a reçu une éducation équivalente à un baccalauréat en droit—Il n'y a aucun élément de preuve documentaire indiquant que l'Institut de droit DI Kurskiy était une université, que le diplôme décerné équivalait à un diplôme universitaire ou qu'un diplôme universitaire était requis pour obtenir le titre d'avocat en URSS—L'agente des visas n'était pas tenue de prendre d'autres mesures pour déterminer précisément le niveau d'études du demandeur pour le seul motif qu'il avait le titre d'avocat en URSS—Le demandeur a dit lui-même qu'il détenait un diplôme et non un diplôme universitaire—À première vue, il ne remplissait pas les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

conditions requises pour obtenir 15 points d'appréciation pour le facteur des études—Le document soumis qui émane du International Qualifications Assessments Service situé à Edmonton (Alberta) ne fait pas mention de sa formation juridique—Demande rejetée.

BORZENKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6475-00, 2002 CFPI 910, juge Rothstein, J.C.A. (de droit), ordonnance en date du 26-8-02, 4 p.)

Catégorie d'entrepreneur—Demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant la demande de visa de résident permanent présentée par le demandeur sous la catégorie d'entrepreneur au motif que le demandeur ne maîtrisait pas l'anglais, ce qui rendait difficile pour lui l'exploitation d'une entreprise au Canada; le demandeur comptait trop sur sa sœur (interprète, source de fournisseurs et partenaire commercial); le demandeur n'a pas fait de recherches avant de préparer son plan d'affaires; et l'agent des visas n'était pas certain que le demandeur possède les compétences nécessaires pour mettre sur pied une entreprise—Demande rejetée—L'agent des visas a tenu compte de l'expérience en gestion de projets de construction du demandeur à titre d'ingénieur, mais n'a pas été convaincu que cette expérience était suffisante pour l'exploitation d'un supermarché à Toronto—L'agent des visas a aussi conclu que la preuve présentée par le demandeur au sujet de son expérience en affaires en Chine ne permettait pas de conclure qu'il avait contribué à mettre sur pied avec succès une entreprise là-bas—Ces considérations sont pertinentes et les conclusions tirées ne sont pas déraisonnables—En ce qui a trait au fait que le demandeur «comptait trop» sur sa sœur, compte tenu du contexte, du manque d'expérience du demandeur et de son plan d'affaires rudimentaire, il n'était pas déraisonnable que l'agent des visas ait estimé qu'il «comptait trop» sur elle et que sa capacité d'exploiter avec succès une entreprise pouvait être mise en doute—Distinction faite d'avec *Cheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 13 Imm. L.R. (3d) 28 (C.F. 1^{re} inst.)—Il se pourrait fort bien qu'un bon nombre de clients ou de fournisseurs hypothétiques du demandeur parlent sa langue, mais l'incapacité de parler l'anglais ou le français n'est pas une considération non pertinente parce qu'une personne en affaires doit être capable de communiquer avec les fournisseurs et d'autres personnes—La conclusion de l'agent des visas n'était pas déraisonnable.

YU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6623-00, 2002 CFPI 869, juge Rothstein, J.C.A. (de droit), ordonnance en date du 15-8-02, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas avait refusé la demande de résidence permanente que

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

la demanderesse avait présentée à titre de membre de la catégorie des entrepreneurs—La demanderesse, une citoyenne russe, était l'unique actionnaire d'une société canadienne établie en 1996, qui vendait des vêtements fabriqués au Canada à des clients en Russie et d'autres pays faisant autrefois partie de l'Union soviétique—La demanderesse avait investi environ 500 000 \$ dans l'entreprise—La demanderesse avait affirmé que l'agente des visas avait interprété d'une façon erronée la définition du mot «entrepreneur» figurant dans le Règlement sur l'immigration de 1978 comme exigeant que le demandeur prouve qu'il a l'intention et qu'il est en mesure d'établir une entreprise au Canada après avoir obtenu un visa—Question de savoir si l'agente des visas a omis de tenir compte de l'entreprise existante en déterminant si la demanderesse avait l'intention et était en mesure d'établir une entreprise au Canada—Les faits semblent satisfaire à l'exigence selon laquelle la demanderesse doit démontrer une intention d'établir une entreprise au Canada—Il est déraisonnable pour l'agente des visas d'avoir conclu que la demanderesse n'était pas en mesure d'établir une entreprise au Canada parce qu'elle n'avait pas fait de recherche sur les nouveaux clients possibles afin de développer et d'améliorer son entreprise—L'agente des visas n'a accordé à l'entreprise existante de la demanderesse presque aucune importance dans son appréciation de la capacité de la demanderesse d'établir une entreprise au Canada et elle a donc commis une erreur susceptible de révision—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «entrepreneur» (mod. par DORS/83-837, art. 1).

BONDAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-25-01, 2002 CFPI 879, juge Rothstein, J.C.A. (de droit), ordonnance en date du 19-8-02, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas portant que la demanderesse n'était pas une «fille à charge» au sens de l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978—La demanderesse, qui avait 24 ans, était inscrite dans un établissement d'enseignement et y suivait des cours à temps plein—Elle avait échoué à deux reprises l'année Plus 2 (12^e année) (1995, 1996), avait réussi un cours d'informatique (1997-1998), avait abandonné un cours de coupe et de conception (1999) et avait échoué de nouveau l'année Plus 2 (2000), avant de la reprendre pour la quatrième fois au cours de l'année de l'entrevue—L'agent des visas a considéré qu'elle ne possédait pas les qualités d'une étudiante régulière à temps plein, de sorte qu'elle n'était pas une «fille à charge»—Selon *Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 3 C.F. 280 (C.A.), le critère relatif aux études qui s'applique à un «fils à charge» (ou «une fille à charge») consiste à se demander si cette personne a véritablement été inscrite et a réellement et avec sérieux suivi à temps plein des cours dans un programme d'études—Le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dossier de présence de l'étudiant, les notes qu'il a obtenues, sa capacité de discuter, à tout le moins de façon rudimentaire, des matières étudiées, la question de savoir si son programme d'études se déroule de manière satisfaisante et la question de savoir s'il a fait des efforts réels et sérieux pour assimiler les connaissances enseignées dans ses cours sont des facteurs qui doivent être pris en compte—La reconnaissance des personnes à charge à des fins d'immigration découle de l'importance que la société canadienne accorde aux études supérieures—Cet objectif ne peut être atteint si un étudiant ne fait aucun effort pour étudier et pour saisir la matière enseignée dans ses cours—Un agent des visas peut donc déterminer si un étudiant fait réellement des efforts pour étudier et pour saisir la matière enseignée dans les cours auxquels il est inscrit—Compte tenu des faits, il n'était pas déraisonnable en l'espèce de conclure que la demanderesse n'avait pas véritablement été inscrite et n'avait pas réellement et avec sérieux suivi des cours—Demande rejetée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1), «fille à charge» (édicte par DORS/92-101, art. 1).

SHARMA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-388-01, 2002 CFPI 906, juge Rothstein, J.C.A. (de droit), ordonnance en date du 23-8-02, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas avait refusé d'accorder au demandeur, un citoyen du Soudan, la résidence permanente au Canada à titre d'immigrant indépendant envisageant d'exercer la profession de chercheur des politiques économiques pour le motif qu'il n'avait pas obtenu de points d'appréciation à l'égard du facteur «expérience»—Question de savoir si l'agent a omis d'attribuer des points au demandeur pour l'expérience en sa qualité de chercheur des politiques économiques sans tenir compte de la preuve et si l'agent a commis une erreur en n'attribuant pas de points au demandeur pour le facteur «expérience» même s'il lui avait attribué tous les points à l'égard de la demande dans la profession suivant le facteur professionnel, en sa qualité de chercheur des politiques économiques—Demande rejetée—L'agent des visas n'a pas commis d'erreur en tirant sa conclusion relative aux points d'appréciation attribués pour le facteur «expérience»—Le demandeur, qui n'avait pas réussi à convaincre l'agent à l'entrevue, a eu la possibilité de soumettre des documents additionnels, mais il ne l'a pas fait—L'agent a pris une décision tout à fait raisonnable eu égard à la preuve mise à sa disposition—Lorsque, comme en l'espèce, l'agent des visas attribue des points d'appréciation pour le facteur «demande dans la profession» et n'attribue pas de points pour le facteur «expérience», il commet une erreur susceptible de révision—Toutefois, l'appréciation de l'expérience était raisonnable dans ce cas-ci—Étant donné qu'en vertu de l'art. 11(1) du Règlement sur l'immigration de 1978, l'agent des visas ne

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

peut pas délivrer un visa au demandeur qui n'obtient pas au moins un point pour le facteur «expérience», le demandeur ne peut pas obtenir de visa—Par conséquent, même si une erreur susceptible de révision a été commise au vu de la décision, cette erreur n'influe pas sur le résultat—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(1) (mod. par DORS/91-157, art. 6).

HAMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1397-01, 2002 CFPI 884, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 16-8-02, 11 p.)

Raisons d'ordre humanitaire

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente d'immigration par laquelle la demande d'établissement pour des raisons d'ordre humanitaire présentée par le demandeur a été rejetée—Le demandeur, citoyen du Nigeria, a revendiqué le statut de réfugié, mais sa revendication a été rejetée—Il a présenté une demande d'établissement pour des raisons d'ordre humanitaire—Le demandeur devait être renvoyé du Canada le 5 septembre 2000, mais il ne s'est pas présenté à l'aéroport—Un mandat d'arrestation a été délivré contre lui—Le 12 décembre, le demandeur a été arrêté et détenu jusqu'au 19 décembre, date à laquelle les autorités ont essayé de l'expulser par avion vers le Nigeria—Par deux fois, le demandeur a opposé une telle résistance que la compagnie aérienne ne l'a pas autorisé à monter à bord de l'appareil—Une agente de révision des revendications refusées (ARRR) a informé l'avocat du demandeur qu'elle était d'avis que ce dernier courrait un risque s'il était renvoyé au Nigeria, mais l'opinion concernant le risque n'a pas été communiquée au demandeur—Néanmoins, l'agente d'immigration a refusé la demande d'établissement pour des raisons d'ordre humanitaire—La demande est rejetée—La norme de la décision raisonnable s'applique: *Tartchinska c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 185 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.)—L'agente d'immigration n'a pas à tort fait obstacle à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Le simple fait qu'elle ait fait référence aux éléments des décisions de la section du statut et de l'ARRR ne signifie pas qu'elle n'a pas examiné de façon indépendante la preuve dont elle était saisie—Il n'y a pas de preuve pour appuyer l'allégation selon laquelle l'agente d'immigration avait un préjugé contre le demandeur—La prétention du demandeur est essentiellement un argument selon lequel l'agente d'immigration a mal pondéré la preuve dont elle était saisie—Dans une demande de contrôle judiciaire, il n'appartient pas à la Cour d'évaluer comment l'agent d'immigration a pondéré la preuve—La Cour n'est pas convaincue que la décision de l'agente était déraisonnable—L'agente d'immigration n'a pas commis d'erreur en omettant de communiquer la décision sur

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

l'évaluation du risque établi par l'ARRR au demandeur— Dans les circonstances, l'agent d'immigration n'a pas commis d'erreur en ne communiquant pas au demandeur une copie de l'opinion sur le risque établie par l'ARRR—Le demandeur a été informé de l'existence et du résultat de l'opinion sur le risque—Il a eu amplement la possibilité de présenter les éléments de preuve pertinents à son cas, et de faire évaluer de façon complète et équitable ces éléments de preuve—L'ARRR ne s'est pas appuyée sur des documents qui n'avaient pas été portés à la connaissance du demandeur pour son examen de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—Il n'y a pas eu d'iniquité dans le processus suivi pour décider de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire.

OJINMAC. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4662-01, 2002 CFPI 922, juge McKay, ordonnance en date du 30-8-02, 9 p.)

DROIT AÉRIEN

Demande de contrôle judiciaire de la décision du Comité d'appel du Tribunal de l'aviation civile (le Comité d'appel), qui confirmait la décision du Tribunal de l'aviation civile (le Tribunal) portant qu'il n'avait pas compétence en l'instance—Le ministre a suspendu la licence de pilote du défendeur, en vertu de l'art. 6.9 de la Loi sur l'aéronautique, parce qu'il avait commis des infractions (8) au Règlement de l'aviation canadien et à la Loi—Le Tribunal a décidé qu'il n'avait pas compétence pour traiter de deux des infractions fondées sur des allégations voulant que le défendeur avait contrevenu à l'art. 7.3(1)c) de la Loi—La question à déterminer consiste à savoir si le Tribunal est compétent—Demande accueillie—La norme de contrôle est celle de la décision correcte: *Pushpanatan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982—*Prima facie*, l'effet combiné des art. 6.8, 6.9(1) et 7.3(1) de la Loi est que le ministre peut suspendre un document pour toute contravention à une question énumérée à l'art. 7.3(1) de la Loi—Il s'ensuit que le Tribunal a compétence pour réviser une telle décision—Il faut donc se demander si une autre disposition de la Loi a pour effet de lui retirer ce pouvoir: *Canada (Procureur général) c. La Ronge Aviation Services Ltd.* (1988), 93 N.R. 234 (C.A.F.)—Le Comité d'appel et le Tribunal ont conclu, à tort, que cette compétence était exclue par l'art. 7.3(2) de la Loi—L'effet combiné des art. 7.3(2) et (3) et 7.6(2) fait que chaque contravention à une disposition de la partie I est une infraction—Le fait de contrevenir à une disposition autre qu'un texte désigné est sanctionné par voie de procédure sommaire, sauf dans le cas d'une contravention à l'art. 7.3(1) lorsque l'on décide de procéder par voie de mise en accusation—Par conséquent, le simple fait qu'une

DROIT AÉRIEN—Fin

contravention à l'une des dispositions peut mener à des procédures judiciaires, par voie de mise en accusation ou de procédure sommaire, ne suffit pas à restreindre le sens des art. 6.8 et 6.9 de la Loi, le sens clair de cette disposition étant que toute contravention aux dispositions de la partie I peut mener le ministre à la décision de suspendre un document—La suspension peut ensuite mener à une révision de cette décision par le Tribunal—Toute autre conclusion viendrait réduire le pouvoir de suspension à la portion congrue, puisqu'il ne s'appliquerait qu'aux contraventions à un texte désigné—L'art. 7.6(2) de la Loi indique que lorsque le législateur a eu l'intention de restreindre l'action du ministre à une seule procédure, il utilise une formulation expresse—Le fait qu'une telle restriction ne se trouve nulle part ailleurs dans la partie I permet de déduire que le législateur n'avait pas l'intention de restreindre les options du ministre—Au vu du sens clair et ordinaire des termes utilisés à l'art. 6.9(1) de la Loi, de la structure de la partie I, et de la responsabilité et de l'autorité étendues que le législateur a conféré au ministre par l'art. 4 de la Loi, le ministre peut suspendre un document d'aviation pour une conduite qui est en violation de l'art. 7.3(1) de la Loi—Il s'ensuit que le Tribunal peut réviser cette décision—L'exigence de la *mens rea* présente dans les infractions de nature criminelle ne suffit pas à faire qu'une conduite serait criminelle au sens qu'on ne peut la réviser que par une procédure judiciaire—Quant à l'argument voulant que les agissements énumérés à l'art. 7.3(1) ne devraient être jugés que devant une cour criminelle, où l'on trouve des protections procédurales précises, les protections procédurales prévues devant le Tribunal sont à la mesure du fait qu'il s'agit de procédures administratives visant à annuler, suspendre ou refuser de renouveler un document d'aviation et non à prononcer des déclarations de culpabilité pouvant se solder par l'imposition d'une amende ou par l'emprisonnement—La prétention voulant que ce soit l'art. 7.5(1) de la Loi et non l'art. 6.9 qui doit être invoqué pour interdire l'utilisation ultérieure d'une licence de pilote n'est pas fondée—L'art. 8.5 de la Loi n'est pas incompatible avec une interprétation voulant que l'art. 7.3(1) présente une liste des dispositions dont la contravention peut se solder par une suspension en vertu des art. 6.8 et 6.9(1) de la Loi—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 4 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 4, art. 2), 6.8 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1), 6.9 (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 1, art. 5), 7.3(1) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1), (2) (édicte, *idem*), (3) (édicte, *idem*), 7.5(1) (édicte, *idem*), 7.6(2) (édicte, *idem*), 8.5 (édicte, *idem*)—Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. WOODS (T-1173-01, 2002 CFPI 928, juge Dawson, ordonnance en date du 3-9-02, 17 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du président du Comité de discipline qui a infligé au demandeur une peine de cinq jours de détention disciplinaire avec perte de privilèges parce qu'il a refusé de réintégrer la population carcérale—Dans un établissement pénitencier, un détenu peut être placé en isolement préventif conformément à l'art. 31(3) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Selon le demandeur, la décision du président était manifestement déraisonnable car l'ordre de l'agent n'était pas légitime et ne satisfaisait pas aux critères de l'art. 40a) de la Loi—Il a allégué que l'agent ayant rédigé le rapport d'infraction n'a pas respecté son obligation de tenter de régler la situation de façon informelle selon l'art. 41(1) de la Loi—Un ordre de quitter un isolement est normalement un ordre légitime—Il n'y a aucune preuve de mauvaise foi de la part de l'agent du Service correctionnel du Canada, ni aucune preuve de crainte subjective de la part du demandeur car ce dernier a refusé de donner les raisons qui le motivaient à demeurer en isolement—Le demandeur n'a sûrement pas le droit à un libre choix de sa demeure au pénitencier—Son refus d'obtempérer à l'ordre de sortir de l'isolement préventif enfreignait l'art. 40(a) de la Loi—La disposition de l'art. 41(1) de la Loi qui stipule le mot «doit» après les mots «a commis une infraction disciplinaire» est une disposition impérative—Étant donné qu'il s'agit d'un texte législatif, le président du Comité de discipline aurait dû rejeter l'infraction ou déclarer le demandeur non coupable de cette infraction—Aucune preuve d'une tentative quelconque de mesure n'a été faite pour régler la question de façon informelle comme le prévoit l'art. 41(1) de la Loi—Cette obligation est une question de droit pouvant être soulevée en tout temps par le demandeur—La décision doit donc être annulée car le président du Comité de discipline du pénitencier de Donnacona aurait dû s'enquérir si effectivement des mesures avaient été prises afin de régler la question de façon informelle ou tout au moins, s'enquérir si des circonstances particulières empêchaient que des mesures semblables soient prises—Demande accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, S.C. 1992, ch. 20, art. 31, 40, 41.

LAPLANTE C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (T-2363-00, 2002 CFPI 896, juge Beaudry, ordonnance en date du 22-8-02, 12 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'examen des visiteurs de suspendre les privilèges de visite de la demanderesse au pénitencier de Joyceville—Le mari de la demanderesse était un détenu de l'établissement de Joyceville, un pénitencier de la région de Kingston (Ontario) géré par le Service correctionnel du Canada—Il y purgeait une longue peine d'emprisonnement—

PÉNITENCIERS—Fin

Le 30 septembre 2000, la demanderesse et sa fille se sont rendues à l'établissement de Joyceville pour visiter le mari de la demanderesse—Un chien renifleur était utilisé à l'établissement de Joyceville ce jour-là—La demanderesse fut informée que l'agent correctionnel de surveillance avait des raisons de croire qu'elle avait de la drogue en sa possession ou qu'elle avait été en contact avec de la drogue—On lui ordonna de quitter l'établissement—Ni la demanderesse ni son mari n'ont été informés qu'une évaluation du risque était en cours, ni l'un ni l'autre n'ont reçu copie de l'évaluation du risque et ni l'un ni l'autre n'ont eu la possibilité d'y répondre—Ni la demanderesse ni son mari n'ont été entendus ni n'ont eu l'occasion de présenter des observations écrites au cours de la procédure qui a conduit à la décision contestée—La décision contestée était une décision du Service correctionnel au sens de l'art. 4g) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, une décision qui devait être claire et équitable—L'art. 71(1) de la Loi donne un privilège aux visiteurs, ce privilège étant celui de visiter les établissements correctionnels, qui sont généralement fermés au public—Le mari de la demanderesse n'a pas eu l'occasion de s'opposer clairement à la décision ici contestée de suspendre les droits et privilèges de visite de la demanderesse, et donc son droit à lui de recevoir des visites de ses proches—La demanderesse avait la qualité requise pour présenter cette demande de contrôle judiciaire—L'effet direct de la décision contestée s'est depuis longtemps dissipé puisque la décision, datée du 11 octobre 2000, visait à suspendre les privilèges de visite de la demanderesse pour une période de 30 jours à la suite des événements du 30 septembre 2000—Pour cette demande de contrôle judiciaire, aucun «litige actuel» n'existait le jour où la demande a été instruite—Les défendeurs ont manqué à leur devoir de sensibilité envers la demanderesse et son mari, un devoir qui est implicite dans les dispositions des art. 3 et 4 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, art. 3 et 4—Il y a eu absence totale d'une quelconque équité de la part des défendeurs lorsqu'ils ont envisagé, et finalement décidé, de suspendre pendant une période de 30 jours les privilèges de visite de la demanderesse—Aucune occasion de se faire entendre n'a été donnée à la demanderesse ni à son mari—Les défendeurs ont manqué à leur obligation envers la demanderesse et/ou envers son mari d'agir équitablement lorsqu'ils sont arrivés à la décision de suspendre les privilèges de visite de la demanderesse—N'eût été le fait que la décision contestée était manifestement dépourvue d'intérêt pratique, la Cour aurait annulé la décision—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 4 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 2), 71.

MCGAHEY C. CANADA (PÉNITENCIER DE JOYCEVILLE) (T-2345-00, 2002 CFPI 966, juge Gibson, ordonnance en date du 19-9-02, 13 p.)

PRATIQUE

ACTES DE PROCÉDURES

Modifications

Question de savoir si le défendeur devait être autorisé à modifier son avis de requête (la requête principale)—Le ministre du Revenu national avait obtenu une ordonnance de recouvrement préventif contre le défendeur en vertu de l'art. 225.3(8) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Au mois de juin 2001, le ministre a commencé à appliquer la disposition relative à la compensation de l'ordonnance de recouvrement préventif aux prestations versées au défendeur au titre du Régime de pensions du Canada (le RPC) et de la Sécurité de vieillesse (la SV)—Le défendeur a présenté la requête principale en vue de faire modifier l'ordonnance de recouvrement préventif en cherchant à faire exempter de la compensation les prestations qu'il touchait au titre du RPC et de la SV pour le motif qu'il avait besoin de ces prestations pour subvenir à ses besoins—La requête principale avait été ajournée à diverses reprises—L'ajournement le plus récent visait à permettre au défendeur de présenter la requête en vue de faire modifier la requête principale—Une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action afin de déterminer la véritable question litigieuse entre les parties, pourvu que cette autorisation ne cause pas à l'autre partie une injustice que des dépens ne pourraient réparer et qu'elle serve l'intérêt de la justice—La Cour doit refuser d'autoriser une modification uniquement dans les cas évidents et manifestes qui ne laissent planer aucun doute—Les modifications ne devraient pas être refusées lorsqu'il s'agit d'un domaine du droit qui demeure flou—L'ajournement le plus récent a été accordé en vue de permettre la présentation de la requête visant à faire modifier la requête en modification de façon à inclure l'argument fondé sur la violation des droits reconnus par la Charte—Le défendeur a uniquement traité de la modification proposée relative à la Charte—Les dispositions législatives en cause dans la requête principale n'établissent pas de distinction entre le défendeur et d'autres personnes compte tenu de caractéristiques personnelles—L'autorisation de modifier la requête principale de façon à inclure l'argument du défendeur fondé sur l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés a été accordée—L'autorisation relative aux autres modifications proposées a été refusée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl), ch. 1, art. 225.3—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi sur le Canada de 1982, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 7.

M.R.N. C. MACIVER (T-1042-96, 2002 CFPI 877, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 16-8-02, 13 p.)

Requête en radiation

Les défendeurs sollicitent une ordonnance prorogeant le délai de production de la défense modifiée, un jugement

PRATIQUE—Suite

sommaire rejetant la prétention énoncée dans la déclaration, ou une ordonnance radiant l'acte de procédure parce qu'il ne révèle aucune cause d'action valable; la demanderesse sollicite un jugement par défaut—La demanderesse, qui est auto-représentée, affirme que la GRC lui a offert une protection au titre du Programme de protection des témoins en échange de quelques renseignements—Elle allègue un manquement aux obligations fiduciaires et de fausses déclarations—Elle réclame d'importants dommages et une ordonnance de *mandamus*—Elle nomme comme défendeurs la Gendarmerie royale du Canada, le commissaire adjoint, Division «K» de la GRC, ainsi que M. Untel—La défense niait l'existence d'une quelconque entente ou obligation et elle reconnaissait l'existence d'un protocole d'entente conclu avec le mari de la demanderesse pour la fourniture de services de protection à la demanderesse et à son mari à compter du 13 juillet 1983, mais que l'entente avait été résiliée en 1984—Par la suite, la demanderesse a déposé une déclaration modifiée bien que ni une autorisation ni un consentement ne fussent donnés pour le dépôt du document—La déclaration modifiée désignait comme défendeurs «*Sa Majesté la reine*», la Gendarmerie royale du Canada et le commissaire adjoint, W. Sweeny—1) La règle 75 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit que la Cour peut sur requête autoriser une partie à modifier un document—Il n'y a pas eu d'autorisation de modification de la déclaration, mais la règle 56 prévoit que l'inobservation d'une disposition des Règles n'entache pas de nullité l'instance—C'est plutôt une irrégularité qui peut être corrigée en vertu des règles 58 à 60—Aucune requête soulevant l'irrégularité n'a été présentée, et la Cour a ordonné qu'une défense soit produite en réponse à la déclaration modifiée—L'acte modifié n'est pas nul—2) Il n'existe aucun précédent ni aucune règle posant que la non-production d'une défense en réponse à une déclaration modifiée donne à un défendeur le droit d'obtenir un jugement par défaut—Le jugement par défaut est une ordonnance discrétionnaire—Vu les circonstances et eu égard aux circonstances additionnelles où la demanderesse n'a pas donné avis de 14 jours francs de sa requête en jugement par défaut, ainsi que l'exige l'art. 25 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, alors la requête de la demanderesse en jugement par défaut doit être rejetée—3) Aucune cause d'action valable n'a été avancée à l'encontre du commissaire adjoint qui, selon la preuve, n'est pas «W. Sweeny»—Il n'existe pas en droit d'entité appelée «*Sa Majesté la reine*» Gendarmerie royale du Canada (GRC)—Dans les procédures introduites devant la Cour fédérale, la Couronne peut être désignée «*Sa Majesté la reine du chef du Canada*»—La déclaration modifiée est radiée à l'encontre de tous les défendeurs, à l'exception de Sa Majesté la reine, sans autorisation de la modifier, car il n'existe pas la moindre cause d'action à l'encontre de ces défendeurs—Le reste de la déclaration modifiée est radié, au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action et qu'elle peut

PRATIQUE—Suite

préjudicier ou retarder le procès équitable de l'action, bien qu'avec autorisation de demander à la Cour une ordonnance modifiant la déclaration à l'encontre de Sa Majesté la reine du chef du Canada—Dans la mesure où les défendeurs et la Cour n'ont pas à conjecturer la réclamation de la demanderesse ou à présumer ou inférer les allégations manquantes, la réclamation desservirait ou retarderait sans aucun doute le procès équitable de l'action—Il serait impossible aussi pour la Cour de bien diriger son déroulement—Sans la radiation de la déclaration, la prorogation demandée eût été accordée puisqu'une explication raisonnable a été donnée pour la non-production du document dans le délai—La requête en jugement sommaire est prématurée car il pourrait bien y avoir un véritable point en litige sur la question de savoir s'il existe un engagement avec rupture ininterrompue—Il semble également que le souhait de la demanderesse de contre-interroger le témoin a été ignoré, et il n'existe aucune preuve attestant la signification de la demande d'aveu sur laquelle s'appuient les défendeurs—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 56, 58, 59, 60, 75—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 25 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31).

JOHNSON C. CANADA (GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-2185-01, 2002 CFPI 917, juge Dawson, ordonnance en date du 28-8-02, 15 p.)

La demanderesse 9037-9694 Québec Inc., alias Morin Sport, était détentrice d'un permis d'armes à feu pour entreprise émis par le contrôleur des armes à feu du Québec selon les dispositions de la Loi sur les armes à feu—Le 22 novembre 2001, ce permis fut révoqué par Gisèle Telmosse, préposée aux armes à feu et désignée par le contrôleur, au motif que Morin Sport avait enfreint plusieurs dispositions de la Loi et de son règlement d'application—Morin Sport a quand même continué de vendre et d'acheter des armes à feu et ce, avec l'approbation du contrôleur des armes à feu et de ses représentants—Le 9 juillet 2002, Morin Sport a produit devant la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire afin qu'il soit déclaré que la décision du 22 novembre 2001 n'est pas exécutoire—En contrepartie, le procureur général du Canada a déposé une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire de Morin Sport au motif que cette Cour n'a aucune compétence puisque le contrôleur n'est pas un «office fédéral» aux termes de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale—La requête en radiation présentée par le procureur général du Canada, appuyée par le procureur général du Québec, est bien fondée—Les responsables de l'administration de la Loi en ce qui concerne la délivrance et la révocation de permis d'armes à feu ne peuvent être considérés comme «office fédéral» et donc visés par une demande de contrôle judiciaire selon l'art. 18 de la

PRATIQUE—Suite

Loi sur la Cour fédérale—Le Parlement a créé une exclusion dans sa définition d'«office fédéral» bien que l'organisme ou la personne exerce une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale—Le Parlement estime que le contrôle judiciaire des décisions des administrateurs provinciaux doit se faire par les tribunaux de la province et non par la Cour fédérale—Gisèle Telmosse est employée par le Québec et nommée à ce titre par une loi du Québec—L'exclusion prévue par le Parlement du Québec dans sa définition d'«office fédéral» s'applique—Cette Cour n'est pas compétente pour statuer sur la demande de contrôle judiciaire déposée par Morin Sport—La requête en radiation déposée par le procureur général du Canada est accordée—En ce qui concerne la demande de mesures provisoires, la balance des inconvénients favorise nettement l'intimé—Un des facteurs à considérer dans cette balance est l'intérêt public—Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S., 783, la Cour suprême du Canada a souligné le caractère véritable de la Loi comme étant de promouvoir la sécurité publique—L'intérêt public dans l'intégrité du système de contrôle des armes à feu dépasse l'intérêt privé de Morin Sport de continuer l'opération de son commerce—Morin Sport n'a pas présenté une preuve claire et convaincante de l'existence d'un préjudice irréparable—Demande en radiation accuëillie, demande de mesures provisoires rejetée—Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1; 2001, ch. 6, art. 115; 2002, ch. 8, art. 15), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).

9037-9694 QUÉBEC INC. C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-1034-02, 2002 CFPI 849, juge Lemieux, ordonnance en date du 9-8-02, 23 p.)

CARACTÈRE THÉORIQUE

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle la défenderesse satisfaisait aux exigences de la loi et qu'elle avait droit à la pension d'invalidité—Lorsqu'elle a eu 60 ans, en 1997, on lui a accordé, en vertu du Régime de pensions du Canada, une pension de retraite réduite—En 1998, elle a fait une demande de pension d'invalidité fondée sur des douleurs qu'elle avait en raison d'une chute survenue en novembre 1996—Le Régime de pensions du Canada prévoit qu'une personne ne peut pas recevoir en même temps une pension de retraite et une pension d'invalidité—En novembre 1997, ne pouvant plus supporter la douleur, elle a cessé de travailler—Certains éléments de preuve démontraient qu'elle aurait pu effectuer un travail sédentaire malgré ses maux, mais il n'y avait pas de possibilité de trouver un tel travail dans la région où elle habitait—En général, une personne a droit à une pension d'invalidité si elle satisfait à certaines conditions prévues par

PRATIQUE—Suite

la loi et l'une d'elles est que la personne doit être atteinte d'une «invalidité grave et prolongée»—Citant l'arrêt *Villani c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 C.F. 130 (C.A.), qui a fait jurisprudence quant à la signification d'«invalidité grave et prolongée», la Commission d'appel des pensions a tenu compte de l'âge, des antécédents professionnels, de l'expérience de la vie, des efforts déployés pour trouver un emploi et de l'existence de possibilités d'emploi—La défenderesse a reçu le paiement rétroactif d'une pension d'invalidité—Dans la demande de contrôle judiciaire du ministre, il est allégué que la Commission a commis une erreur en considérant que des conditions socio-économiques étaient pertinentes pour décider s'il y avait invalidité au sens du Régime de pensions du Canada—La défenderesse a depuis atteint l'âge de 65 ans; elle a donc cessé de recevoir sa pension d'invalidité et est à nouveau en droit de recevoir une pension de retraite—Le ministre s'est engagé à ne pas chercher à lui faire rembourser les prestations d'invalidité—La défenderesse n'a pas d'intérêt dans l'instance—Absence de litige réel—La demande de contrôle judiciaire est dénuée d'intérêt pratique—La Cour a toutefois le pouvoir discrétionnaire de permettre la poursuite de l'instance malgré son caractère théorique, si les circonstances le justifient—Le débat contradictoire est inexistant dans la présente affaire parce que la défenderesse n'a plus droit à une pension d'invalidité et que le ministre s'est engagé à ne pas chercher à obtenir le remboursement des prestations—En ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires, la Commission d'appel des pensions devrait tenir une nouvelle audition sur une affaire qui n'aurait pas de conséquences pratiques pour les parties—Cette question sera vraisemblablement soulevée un jour dans le contexte d'autres affaires—On a attiré l'attention du ministre sur l'arrêt *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (C.A.F.), où il a été conclu que les facteurs socio-économiques ne sont pas pertinents dans une décision visant à déterminer si une personne est invalide aux termes de l'art. 42(2) du Régime de pensions du Canada—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 12).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. HARMER (A-52-02, 2002 CAF 321, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 12-9-02, 10 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

La Cour canadienne de l'impôt avait rejeté avec dépens l'appel interjeté par Dupont Canada Inc. contre une cotisation

PRATIQUE—Suite

d'impôt relative à son année d'imposition 1988—L'appel interjeté par Dupont devant la C.A.F. avait été accueilli avec dépens—Dupont avait déposé un avis d'appel en vue d'obtenir une ordonnance modifiant l'ordonnance du 12 avril 2001, de façon à inclure les dépens afférents à la Cour de l'impôt—La Couronne n'a pas déposé de réponse à l'avis de requête et le délai imparti à cet égard est expiré—Dans un appel d'un jugement de la Cour de l'impôt, la C.A.F. peut rendre toute ordonnance que la Cour de l'impôt aurait pu rendre, y compris, si le jugement de la Cour de l'impôt est infirmé, une ordonnance relative aux dépens engagés dans le cadre de l'instance dont la Cour de l'impôt était saisie—L'avis d'appel que Dupont avait déposé à l'encontre de la décision de la Cour de l'impôt précisait que les dépens afférents à la Cour de l'impôt seraient demandés—Rien ne montrait que les dépens afférents à la Cour de l'impôt aient été demandés à l'audience—La situation actuelle n'est pas régie par la règle 399—Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel une faute de transcription, une erreur ou une omission au sens de la règle 397(2) a été commise—La requête pouvait donc uniquement être fondée sur la règle 397(1)—Afin de justifier une modification fondée sur la règle 397(1), la Cour doit être convaincue que la question des dépens afférents à la Cour de l'impôt aurait dû être traitée, mais qu'elle a été oubliée ou omise involontairement—La règle 397(1) permet de corriger certaines erreurs commises par la Cour, mais elle n'est pas destinée à remédier à une erreur commise par l'avocat qui a omis d'attirer l'attention de la Cour sur une question—L'ordonnance du 12 avril 2001 accordait précisément la réparation demandée par Dupont en sa qualité de partie ayant eu gain de cause—En l'espèce, les dépens afférents à la Cour de l'impôt n'ont pas été accordés parce qu'ils n'avaient pas été demandés—La règle 397(1) ne peut pas justifier la modification de l'ordonnance—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 397, 399.

DUPONT CANADA INC. C. CANADA (A-527-99, 2002 CAF 307, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 30-8-02, 7 p.)

PARTIES*Intervention*

Le procureur général de l'Alberta souhaite intervenir dans cet appel, qui concerne la présumée violation, par le gouvernement du Canada, des droits de la Première nation crie Mikisew (PNCM) prévus par le Traité n° 8—La violation serait le résultat de l'autorisation donnée par la ministre appelante, aux termes de la Loi sur les parcs nationaux du Canada et du Règlement général sur les parcs nationaux, pour l'exploitation d'un chemin d'hiver dans le Parc national Wood

PRATIQUE—Suite

Buffalo—L'appel dont est saisie la Cour d'appel fédérale est interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de première instance qui avait fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par la PNCM et avait annulé la décision de la ministre d'autoriser la construction du chemin—Le juge des requêtes avait finalement disposé de la demande au vu des moyens constitutionnels soulevés par la demanderesse (violation injustifiée du traité)—Aucun avis de question constitutionnelle n'a été signifié à un procureur général aux termes de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale—Requête accueillie, autorisation d'intervenir accordée—Quant à l'avis de question constitutionnelle, bien qu'il s'agisse d'une question constitutionnelle, on pourrait soutenir devant la Cour d'appel que la Cour n'est pas compétente pour confirmer une décision susceptible d'être qualifiée de conclusion selon laquelle les lois et règlements en vertu desquels la ministre appelante s'est fondée pour exercer son pouvoir d'autoriser la construction du chemin ne peuvent, sur le plan constitutionnel, être «appliqués» de cette façon sans que soient respectées les contraintes constitutionnelles censément imposées par l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982—C'est là un problème pour la formation qui devait juger l'appel, un problème qui ne devrait pas être résolu à la faveur d'une requête interlocutoire—La Cour ne peut à ce stade rien faire pour aider le procureur général à obtenir avis de l'une des parties ainsi que le prévoit l'art. 57 pour qu'il soit en mesure d'intervenir de plein droit—Il ne peut non plus être accordé une requête en intervention selon la règle 109 des Règles de la Cour fédérale, car le demandeur ici n'est pas suffisamment concerné directement par la présente instance—L'intérêt du procureur général de l'Alberta pourrait bien n'être qu'un intérêt «jurisprudentiel»—Il n'y a pas de raison de penser que les aspects véritablement en question dans le litige ne seront pas réglés d'une manière satisfaisante par la ministre fédérale—Cependant, la règle 110 attribue un rôle spécial aux procureurs généraux outre celui que leur confèrent l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale et la règle 109—Il y a ici une question d'«importance générale» à propos de laquelle le procureur général de l'Alberta pourrait bien être d'une certaine utilité pour la Cour, plus précisément la question difficile de savoir s'il y a un aspect relevant de l'art. 57 à l'égard duquel aucun avis n'a été signifié et, dans l'affirmative, ce que sont les pouvoirs et fonctions de la Cour dans un tel cas—Autres points pertinents à propos desquels le procureur général de la province pourrait à juste titre intervenir (s'il existe des droits de chasse et de piégeage issus du traité, le juge a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la décision ministérielle constituait un empiètement sur les droits en question; si le chemin d'hiver constitue un empiètement sur les droits en question, le juge a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que cet empiètement n'était pas justifié?): ces points présentent des

PRATIQUE—Fin

liens étroits avec la situation de la province de l'Alberta dans l'exercice de ses pouvoirs gouvernementaux sur les terres du Traité n° 8 situées à l'extérieur du Parc, et ils présentent aussi une «importance générale» même s'ils ne concernent pas directement le gouvernement provincial—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 109, 110.

CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) C. PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW (A-35-02, 2002 CAF 306, juge Strayer, J.C.A., ordonnance en date du 23-8-02, 5 p.)

PREUVE

Le demandeur sollicite une ordonnance, conformément à l'art. 38.06(3) de la Loi sur la preuve au Canada, confirmant l'interdiction de divulgation de cinq documents en la possession du ministère de la Défense nationale qui, selon les allégations, contiendraient des «renseignements sensibles» ou des «renseignements potentiellement préjudiciables» qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales—Dans quatre des cinq documents secrets, tous les renseignements ont été supprimés sauf les données de transmission—L'ordonnance de divulgation des renseignements secrets a fait entrer en jeu les dispositions en matière d'avis contenues aux art. 38.01(2) et 38.03(3) de la Loi—Compte tenu des accusations criminelles graves dont il était question, le demandeur ne s'est pas opposé à l'examen immédiat par la Cour des documents secrets—Chacun des documents secrets contient des renseignements dont la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales—Quatre des cinq documents secrets contiennent des renseignements secrets obtenus par le ministère de la Défense nationale à titre confidentiel et à la condition qu'ils ne soient pas divulgués—Toutefois, l'art. 38.06(2) de la Loi exige que la Cour se demande si les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation—Le juge désigné peut autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements sous une forme expurgée ou résumée lorsque, après une évaluation des intérêts opposés, il arrive à la conclusion que les raisons d'intérêt public en faveur de la divulgation le justifient—Les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation sont la tenue d'un procès équitable, et ce d'autant plus que l'accusé fait l'objet d'accusations graves et qu'il encourt, s'il y a déclaration de culpabilité, une lourde peine d'emprisonnement

PREUVE—Suite

—La Cour a rédigé les motifs d'ordonnance en tâchant de ne pas divulguer les renseignements secrets et, dans la mesure du possible, la preuve et les observations soumises à l'occasion des séances *ex parte* ainsi qu'une partie des arguments des avocats du défendeur Ribic—Loi sur la preuve au Canada,

PREUVE—Fin

L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.01 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.03 (édicte, *idem*), 38.06 (édicte, *idem*).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. RIBIC (DES-1-02, 2002 CFPI 839, juge en chef adjoint Lutfy, ordonnance en date du 2-8-02, 11p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada

— Publishing

Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:

Communication Canada

— Édition

Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9