



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1993, Vol. 1, Part 2

1993, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [1993] 1 F.C., 187-370

Renvoi [1993] 1 C.F., 187-370

Published by
PIERRE GARCEAU, Q.C.
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT
Secretary
DENISE CÔTÉ

Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to the Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada K1A 0S9.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Digests D-15

Ault Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (C.A.)..... 319

Trade marks — Registration — Opposition — Appeal from trial judgment directing Registrar to consider request to extend time to file opposition — Due to bureaucratic bungling, timely request for extension of time to oppose trade mark not reaching Opposition area before trade mark allowed as unopposed — Trade-marks Act, s. 39 requiring Registrar to allow application for registration if not opposed and time for filing statement of opposition expired — No opposition or opposition decided in favour of applicant essential precondition to allowance under s. 39 — *Silverwood Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, holding no statutory power to rescind Registrar's erroneous decision, overruled.

Continued on next page

Publié par
PIERRE GARCEAU, c.r.
Commissaire à la magistrature fédérale

Bureau des arrêtiistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Arrêtiiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Arrêtiistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
Secrétaire
DENISE CÔTÉ

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-17

Aliments Ault Foods Ltée c. Canada (Registraire des marques de commerce) (C.A.)..... 319

Marques de commerce — Enregistrement — Opposition — Appel interjeté d'un jugement de première instance enjoignant d'examiner la requête en prorogation du délai imparti pour déposer une opposition — En raison d'une maladresse bureaucratique, la requête en prorogation du délai imparti pour faire opposition à une marque de commerce, introduite à temps, n'est parvenue au service des oppositions qu'après que la marque de commerce eut été admise parce qu'elle ne faisait l'objet d'aucune opposition. — L'art. 39 de la Loi sur les marques de commerce exige du registraire qu'il admette une demande d'enregistrement si elle n'a pas été l'objet d'une opposition et que le délai prévu pour la production d'une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Boyce (Re) (T.D.)..... 280

Practice — Judgments and orders — Enforcement — Motion for order directing Bank to deliver up to sheriff contents of safety deposit box — Certificate, registered in Federal Court certifying indebtedness to Crown, deemed judgment — Writs of *feri facias* issued and served on Bank — Bank refusing access to safety deposit box unless “drilling order” obtained as was usual practice at Winnipeg — “Drilling order” not required in addition to writ of *feri facias* — Nothing new to be addressed by Court when sheriff instructed to obtain contents of safety deposit box — Sheriff not trespassing if box empty — Writs of *feri facias* sufficient to authorize sheriff to gain entry to safety deposit box — Bank, as third party, justified in insisting upon indemnification for cost of drilling and restoring box to usable condition.

British Columbia Telephone Co. v. Canada (T.D.).... 303

Customs and excise — Excise Tax Act — Plaintiff paying sales tax under Excise Tax Act, s. 27(1)(a)(iii) on telephone directories distributed free to subscribers — S. 27(1)(a)(iii) imposing tax on sale price of all goods produced or manufactured in Canada payable, where goods for use of producer or manufacturer, when goods appropriated for use — Under s. 28(1)(d) Minister may determine “value for tax” of goods for use by manufacturer or producer — Determination of value under s. 28 equivalent to determination of “sale price” for purpose of applying tax imposed by s. 27(1) — Plaintiff did “use” directories — Turning product to own benefit (distribution of free directories condition of licence, attractive to subscribers, saves costs of providing alternative information services) — That directories also used by subscribers not precluding “use” by plaintiff — “Appropriated” not confined to personal use.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

déclaration d'opposition soit expiré — L'inexistence d'une opposition ou l'existence d'une opposition décidée en faveur du requérant est une condition préalable à l'admission prévue à l'art. 39 — La décision *Silverwood Industries Ltd. c. Le registraire des marques de commerce*, où il a été statué qu'aucun texte n'autorisait à annuler une décision erronée du registraire, est écartée.

Boyce (Re) (1^{re} inst.)..... 280

Pratique — Jugements et ordonnances — Exécution — Requête en ordonnance enjoignant à la banque de remettre au shérif le contenu d'un coffre — Un certificat enregistré auprès de la Cour fédérale attestant une dette envers Sa Majesté est réputé être un jugement — Des brefs de *feri facias* ont été décernés et signifiés à la banque — La banque a interdit l'ouverture du coffre tant qu'une «ordonnance de perçage» n'était pas obtenue, conformément à ce qui se faisait d'habitude à Winnipeg — Il n'est pas nécessaire d'obtenir une «ordonnance de perçage» en sus du bref de *feri facias* — Il n'y a rien de nouveau sur lequel la Cour doit statuer lorsque le shérif est prié d'obtenir le contenu d'un coffre — Le shérif ne commet pas une violation de propriété si le coffre est vide — Les brefs de *feri facias* suffisaient pour autoriser le shérif à ouvrir le coffre — La banque, en tant que tierce partie, a raison d'exiger une indemnité pour les frais engagés pour percer le coffre et le remettre en état d'utilisation.

British Columbia Telephone Co. c. Canada (1^{re} inst.) 303

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Paiement par la demanderesse, en application de l'art. 27(1)(a)(iii) de la Loi sur la taxe d'accise, de la taxe de vente à l'égard d'annuaires téléphoniques remis gratuitement à ses abonnés — L'art. 27(1)(a)(iii) impose une taxe sur le prix de vente de toutes marchandises produites ou fabriquées au Canada, payable, lorsque les marchandises sont destinées à l'usage du producteur ou du fabricant, au moment où il affecte les marchandises à son usage — Aux termes de l'art. 28(1)(d), le ministre peut fixer la «valeur pour la taxe» des marchandises destinées à l'usage du fabricant ou du producteur — L'établissement de la valeur en application de l'art. 28 équivaut à celui du «prix de vente» aux fins de l'application de la taxe prélevée aux termes de l'art. 27(1) — La demanderesse a fait «usage» des annuaires — Opération effectuée à son propre bénéfice (la distribution d'annuaires gratuits est une condition de l'octroi du permis d'exploitation de l'entreprise, rend les services de celle-ci plus attrayants et lui évite les coûts liés à la mise sur pied d'un service d'information) — Le fait que les abonnés utilisent aussi les annuaires n'empêche pas que la demanderesse en fasse «usage» — Le mot «affecte» ne désigne pas qu'un usage personnel.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Minister of Employment and Immigration) *v. Lundgren (T.D.)* 187

Immigration — Pratique — Application for judicial review of adjudicator's decision to adjourn inquiry under Immigration Act — Minister argued adjudicator's decision abuse of discretion as made in response to irrelevant factor, that respondent subject of prosecution under Immigration Act, s. 95 — Respondent, already deported from Canada five times, returned contravening Act, s. 55 — While inquiry in progress pursuant to s. 27(2)(h), criminal charge laid against respondent — Adjudicator granted adjournment of inquiry after deciding latter illogical duplication of criminal prosecution and accused's right to remain silent must be protected — Application allowed — Adjudicator did not exercise discretion judiciously as criminal prosecution under s. 95 did not affect inquiry he was to conduct — Purpose of criminal prosecution to punish those who abuse system; that of inquiry to determine whether someone should be deported — Consequences different and burden of proof not same — No general principle in Canada existence of civil and criminal proceedings in court at same time involving same persons and same facts automatically valid reason justifying adjournment of civil proceedings — Accused's right to remain silent protected by Charter, s. 11(c) and testimony in civil proceedings not to be used in evidence against him in criminal proceedings.

Criminal justice — Evidence — Inquiry under Immigration Act adjourned for reason respondent subject of prosecution under Act, s. 95 — Criminal prosecution not affecting inquiry by adjudicator — Purpose of prosecution punishment of system abusers; that of inquiry to determine whether subject should be deported — Burden of proof, consequences different — Right to remain silent protected by Charter, s. 11(c) — No principle civil proceedings automatically adjourned where concurrent criminal prosecution.

Douglas v. Canada (T.D.) 264

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Armed forces officer admitting to being lesbian — Accepting release, alternative being retention subject to severe career restrictions — Action for damages, declarations — Crown, following out-of-court settlement, consenting to judgment plaintiff's Charter s. 15 rights denied — While case law concerning application of s. 15 to homosexuals unsettled, declarations agreed to supportable in current state of law.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. *Lundgren (1^{re} inst.)* 187

Immigration — Pratique — Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un arbitre d'accorder l'ajournement d'une enquête menée en vertu de la Loi sur l'immigration — Le ministre prétend que la décision de l'arbitre est un abus de discrétion vu qu'elle se base sur une considération non pertinente, savoir que l'intimé fait l'objet de poursuites sous le régime de l'art. 95 de la Loi sur l'immigration — L'intimé, déjà expulsé du Canada à cinq reprises, est quand même revenu au Canada, contrevenant ainsi à l'art. 55 de la Loi — Pendant qu'une enquête était ouverte conformément à l'art. 27(2)(h), une accusation de nature pénale était portée contre l'intimé — L'arbitre a accordé un ajournement de l'enquête après avoir jugé que celle-ci était une duplication illogique de la poursuite pénale et qu'il fallait protéger le droit au silence de l'accusé — Requête accueillie — L'arbitre n'a pas exercé sa discrétion de façon judiciaire puisque la poursuite pénale en vertu de l'art. 95 n'influe pas sur l'enquête qu'il devait mener lui-même — Les poursuites pénales ont pour but de punir ceux qui abusent du système alors que l'enquête a pour but de déterminer si quelqu'un doit être expulsé — Les conséquences sont différentes et le fardeau de la preuve n'est pas le même — Il n'y a pas de principe général au Canada portant que l'existence de procédures civiles et criminelles en cour en même temps mettant en cause les mêmes personnes et les mêmes faits constitue automatiquement un motif valable justifiant l'ajournement des procédures au civil — Quant au droit au silence de l'accusé, il est protégé par l'art. 11(c) de la Charte et son témoignage dans une procédure civile n'est pas admissible en preuve contre lui dans une procédure pénale.

Justice criminelle et pénale — Preuve — L'enquête menée aux termes de la Loi sur l'immigration a été ajournée pour le motif que l'intimé fait l'objet de poursuites en vertu de l'art. 95 de la Loi — La poursuite pénale n'influe pas sur l'enquête que doit mener l'arbitre — Les poursuites pénales ont pour but de punir ceux qui abusent du système, alors que l'enquête a pour but de déterminer si la personne doit être expulsée — Le fardeau de la preuve n'est pas le même et les conséquences sont différentes — Le droit au silence de l'accusé est protégé par l'art. 11(c) de la Charte — Il n'y a pas de principe portant que les procédures civiles sont automatiquement ajournées lorsqu'il existe en même temps des poursuites pénales.

Douglas c. Canada (1^{re} inst.) 264

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Un officier des Forces armées reconnaît être lesbienne — Elle accepte sa libération, plutôt que de rester en voyant sa carrière assujettie à de sérieuses restrictions — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire — La Couronne, à la suite d'un arrangement à l'amiable, a consenti au jugement concluant au déni des droits de la demanderesse garantis par l'art. 15 de la Charte — Bien que la jurisprudence sur l'applicabilité de l'art. 15 aux homosexuels ne soit pas fixée, les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Armed forces — Officer admitting to being lesbian — Accepting release, alternative under interim policy then applicable being retention with severe career restrictions — Action for damages, declarations — Parties agreeing to settlement providing for judgment plaintiff's Charter s. 15 rights denied, defendant's interim policy as to homosexuals contrary to Charter.

Practice — Judgments and orders — Consent judgment — Action for damages, declaration plaintiff's Charter s. 15 rights infringed by Canadian Forces' interim policy regarding homosexuals — Out-of-court settlement — Draft judgment submitted to Court — Judgment signed as presented without reference to parties' consent — Judgment binding parties only — Where case settled, Court ordinarily not looking beyond terms of judgment agreed upon if within scope of relief sought, might have been granted at trial — Consent not questioned, even where Crown a party — Whether process here followed appropriate to resolution of Charter issues open to debate.

Fond du Lac Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (T.D.)..... 195

Injunctions — Interlocutory — Application to restrain Inuit vote, step in ratification of Final Agreement on land claim settlement — Motion not premature as action for declarations, permanent injunction and damages not going to be resolved before ratification — Plaintiffs' existing aboriginal and/or treaty rights serious issue to be tried — No irreparable harm to plaintiffs if interlocutory relief denied and Agreement ratified — Final Agreement providing protection for whatever treaty and/or aboriginal rights plaintiffs may be found to have — No irreparable harm to defendants if economic, social and educational benefits provided for in Agreement delayed — Delay and inconvenience not irreparable harm — Possible unraveling of consensus if injunction granted of concern — Regard had to public interest in future development of North — Balance of convenience favours defendants.

Native peoples — Lands — Application for interlocutory injunction restraining Inuit vote, step in ratification of land claim settlement agreement — After years of negotiations, Final Agreement between Inuit of eastern, central and high Arctic and federal Government reached — In consideration of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

déclarations auxquelles la Couronne a consenti sont défendables dans l'évolution actuelle de la jurisprudence.

Forces armées — Un officier reconnaît être lesbienne — Elle accepte sa libération, l'autre solution en vertu de la politique temporaire alors applicable étant de rester en voyant sa carrière assujettie à de sévères restrictions — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire — Les parties consentent à un arrangement prévoyant un jugement qui conclut qu'il y a eu déni des droits de la demanderesse garantis à l'art. 15 de la Charte, et qui déclare contraire à la Charte la politique temporaire de la défenderesse à l'égard des homosexuels.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sur consentement — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire portant que la politique temporaire des Forces armées à l'égard des homosexuels a violé les droits de la demanderesse conférés par l'art. 15 de la Charte — Arrangement à l'amiable — Projet de jugement soumis à la Cour — Jugement signé tel que soumis sans mention du consentement des parties — Le jugement ne lie que les parties — Lorsque l'affaire est réglée, le tribunal ne regarde ordinairement pas au-delà des termes du jugement auquel ont consenti les parties s'il reste dans les limites de la réparation recherchée, et qu'il aurait pu être accordé dans le cadre d'un procès — Le consentement n'est pas mis en cause, même lorsque la Couronne est une partie — La question de savoir si la façon de procéder en l'espèce convient au règlement des affaires fondées sur la Charte est sujette à débat.

Bande Fond du Lac c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1^{re} inst.)..... 195

Injonctions — Interlocutoires — Demande en vue d'empêcher les Inuit de tenir un vote conduisant à la ratification d'une entente finale sur une revendication territoriale — La requête n'est pas prématurée puisque l'action visant à obtenir un jugement déclaratoire, une injonction permanente et des dommages-intérêts ne sera pas résolue avant la ratification — Les droits existants des demandeurs, ancestraux ou issus de traités, sont une question sérieuse à trancher — Les demandeurs ne subiraient aucun préjudice irréparable si l'injonction interlocutoire était refusée et si l'entente était ratifiée — L'entente finale protège les droits, ancestraux ou issus de traités, que les demandeurs pourraient se voir reconnaître — Les défendeurs ne subiraient aucun préjudice irréparable s'ils recevaient plus tard que prévu les avantages économiques, sociaux et scolaires prévus dans l'entente — Les retards et les inconvénients ne constituent pas un préjudice irréparable — La Cour craint que le consensus ne se désintègre si l'injonction est accordée — La Cour a tenu compte de l'intérêt public pour la mise en valeur future du Nord — La prépondérance des inconvénients favorise les défendeurs.

Peuples autochtones — Terres — Demande d'injonction interlocutoire pour empêcher les Inuit de tenir un vote conduisant à la ratification d'une entente de règlement sur une revendication territoriale — Après plusieurs années de négociations, les Inuit de l'Arctique de l'Est, de l'Arctique du Centre et de l'Extrême

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

surrender of aboriginal title, Inuit to receive benefits, including title in fee simple to 136,291 square miles — Agreement provided for creation of new territory with own legislative assembly and government — Plaintiffs claiming existing treaty and/or aboriginal rights in settlement area — Common law recognition of indigenous peoples as sole original owners and occupants of Canada — Method of establishing claims — Canadian Government policy concerning aboriginal land claims explained — Natives to resolve own competing land claims without Government interference — Motion denied upon taking into account public interest in northern development and balance of convenience favouring defendants.

Crown — Immunity — Injunctive relief not available against Crown at common law or under Crown Liability and Proceedings Act, s. 22 — Motion for order restraining Inuit vote, step in ratification of Final Agreement on land claim between Inuit and federal Government not involving Crown or Crown agency — Only if Agreement ratified will Crown immunity become issue.

Koo (Re) (T.D.)..... 286

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Naturalization — Residency requirements — Citizenship Act, s. 5(1)(c) requiring accumulation of at least three years of residence in Canada within four years immediately preceding date of application — Parliamentary debates, committee proceedings not supporting conclusion removal of qualifications based on domicile from Act in 1978 indicating intention not to require physical presence for whole three-year period — Physical presence for 1,095 days contemplated as minimum — Case law not requiring physical presence during whole 1,095 days to fulfil residence requirement — Appellant present in Canada 232 days during four-year period preceding citizenship application — Questions formulated and applied to determine whether Canada place where appellant “regularly, normally or customarily lives” or whether country in which centralized mode of existence — Court not to interpret statute more liberally if of view applicant would make excellent citizen — Appellant’s activities said to be of “exceptional value to Canada” merely sound business practice — Making of s. 5(4) recommendation discretionary, not subject to appeal.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Arctique ont conclu une entente finale avec le gouvernement fédéral — En contrepartie de l’abandon de leurs droits ancestraux, les Inuit doivent recevoir des avantages, y compris un droit de propriété en fief simple sur 136 291 milles carrés — L’entente prévoyait la création d’un nouveau territoire doté de sa propre assemblée législative et de son propre gouvernement — Les demandeurs allèguent avoir des droits existants, ancestraux ou issus de traités, dans la région — La common law reconnaît que les peuples autochtones étaient les premiers, seuls propriétaires et occupants du Canada — Méthode qui permet de faire valoir les revendications — Politique du gouvernement canadien à l’égard des revendications territoriales des autochtones expliquée — Les autochtones doivent résoudre leurs différends en matière de revendications territoriales sans l’intervention du gouvernement — La requête est rejetée, vu l’intérêt public pour la mise en valeur du Nord et vu la prépondérance des inconvénients en faveur des défendeurs.

Couronne — Immunité — En vertu de la common law et de l’art. 22 de la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, une injonction ne peut être décernée contre l’État — Une requête en vue d’empêcher les Inuit de tenir un vote conduisant à la ratification d’une entente finale, sur une revendication territoriale, conclue entre les Inuit et le gouvernement fédéral n’intéresse ni l’État, ni un organisme d’État — L’immunité de l’État ne sera en cause que si l’entente est ratifiée.

Koo (Re) (1^{re} inst.)..... 286

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Naturalisation — Conditions en matière de résidence — L’art. 5(1)(c) de la Loi sur la citoyenneté exige que la personne ait, dans les quatre ans précédant la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans — Les débats parlementaires et les délibérations de comité n’étaient pas la conclusion selon laquelle la suppression, en 1978, des restrictions fondées sur le lieu de domicile imposées par la Loi dénote l’intention de ne pas exiger une présence physique au Canada pendant toute la période de trois ans — Une présence physique de 1 095 jours était envisagée comme durée minimale — La jurisprudence n’exige pas que l’on soit physiquement présent pendant toute la période de 1 095 jours pour satisfaire à la condition prescrite en matière de résidence — L’appellant a été présent au Canada pendant 232 jours durant les quatre ans précédant sa demande de citoyenneté — Des questions ont été formulées et appliquées pour déterminer si le Canada était le lieu où l’appellant «vit régulièrement, normalement ou habituellement» ou le pays où il avait centralisé son mode d’existence — La Cour n’a pas à interpréter la Loi d’une manière plus large si elle est d’avis que le requérant ferait un excellent citoyen — Les activités de l’appellant censées constituer «des services exceptionnels rendus au Canada» représentent simplement une saine pratique commerciale — La formulation d’une recommandation en vertu de l’art. 5(4) est une mesure discrétionnaire, non susceptible d’appel.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Montres Rolex S.A. v. Balshin (C.A.)..... 236

Trade marks — Infringement — Appeal from judgment granting permanent injunction against named and unnamed defendants — Imitation watches bearing appellants' trade marks sold by defendants — Appellants seeking to extend injunction to "potential defendants" — Meaning of "unnamed defendants" — Not proper case for class action with one named defendant representing unknown transgressors — Relief sought summary procedure to curtail trade mark infringement by persons having no real defence — Exceptional circumstances warranting post-trial injunction against unknown defendants.

Injunctions — Infringement of appellants' trade marks under Trade-marks Act, ss. 19, 20 — Appellants seeking permanent injunction against "potential defendants" — Case law silent — Injunction against unidentified persons of interim nature — Permanent injunction enforceable against unknown defendants only in exceptional circumstances — S. 52(4) order and permanent injunction distinguished — Terms of permanent injunction against "potential defendants" must be in accordance with rules of fundamental justice — Trial Judge's order amended to apply only to street vendors with no fixed business address.

Practice — Parties — Joinder — Permanent injunction sought against "potential defendants" infringing appellants' trade marks — Unknown and potential defendants distinguished — Whether permanent injunction enforceable against them — Case law on joinder of parties reviewed — Not proper case for class action with one named defendant representing unknown transgressors — Use of fictitious names restricted to interlocutory and pre-trial proceedings — Relief sought summary procedure designed to curtail trade mark infringement by persons having no real defence — Order amended to apply only to street vendors with no fixed business address.

Practice — Contempt of court — Trade mark infringement — Plaintiffs seeking permanent injunction against "potential defendants" — Relief sought tantamount to summary procedure to curtail trade mark infringement — Procedure derived from Court's power to hold person in contempt — Contempt proceedings not purely civil in nature as imprisonment method of enforcement — Contempt proceedings subject to fundamental justice rules even if effectiveness thereby reduced — Contempt of court not simple means of enforcing judgments.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Montres Rolex S.A. c. Balshin (C.A.)..... 236

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel d'un jugement qui avait accordé une injonction permanente contre des défendeurs nommés et non nommés — Les défendeurs avaient vendu des montres d'imitation portant les marques de commerce des appelantes — Les appelantes demandent que l'injonction s'applique également aux «défendeurs éventuels» — Sens de l'expression «défendeurs non nommés» — Il ne s'agit pas d'un cas où un recours collectif peut être intenté contre un défendeur nommé représentant des transgresseurs inconnus — La réparation demandée équivaut à une procédure sommaire pour empêcher ceux qui n'ont pas de véritable défense de violer les marques de commerce — Les circonstances exceptionnelles justifient la délivrance d'une injonction postérieure à l'instruction contre des défendeurs inconnus.

Injonctions — Violation des marques de commerce des appelantes aux termes des art. 19 et 20 de la Loi sur les marques de commerce — Les appelantes demandent une injonction permanente contre des «défendeurs éventuels» — Aucune jurisprudence sur cette question — Une injonction prononcée contre des personnes non identifiées est de nature provisoire — Une injonction permanente n'est exécutoire contre des défendeurs inconnus que dans des circonstances exceptionnelles — Distinction entre une ordonnance fondée sur l'art. 52(4) et une injonction permanente — Les termes d'une injonction permanente décernée contre des «défendeurs éventuels» doivent être conformes aux règles de la justice fondamentale. — L'ordonnance du juge de première instance est modifiée pour ne viser que les marchands ambulants qui n'ont pas d'établissement commercial fixe.

Pratique — Parties — Jonction — Une injonction permanente est demandée contre des «défendeurs éventuels» qui violeraient les marques de commerce des appelantes — Distinction entre les défendeurs inconnus et éventuels — Une injonction permanente est-elle exécutoire contre eux? — Examen de la jurisprudence sur la jonction des parties — Il ne s'agit pas d'un cas où un recours collectif peut être intenté contre un défendeur nommé représentant des transgresseurs inconnus — L'emploi de noms fictifs est limité aux procédures interlocutoires et préalable à l'instruction — La réparation demandée équivaut à une procédure sommaire destinée à empêcher ceux qui n'ont pas de véritable défense de violer des marques de commerce — L'ordonnance est modifiée pour ne viser que les marchands ambulants qui n'ont pas d'établissement commercial fixe.

Pratique — Outrage au tribunal — Violation de marques de commerce — Les demanderesses demandent une injonction permanente contre des «défendeurs éventuels» — La réparation demandée équivaut pratiquement à une procédure sommaire pour empêcher la violation de marques de commerce — La procédure découle du pouvoir de la Cour de juger quelqu'un coupable d'outrage au tribunal — La procédure d'outrage n'est pas de nature purement civile puisqu'une des méthodes pour la sanctionner est l'emprisonnement — La procédure d'outrage est soumise aux règles de la justice fonda-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Peplinski v. Canada (T.D.)..... 222

Health and welfare — Pensions — Application for *mandamus* requiring Review Tribunal to hear appeal under Canada Pension Plan, s. 82(1) — Pension denied — Minister subsequently reviewing allegedly new facts filed in support of s. 84(2) application to amend decision, but decision not changed — S. 82(1) appeal from refusal to amend decision denied on ground no right to appeal because no new decision made — Once Minister deciding new facts warranting review of original decision, fresh decision results as based on different facts than original decision and appeal lies.

Shannon v. Canada (Attorney General) (C.A.)..... 331

Public Service — Application to review Appeal Board decision not having jurisdiction to deal with merits of appeal under Public Service Employment Act, s. 21 — Simultaneous closed and open competitions to staff position — Only eligible candidate in closed competition declining appointment — Board holding proposed appointment to be made through open competition — S. 21 giving right of appeal where selection of person for appointment made from within Public Service — Application dismissed — When only eligible candidate in closed competition declined appointment, no appointment remained to be made in closed competition — Appointment made pursuant to open competition not subject of appeal under s. 21.

Construction of statutes — Public Service Employment Act, s. 21 as appearing in 1985 revision of Statutes of Canada differing from immediate predecessor as French text including neither introductory words of English text nor equivalent of “appeal against the appointment” — New form and mode of expression not producing change in substance of law from that reflected in English text or in former French text — Enactment not new, but part of consolidation of public general statutes — Revised Statutes of Canada, 1985 Act, s. 4 providing 1985 Revised Statutes shall not be held to operate as new law — Statute Revision Act, s. 6 expressly withholding from Statute Revision Commission authority to change substance of any enactment.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

mentale, même si son efficacité s'en trouve diminuée — L'outrage au tribunal n'est pas un simple moyen d'exécution des jugements.

Peplinski c. Canada (1^{re} inst.)..... 222

Santé et bien-être social — Pensions — Demande de bref de *mandamus* enjoignant au tribunal de révision d'entendre un appel conformément à l'art. 82(1) du Régime de pensions du Canada — Pension refusée — Le ministre étudie par la suite les nouveaux faits allégués déposés à l'appui de la demande fondée sur l'art. 84(2) visant la modification de la décision, mais la décision reste inchangée — L'appel fondé sur l'art. 82(1) interjeté contre le refus de modifier une décision est rejeté au motif qu'il n'existe pas de droit d'appel parce qu'aucune autre décision n'a été rendue — Lorsque le ministre décide que des faits nouveaux justifient l'examen de la décision originale, la nouvelle décision procède des faits différents de ceux qui ont étayé la décision originale et il y a ouverture à appel.

Shannon c. Canada (Procureur général) (C.A.)..... 331

Fonction publique — Demande de contrôle d'une décision d'un comité d'appel portant qu'il n'avait pas compétence pour entendre, sur le fond, un appel interjeté conformément à l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — Tenue d'un concours interne et d'un concours public en même temps pour doter un poste — Le seul candidat admissible au concours interne a refusé la nomination — Le comité a jugé que la nomination proposée avait été faite à la suite d'un concours public — L'art. 21 prévoit un droit d'appel lorsqu'il y a eu nomination interne — Demande rejetée — Lorsque le seul candidat admissible au concours interne a refusé la nomination, il ne restait plus de nomination à faire dans le cadre du concours interne — Une nomination faite à la suite d'un concours public ne peut faire l'objet d'un appel fondé sur l'art. 21.

Interprétation des lois — L'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, publiée dans les Lois révisées du Canada de 1985, diffère du texte qui était en vigueur immédiatement avant, puisque le texte français ne reproduit pas les mots introductifs du texte anglais ou l'équivalent de «*appeal against the appointment*» — Ces changements n'ont pas eu pour effet de modifier la règle de droit par rapport à celle qu'exprime le texte anglais ou l'ancien texte français — Il ne s'agit pas d'une nouvelle loi: elle fait partie d'une refonte des lois d'intérêt public et général — L'art. 4 de la Loi sur les Lois révisées du Canada (1985) prévoit que les Lois révisées de 1985 ne sont pas censées être de droit nouveau — L'art. 6 de la Loi sur la révision des lois empêche expressément la Commission de révision des lois de modifier le fond des lois.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Signalisation de Montréal Inc. v. Services de Béton Universels Ltée (C.A.)..... 341

Patents — Infringement — Capacity to sue — Appeal from order striking out statement of claim on ground plaintiff lacking capacity to seek injunctive relief — Appellant representative of exclusive licensee in Quebec for patented invention — Patent Act, s. 55 giving person “claiming under” patentee right to sue for damages caused by infringement — Exclusive licensee entitled to sell invention — Appellant’s rights derived from sale — Purchaser of patented article from patentee acquiring licence — Licensee, even non-exclusive licensee, person “claiming under” patentee and entitled to sue for infringement — Rights accruing to purchaser of patented article not based on estoppel — “Floodgates” argument specious — Person “claiming under” patentee person deriving rights to use patented invention directly from patentee whether right to use acquired by assignment, licence, sale, lease.

Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission) (C.A.)..... 231

Judicial review — Statutory appeals — Motion to dismiss application for judicial review of CRTC decision pursuant to Federal Court Act, s. 18.5 on ground judicial review precluded by existence of statutory right of appeal — Under s. 18.5 where express provision by Act of Parliament for appeal from decision of federal commission, decision not “to the extent that it may be so appealed” subject to review — Leave to appeal denied — Because applicant lacked status as party before CRTC, no redress if judicial review foreclosed — S. 18.5 interpreted restrictively — Not intended to foreclose judicial review — Judicial review available when decision not appealable by party.

Telecommunications — Statutory right of appeal under National Telecommunications Powers and Procedures Act, s. 68 not precluding judicial review of CRTC decision by virtue of Federal Court Act, s. 18.5 where party denied leave to appeal — Judicial review available when decision not appealable by party.

SOMMAIRE (Fin)

Signalisation de Montréal Inc. c. Services de Béton Universels Ltée (C.A.)..... 341

Brevets — Contrefaçon — Qualité pour intenter l’action — Appel de l’ordonnance qui radiait la déclaration au motif que la demanderesse n’avait pas qualité pour demander une injonction — L’appelante est la représentante du porteur de licence exclusive, pour le Québec, d’une invention brevetée — L’art. 55 de la Loi sur les brevets accorde à quiconque «se réclame» du breveté le droit d’intenter une action en dommages-intérêts pour le préjudice causé par la contrefaçon du brevet — Le preneur de la licence exclusive a le droit de vendre le brevet — L’appelante tient ses droits de la vente — Celui qui achète l’article breveté du breveté acquiert la licence — Le preneur de licence, même le preneur de licence non exclusif, est une personne «se réclamant» du breveté et a droit d’intenter une action en contrefaçon — Les droits acquis par l’acheteur d’un article breveté ne se fondent pas sur l’estoppel — Les arguments fondés sur l’avalanche à redouter sont spécieux — La personne «se réclamant» du breveté tient directement de celui-ci son droit d’utiliser le brevet, que ce droit découle d’une cession directe, d’une licence, d’une vente, d’une location.

Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications) (C.A.)..... 231

Contrôle judiciaire — Appels prévus par la loi — Requête visant à obtenir le rejet d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision du CRTC, aux termes de l’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale, au motif que l’existence d’un droit d’appel prévu par la loi fait obstacle audit contrôle — Selon l’art. 18.5, lorsqu’une loi fédérale prévoit expressément qu’il peut être interjeté appel d’une décision d’une commission fédérale, cette décision ne peut «dans la mesure où elle est susceptible d’un tel appel» faire l’objet d’un contrôle — Demande d’autorisation d’appel rejetée — Le requérant n’étant pas reconnu comme partie devant le CRTC, il n’avait accès à aucune réparation en cas de prescription d’un contrôle judiciaire — L’art. 18.5 a été interprété d’une manière restrictive — Il n’est pas conçu pour empêcher la tenue d’un contrôle judiciaire — Une partie peut demander un contrôle judiciaire lorsqu’elle ne peut interjeter appel d’une décision.

Télécommunications — Le droit d’appel prévu par l’art. 68 de la Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications n’empêche pas d’effectuer un contrôle judiciaire d’une décision du CRTC, en exécution de l’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale, lorsqu’il est refusé à une partie d’interjeter appel — Une partie peut demander un contrôle judiciaire lorsqu’elle ne peut interjeter appel d’une décision.

ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)

ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1993, Vol. 1, Part 2

1993, Vol. 1, 2^e fascicule

ERRATUM

In the report of *Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 795, the Court of Appeal panel was composed of Marceau, Stone and Robertson JJ.A. Marceau J.A., who delivered the reasons for judgment of the Court, was the only Judge mentioned in the headnote.

Dans la décision *Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 795, la formation de la Cour d'appel qui avait entendu l'affaire était composée des juges Marceau, Stone et Robertson, J.C.A. Dans le sommaire, seul le juge Marceau, J.C.A., qui a rédigé les motifs du jugement de la Cour, a été mentionné.

T-682-92

Minister of Employment and Immigration of Canada (Applicant)

v.

John Frederick Lundgren (Respondent)*INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. LUNDGREN (T.D.)*

Trial Division, Dubé J.—Montréal, September 25; Ottawa, September 25, 1992.

Immigration — Practice — Application for judicial review of adjudicator's decision to adjourn inquiry under Immigration Act — Minister argued adjudicator's decision abuse of discretion as made in response to irrelevant factor, that respondent subject of prosecution under Immigration Act, s. 95 — Respondent, already deported from Canada five times, returned contravening Act, s. 55 — While inquiry in progress pursuant to s. 27(2)(h), criminal charge laid against respondent — Adjudicator granted adjournment of inquiry after deciding latter illogical duplication of criminal prosecution and accused's right to remain silent must be protected — Application allowed — Adjudicator did not exercise discretion judiciously as criminal prosecution under s. 95 did not affect inquiry he was to conduct — Purpose of criminal prosecution to punish those who abuse system; that of inquiry to determine whether someone should be deported — Consequences different and burden of proof not same — No general principle in Canada existence of civil and criminal proceedings in court at same time involving same persons and same facts automatically valid reason justifying adjournment of civil proceedings — Accused's right to remain silent protected by Charter, s. 11(c) and testimony in civil proceedings not to be used in evidence against him in criminal proceedings.

Criminal justice — Evidence — Inquiry under Immigration Act adjourned for reason respondent subject of prosecution under Act, s. 95 — Criminal prosecution not affecting inquiry by adjudicator — Purpose of prosecution punishment of system abusers; that of inquiry to determine whether subject should be deported — Burden of proof, consequences different — Right to remain silent protected by Charter, s. 11(c) — No principle civil proceedings automatically adjourned where concurrent criminal prosecution.

T-682-92

Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada (requérant)

a c.

John Frederick Lundgren (intimé)*RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) c. LUNDGREN (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Dubé—Montréal, 25 septembre; Ottawa, 25 septembre 1992.

Immigration — Pratique — Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un arbitre d'accorder l'ajournement d'une enquête menée en vertu de la Loi sur l'immigration — Le ministre prétend que la décision de l'arbitre est un abus de discrétion vu qu'elle se base sur une considération non pertinente, savoir que l'intimé fait l'objet de poursuites sous le régime de l'art. 95 de la Loi sur l'immigration — L'intimé, déjà expulsé du Canada à cinq reprises, est quand même revenu au Canada, contrevenant ainsi à l'art. 55 de la Loi — Pendant qu'une enquête était ouverte conformément à l'art. 27(2)(h), une accusation de nature pénale était portée contre l'intimé — L'arbitre a accordé un ajournement de l'enquête après avoir jugé que celle-ci était une duplication illogique de la poursuite pénale et qu'il fallait protéger le droit au silence de l'accusé — Requête accueillie — L'arbitre n'a pas exercé sa discrétion de façon judiciaire puisque la poursuite pénale en vertu de l'art. 95 n'influe pas sur l'enquête qu'il devait mener lui-même — Les poursuites pénales ont pour but de punir ceux qui abusent du système alors que l'enquête a pour but de déterminer si quelqu'un doit être expulsé — Les conséquences sont différentes et le fardeau de la preuve n'est pas le même — Il n'y a pas de principe général au Canada portant que l'existence de procédures civiles et criminelles en cour en même temps mettant en cause les mêmes personnes et les mêmes faits constitue automatiquement un motif valable justifiant l'ajournement des procédures au civil — Quant au droit au silence de l'accusé, il est protégé par l'art. 11(c) de la Charte et son témoignage dans une procédure civile n'est pas admissible en preuve contre lui dans une procédure pénale.

Justice criminelle et pénale — Preuve — L'enquête menée aux termes de la Loi sur l'immigration a été ajournée pour le motif que l'intimé fait l'objet de poursuites en vertu de l'art. 95 de la Loi — La poursuite pénale n'influe pas sur l'enquête que doit mener l'arbitre — Les poursuites pénales ont pour but de punir ceux qui abusent du système, alors que l'enquête a pour but de déterminer si la personne doit être expulsée — Le fardeau de la preuve n'est pas le même et les conséquences sont différentes — Le droit au silence de l'accusé est protégé par l'art. 11(c) de la Charte — Il n'y a pas de principe portant que les procédures civiles sont automatiquement ajournées lorsqu'il existe en même temps des poursuites pénales.

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], s. 11(c).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(2)(h), 95.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1) (as am. by SOR/89-38, s. 13).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Potash Corp. of Sask. Mining Ltd. v. Todd*, [1986] 6 W.W.R. 646; (1986), 52 Sask. R. 231 (Q.B.).

AUTHORS CITED

Wydrzynski, Christopher J. *Canadian Immigration Law and Procedure*, Aurora: Canada Law Book Limited, 1983.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of the decision of an adjudicator who was holding an inquiry pursuant to the *Immigration Act* to adjourn the inquiry on the ground that the respondent was the subject of a criminal prosecution under section 95 of the Act. Application allowed.

COUNSEL:

Claude Provencher for the applicant.
Marc C. Lague for the respondent.

SOLICITORS:

Attorney General of Canada for the applicant.
Bertrand, Deslauriers, Montréal, for the respondent.

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

DUBÉ J.: This is an originating motion by the applicant (the "Minister") seeking judicial review of the decision made by the adjudicator Claude Perron on December 2, 1991, adjourning the inquiry he was

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. 11c).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2)h), 95.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(1) (mod. par DORS/89-38, art. 13).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 633; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Potash Corp. of Sask. Mining Ltd. v. Todd*, [1986] 6 W.W.R. 646; (1986), 52 Sask. R. 231 (B.R.).

DOCTRINE

Wydrzynski, Christopher J. *Canadian Immigration Law and Procedure*, Aurora: Canada Law Book Limited, 1983.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE de la décision d'un arbitre, qui menait une enquête en vertu de la *Loi sur l'immigration*, d'ajourner cette enquête au motif que l'intimé faisait déjà l'objet de poursuites pénales en vertu de l'article 95 de la Loi. Demande accueillie.

AVOCATS:

Claude Provencher pour le requérant.
Marc C. Lague pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Bertrand, Deslauriers, Montréal, pour l'intimé.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE DUBÉ: Il s'agit ici d'une requête introductive d'instance de la part de la partie requérante («le ministre») aux fins d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision prononcée le 2 décembre 1991 par mon-

holding pursuant to the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2].

The basis of the motion is that the adjudicator's decision to adjourn the inquiry was an abuse of discretion as it was made in response to irrelevant factors, namely that the respondent was the subject of prosecution pursuant to section 95 of the *Immigration Act*.

It is worth noting that the respondent ("Mr. Lundgren"), a U.S. citizen, has already been deported from Canada five times since 1978 and that he again returned to Canada on August 14, 1991, thereby contravening section 55 of the Act. That provision prohibits anyone against whom a deportation order is made from returning to Canada without the written consent of the Minister. Accordingly, on October 21, 1991, the Canadian Immigration authorities prepared a report pursuant to paragraph 27(2)(h) of the Act and on October 28, 1991, initiated an inquiry which was continued on November 5 and 13 and December 2, 1991, at all times before the adjudicator Claude Perron.

Concurrently with this inquiry, a criminal charge was laid against Mr. Lundgren pursuant to section 95 of the *Immigration Act*, the section which provides that anyone returning to Canada after deportation commits an offence and incurs a fine or imprisonment not exceeding two years. When this charge was laid the adjudicator, at Mr. Lundgren's request, adjourned his inquiry on November 13 and December 2, 1991.

The language used by the adjudicator to explain his adjournment is somewhat less than precise, but I quote the following extract from the transcript for November 13 and December 2, 1991, that is the last two days of the inquiry before the adjournment now at issue:

So the same organization is prosecuting you at two different places for the same, if I may say, accusation. But what is different is the procedure. . . . So what I want to say is that it's a duplicate. It's a . . . if I would force this inquiry to proceed, whatever is happening at criminal court, it would be a duplicate of what's going on at the court. . . . And it's really based on the fact that for me it's a kind of not being too logical that the same person is, when I say person, the same organization at the same time is prosecuting a person for the same accusation

sieur Claude Perron, arbitre, portant ajournement de l'enquête qu'il menait aux termes de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2].

La requête se fonde sur le motif que la décision de l'arbitre d'ajourner l'enquête constitue un abus de discrétion vu qu'elle se base sur des considérations non pertinentes, à savoir que l'intimé fait l'objet de poursuites en vertu de l'article 95 de la *Loi sur l'immigration*.

Il faut retenir que l'intimé («M. Lundgren»), un citoyen américain, a déjà fait l'objet de mesures d'expulsion du Canada à cinq reprises depuis 1978 et qu'il est encore revenu au Canada le 14 août 1991, contrevenant ainsi à l'article 55 de la Loi. Cette disposition interdit à quiconque ayant fait l'objet d'une mesure d'expulsion de revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre. Les autorités canadiennes d'immigration ont donc le 21 octobre 1991 fait un rapport au terme de l'alinéa 27(2)(h) de la Loi et ont ouvert une enquête le 28 octobre 1991, laquelle a été continuée les 5 et 13 novembre 1991 ainsi que le 2 décembre 1991, toujours devant l'arbitre Claude Perron.

Parallèlement à cette enquête, une accusation de nature pénale a été portée contre M. Lundgren aux termes de l'article 95 de la *Loi sur l'immigration*, lequel article prévoit que quiconque revient au Canada après expulsion commet une infraction et encourt une amende ou un emprisonnement maximal de deux ans. Suite à cette accusation, l'arbitre, à la demande de M. Lundgren, a ajourné son enquête les 13 novembre et 2 décembre 1991.

Les termes employés par l'arbitre pour motiver son ajournement manquent un peu de précision, mais je retiens les extraits suivants des procès-verbaux du 13 novembre et du 2 décembre 1991, à savoir les deux dernières journées d'enquête avant l'ajournement présentement attaqué:

[TRADUCTION] Ainsi le même organisme vous poursuit devant deux assises différentes à l'égard, si je puis dire, de la même accusation. Mais la distinction réside dans le mode de procédure. . . . Donc, ce que je veux dire, c'est qu'il y a chevauchement. C'est un . . . si je devais ordonner le déroulement de cette enquête, ce qui se passe au niveau des tribunaux de juridiction criminelle ferait double emploi avec ce qui se passe à la Cour. . . . Et cela tient au fait qu'à mes yeux il n'est pas très logique que la même personne, ou plutôt le même organisme,

at two different places and forcing one place more than the other. . . . And it's a principle of natural justice also, that in court, if in court the system, the judiciary system is that you can remain silent over there, why should I deprive you of this right by forcing the inquiry to proceed and order you deported from Canada. You won't have the right to have your day in court by doing so.

I would, to answer your representations, Madame Lagacé, I would only repeat what I had previously said at the last hearing. For me, it's still a duplicate and I'm not ready to go with this inquiry.

I conclude from this that the adjudicator decided to adjourn the inquiry held pursuant to paragraph 27(2)(h) of the Act on the ground that it was an illogical duplication of the criminal proceedings against the respondent under section 95 of the Act. A subsidiary reason for the adjournment was apparently to protect the accused's right to remain silent.

The adjudicator's power to adjourn the inquiry is mentioned in subsection 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172] which now reads as follows since the amendment which came into effect on January 1, 1989:¹

35. (1) The adjudicator presiding at an inquiry may adjourn the inquiry at any time if the adjournment will not impede or unreasonably delay the proceedings. [My emphasis.]

In my view, this amendment limits the adjudicator's discretion: under the original subsection, the adjudicator only had to ensure that the inquiry was a full and proper one, whereas now he must not unduly delay it. The original subsection read as follows:

35. (1) The adjudicator presiding at an inquiry may adjourn the inquiry at any time for the purpose of ensuring a full and proper inquiry.

The key decision in the case at bar is the judgment of the Supreme Court of Canada in *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*² (dealing with facts which took place when the original subsection 35(1) was still in effect). In that case Sopinka J. considered at length the criteria relating to the adjournment of an inquiry by an adjudicator. He concluded as follows (at page 578):

¹ SOR/89-38.

² [1989] 1 S.C.R. 560.

poursuive une personne à l'égard de la même accusation devant deux différentes assises en insistant sur une plus que sur l'autre. . . . Et c'est aussi un principe de justice naturelle que devant les tribunaux, si le système judiciaire vous permet de rester silencieux, pourquoi vous priverais-je de ce droit en faisant en sorte que l'enquête se déroule et ordonne votre expulsion du Canada. Si j'agissais de la sorte, je vous priverais du droit de faire valoir votre point de vue devant les tribunaux.

Pour répondre à vos observations, Madame Lagacé, je ne ferais que répéter ce que j'ai déjà dit lors de la dernière audience. À mon sens, il y a chevauchement et je ne suis pas disposé à permettre le déroulement de l'enquête.

J'en conclus que l'arbitre a décidé d'ajourner l'enquête tenue en vertu de l'alinéa 27(2)(h) de la Loi au motif qu'elle constitue une duplication illogique de la poursuite pénale dont l'intimé fait l'objet en vertu de l'article 95 de la Loi. Le motif subsidiaire de l'ajournement serait de protéger le droit au silence de l'accusé.

Le pouvoir de l'arbitre d'ajourner l'enquête est prévu au paragraphe 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172] qui se lit maintenant comme suit depuis la modification entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989¹:

35. (1) L'arbitre qui préside l'enquête peut l'ajourner à tout moment si l'ajournement n'entravera pas le déroulement de l'enquête ni ne la retardera indûment. [Mon soulignement.]

À mon sens, cet amendement restreint la discrétion de l'arbitre: en vertu du paragraphe original, l'arbitre n'avait qu'à veiller à ce que l'enquête soit complète et régulière, alors que maintenant il ne doit pas la retarder indûment. Le paragraphe original se lisait comme suit:

35. (1) L'arbitre qui préside l'enquête peut ajourner à tout moment afin de veiller à ce qu'elle soit complète et régulière.

L'arrêt clé dans cette affaire est la décision de la Cour suprême du Canada dans *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*² (portant sur des faits ayant eu lieu alors que le paragraphe 35(1) original était encore en vigueur). Dans cette affaire le juge Sopinka analyse en profondeur les critères relatifs à l'ajournement de l'enquête par l'arbitre. Il en a conclu ainsi (à la page 578):

¹ DORS/89-38.

² [1989] 1 R.C.S. 560.

I conclude that an adjudicator acting pursuant to s. 27(3) of the Act is neither bound to accede to a request for an adjournment to enable an application under s. 37 to be brought, nor is he or she required to refuse it. Rather the adjudicator has a discretion. In some circumstances, an adjournment may well be granted to enable such an application; in other circumstances, it may properly be refused. While the adjudicator must be cognizant that a "full and proper inquiry" be held, the adjudicator must also ensure that the statutory duty to hold an inquiry is fulfilled. As Wydrzynski, *op. cit.*, notes at p. 266:

Above all, there is a need to proceed expeditiously, and adjournments should not be viewed as a method to interminably delay the inquiry.

The adjudicator might consider such factors as the number of adjournments already granted and the length of time for which an adjournment is sought in exercising his or her discretion to adjourn.

In the case at bar, therefore, the question is whether the adjudicator properly exercised his discretionary power or adjourned the inquiry for irrelevant reasons. In his text *Canadian Immigration Law and Procedure*³, Prof. Christopher J. Wydrzynski examines in chapter 10 the procedural rules relating to the inquiry, and in particular, at Part 7, he deals with adjournments. The following passages are worth quoting (at pages 266 and 267):

Thus, while a person may not assert any right to an adjournment, where the adjudicator acted arbitrarily or without due regard to the principles of fairness necessary to ensure a full and proper inquiry, the refusal of an adjournment would provide a ground for judicial review. As well, whether an adjournment will be granted is subject to all the circumstances of the case, and factors such as the number of adjournments already granted and the length of time for which the adjournment is sought, are appropriate considerations. Above all, there is a need to proceed expeditiously, and adjournments should not be viewed as a method to interminably delay the inquiry.

Apart from the ordinary circumstances where they may be appropriate, adjournments of the inquiry have been sought with varying degrees of success for other reasons. The most important instances where individuals have attempted to forestall an inquiry have been to allow for an opportunity for some other decision to be made with respect to their status, which would make inquiry proceedings unnecessary. For example, the subject of the inquiry may wish an adjournment so that his sponsored application for permanent residence or his application for a Minister's permit may be considered. In other circumstances the person may wish postponement to allow for participation in other judicial proceedings, or even to appeal a

Je conclus qu'un arbitre qui agit en application du par. 27(3) de la Loi n'est obligé ni d'accorder ni de rejeter une demande d'ajournement pour permettre qu'une demande soit présentée en application de l'art. 37. L'arbitre dispose plutôt d'un pouvoir discrétionnaire. Dans certains cas, il est fort possible qu'un ajournement soit accordé pour permettre la présentation d'une telle demande; dans d'autres cas, il peut être refusé à bon droit. Si l'arbitre doit être bien conscient que la Loi exige la tenue d'une «enquête approfondie», il doit également veoir à ce que soit observée l'obligation prévue par la Loi de tenir une enquête. Comme le souligne Wydrzynski, *op. cit.*, à la p. 266:

[TRADUCTION] Avant tout, il est nécessaire de procéder de façon expéditive, et il ne faudrait pas considérer les ajournements comme un moyen de retarder indéfiniment l'enquête.

L'arbitre peut considérer des facteurs comme le nombre d'ajournements déjà accordés et la durée de l'ajournement demandé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'enquête.

En l'espèce il s'agit donc de savoir si l'arbitre avait exercé à bon escient son pouvoir discrétionnaire ou s'il a ajourné l'enquête pour des motifs non pertinents. Dans son ouvrage *Canadian Immigration Law and Procedure*³, le professeur Christopher J. Wydrzynski examine au chapitre 10 les règles de procédure relatives à l'enquête, et plus précisément, à la partie 7, il traite des ajournements. Les extraits suivants méritent d'être rapportés (aux pages 266 et 267):

[TRADUCTION] Ainsi, bien qu'on puisse ne pas exercer le droit à un ajournement, lorsque l'arbitre a agi de façon arbitraire ou sans dûment prendre en considération les principes d'équité nécessaires à la tenue d'une enquête complète et régulière, le refus d'un ajournement fournirait un motif de contrôle judiciaire. Aussi, l'octroi de l'ajournement dépend des circonstances de l'affaire, et des facteurs tels que le nombre d'ajournements déjà accordés et la durée de l'ajournement demandé, sont des considérations appropriées. Avant tout, il est nécessaire de procéder de façon expéditive, et il ne faudrait pas considérer les ajournements comme un moyen de retarder indéfiniment l'enquête.

Outre les circonstances ordinaires dans lesquelles ils peuvent être appropriés, les ajournements de l'enquête ont été recherchés avec divers degrés de succès pour d'autres motifs. L'ajournement de l'enquête est recherché principalement pour permettre qu'une autre décision soit rendue sur le statut de l'intéressé, laquelle rendrait inutile le déroulement de l'enquête. Ainsi, celui qui fait l'objet de l'enquête peut souhaiter un ajournement pour permettre à sa demande parrainée de résidence permanente ou à sa demande de permis ministériel d'être étudiée. Dans d'autres circonstances, l'intéressé peut rechercher un ajournement pour lui permettre de participer à d'autres procédures judiciaires, ou même d'en appeler de la

³ 1983, Canada Law Book Ltd.

³ 1983, Canada Law Book Ltd.

conviction which may have been the reason the inquiry was initiated. . . . It is sufficient to indicate at this point that in general the courts have not looked very favourably on attempts to delay inquiries for reasons of this nature because the adjudicator has a statutory duty to hold an inquiry and such matters are not issues within the adjudicator's jurisdiction. On the other hand, there is much confusion and conflicting jurisprudence in these areas of the law, and where circumstances are brought before the court which indicate that a failure to grant an adjournment can be characterized as unfair, unreasonable or in breach of the duty to ensure a full and proper inquiry, the courts have intervened.

It should be noted that the case at bar does not involve proceedings initiated by Mr. Lundgren but rather by the Minister, though it is Mr. Lundgren who applied for the adjournment; nor is any refusal by the adjudicator to grant the adjournment involved here. These two distinctions are worth pointing out as the case law on the matter relates in particular to a refusal by the adjudicator to grant an adjournment, when the applicant had himself brought other proceedings, often for the purpose of delaying the inquiry to his advantage. I must nevertheless determine whether the adjudicator Perron exercised his discretion judiciously. In other words, does the parallel holding of two proceedings initiated by the Minister constitute "an illogical duplication"?

In *Prassad*, Mrs. Prassad had been deported from the country and returned without the Minister's consent. An inquiry concerning her was adjourned to allow her counsel time for preparation. During that adjournment she applied for a ministerial permit. When the inquiry resumed she asked for a second adjournment to allow the Minister to consider her application. That second adjournment was denied. Mrs. Prassad's appeals to the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada were dismissed. Sopinka J., speaking for the majority, held that the application to the Minister was not an integral part of the proceeding before the adjudicator, but was a separate remedy [at page 576]: "The mere fact that there is an alternative remedy open to the appellant does not convert it into an automatic concomitant right to have other proceedings adjourned to accommodate the application".

In my opinion, the adjudicator Perron did not exercise his discretion judiciously as the criminal pro-

condamnation qui a pu motiver l'enquête . . . Il suffit de dire à ce stade-ci qu'en général, les tribunaux n'ont pas considéré très favorablement les tentatives de retarder les enquêtes pour des motifs de cette nature parce que la Loi impose à l'arbitre l'obligation de tenir une enquête, et ce n'est pas là une question relevant de son pouvoir discrétionnaire. Par contre, ce domaine du droit est une source de confusion et de décisions incompatibles, aussi les tribunaux sont-ils intervenus lorsqu'ils ont été mis en présence de circonstances laissant supposer que le refus d'un ajournement pourrait être considéré comme étant injuste, déraisonnable ou contraire à l'obligation d'assurer la tenue d'une enquête complète et régulière.

Il faut retenir qu'il ne s'agit pas en l'espèce de procédures initiées par M. Lundgren mais bien par le ministre, même si c'est M. Lundgren qui a demandé l'ajournement. Il ne s'agit pas ici non plus d'un refus de la part de l'arbitre d'accorder l'ajournement. Ces deux distinctions valent d'être soulignées attendu que la jurisprudence en la matière porte surtout sur un refus de la part de l'arbitre d'accorder un ajournement alors que le requérant avait lui-même initié d'autres procédures, souvent dans le but de retarder l'enquête à son avantage. Je dois tout de même déterminer si l'arbitre Perron avait exercé sa discrétion de façon judiciaire. En d'autres termes, est-ce que la tenue parallèle des deux procédures ouvertes par le ministre constitue «une duplication illogique»?

Dans l'affaire *Prassad*, madame Prassad avait été expulsée du pays et était rentrée sans l'autorisation du ministre. Une enquête à son égard avait été ajournée pour permettre à son avocat de se préparer. Au cours de cet ajournement, elle avait soumis une demande de permis ministériel. À la reprise de l'enquête elle avait demandé un deuxième ajournement pour permettre au ministre d'examiner sa demande. Ce deuxième ajournement a été refusé. Les appels de madame Prassad devant la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont été rejetés. Le juge Sopinka, au nom de la majorité, a déterminé que la demande au ministre ne fait pas partie intégrante de la procédure devant l'arbitre mais constitue une voie de recours tout à fait distincte [à la page 576]: «Le simple fait que l'appelante dispose d'un autre recours ne transforme pas ce dernier en un droit automatique concomitant à l'ajournement des autres procédures afin de faciliter la demande».

À mon sens, l'arbitre Perron n'a pas exercé sa discrétion de façon judiciaire attendu que la poursuite

ceedings under section 95 of the Act did not in any way affect the inquiry he was to hold himself. The criminal proceeding, used quite rarely in immigration matters, has the function of punishing those who abuse the system: it must be recalled that, after being deported, Mr. Lundgren returned to Canada five times without consent. Additionally, the purpose of the inquiry before the adjudicator was to determine whether Mr. Lundgren should be deported. It is not illogical for these two remedies to proceed concurrently as not only are the consequences different but the burden of proof is not the same in a criminal as in a civil proceeding.

I know of no general principle in Canada that the existence of civil and criminal proceedings in court at the same time involving the same persons and the same facts is automatically a valid reason justifying the adjournment of the civil proceedings. The weight of the authorities is rather that only extraordinary circumstances, in which the civil proceedings might cause some damage to the accused's defence to the criminal charge, would justify adjourning the civil action. The burden of proof is on the party applying for the adjournment to conclusively demonstrate the existence of such harm: a mere allegation will not suffice.⁴

As to the adjudicator Perron's subsidiary reason, relating to the accused Lundgren's right to remain silent, it must always be borne in mind that under paragraph 11(c) 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]] any person charged with an offence has the right not to be compelled to be a witness in proceedings against himself in respect of the (criminal) offence with which he is charged. Further, under section 5 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] the answer of a witness which might tend to incriminate him or to establish his liability in a civil proceeding shall not be used in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution

pénale en vertu de l'article 95 de la Loi n'influe en rien sur l'enquête qu'il devait tenir lui-même. La poursuite pénale, plutôt rarement employée en immigration, joue un rôle punitif à l'endroit de ceux qui abusent du système: il faut retenir que M. Lundgren était rentré au Canada à cinq reprises, sans autorisation, après en avoir été expulsé. Par ailleurs, l'enquête devant l'arbitre a pour but de déterminer si M. Lundgren doit être expulsé. Il n'est pas illogique que ces deux recours procèdent parallèlement attendu que non seulement les conséquences sont différentes, mais que le fardeau de la preuve n'est pas le même au criminel et au civil.

Je ne connais pas de principe général au Canada à l'effet que l'existence de procédures civiles et criminelles en cour en même temps impliquant les mêmes personnes et les mêmes faits constitue automatiquement un motif valable justifiant l'ajournement des procédures au civil. La prépondérance de la jurisprudence est plutôt à l'effet que seules des circonstances extraordinaires, alors que les procédures civiles pourraient causer un préjudice à la défense de l'accusé au criminel, justifieraient l'ajournement de la procédure civile. Le fardeau de la preuve incombe à la partie demandant l'ajournement de démontrer de façon concrète l'existence d'un tel préjudice: une seule allégation ne suffit pas⁴.

Quant au motif subsidiaire de l'arbitre Perron relativement au droit au silence de l'accusé Lundgren, il faut toujours retenir qu'en vertu de l'alinéa 11c) 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]] tout inculpé a le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction (criminelle) qu'on lui reproche. De plus, en vertu de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5], la réponse d'un témoin qui pourrait tendre à l'incriminer ou à établir sa responsabilité dans une procédure civile n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuites pour

⁴ See *Potash Corp. of Sask. Mining Ltd. v. Todd*, [1986] 6 W.W.R. 646 (Sask. Q.B.).

⁴ Voir *Potash Corp. of Sask. Mining Ltd. v. Todd*, [1986] 6 W.W.R. 646 (B.R. Sask.).

for perjury in the giving of that evidence. This means that Mr. Lundgren's right to remain silent is protected.

The application at bar is accordingly allowed, the adjudicator's decision to adjourn the inquiry is set aside and the Court orders that the adjudicator proceed with the inquiry regarding the respondent.

parjure en rendant ce témoignage. C'est dire que le droit au silence de M. Lundgren est protégé.

En conséquence, la présente demande est accueillie, la décision de l'arbitre d'ajourner l'enquête est cassée et il est ordonné que l'arbitre poursuive l'enquête au sujet de l'intimé.

T-3201-91

Louis Benoanie, Gabriel St. Pierre, John Besskaytsare, Pauline Mercredi, Celeste Randhile, Leon Fern, Pierre Fern, Michel Rennie, Louis Chicken, Louise Disain and Boniface Disain, and The Fond du Lac Band, in the Province of Saskatchewan, a body of Indians recognized under the *Indian Act* and The Black Lake Band, in the Province of Saskatchewan, a body of Indians recognized under the *Indian Act* and The Hatchet Lake Band, in the Province of Saskatchewan, a body of Indians recognized under the *Indian Act* (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs and the Government of the Northwest Territories as represented by the Government Leader and the Tungavik Federation of Nunavut, representing the Inuit of Nunavut and the Keewatin Inuit Association representing the Inuit of Keewatin District (*Defendants*)

INDEXED AS: FOND DU LAC BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T.D.)

Trial Division, Rouleau J.—Ottawa, September 8 and October 16, 1992.

Injunctions — Interlocutory — Application to restrain Inuit vote, step in ratification of Final Agreement on land claim settlement — Motion not premature as action for declarations, permanent injunction and damages not going to be resolved before ratification — Plaintiffs' existing aboriginal and/or treaty rights serious issue to be tried — No irreparable harm to plaintiffs if interlocutory relief denied and Agreement ratified — Final Agreement providing protection for whatever treaty and/or aboriginal rights plaintiffs may be found to have — No irreparable harm to defendants if economic, social and educational benefits provided for in Agreement delayed — Delay and inconvenience not irreparable harm — Possible unravelling of consensus if injunction granted of concern — Regard had to public interest in future development of North — Balance of convenience favours defendants.

T-3201-91

Louis Benoanie, Gabriel St. Pierre, John Besskaytsare, Pauline Mercredi, Celeste Randhile, Leon Fern, Pierre Fern, Michel Rennie, Louis Chicken, Louise Disain et Boniface Disain, et la bande Fond du Lac, dans la province de Saskatchewan, un groupe d'Indiens reconnu sous le régime de la *Loi sur les Indiens* et la bande Black Lake, dans la province de Saskatchewan, un groupe d'Indiens reconnu sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, et la bande Hatchet Lake, dans la province de Saskatchewan, un groupe d'Indiens reconnu sous le régime de la *Loi sur les Indiens* (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, représenté par le chef du gouvernement et la Fédération Tungavik du Nunavut, représentant les Inuit du Nunavut et la Keewatin Inuit Association, représentant les Inuit du District de Keewatin (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: BANDE FOND DU LAC c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rouleau—Ottawa, 8 septembre et 16 octobre 1992.

Injonctions — Interlocutoires — Demande en vue d'empêcher les Inuit de tenir un vote conduisant à la ratification d'une entente finale sur une revendication territoriale — La requête n'est pas prématurée puisque l'action visant à obtenir un jugement déclaratoire, une injonction permanente et des dommages-intérêts ne sera pas résolue avant la ratification — Les droits existants des demandeurs, ancestraux ou issus de traités, sont une question sérieuse à trancher — Les demandeurs ne subiraient aucun préjudice irréparable si l'injonction interlocutoire était refusée et si l'entente était ratifiée — L'entente finale protège les droits, ancestraux ou issus de traités, que les demandeurs pourraient se voir reconnaître — Les défendeurs ne subiraient aucun préjudice irréparable s'ils recevaient plus tard que prévu les avantages économiques, sociaux et scolaires prévus dans l'entente — Les retards et les inconvénients ne constituent pas un préjudice irréparable — La Cour craint que le consensus ne se désintègre si l'injonction est accordée — La Cour a tenu compte de l'intérêt public pour la mise en valeur future du Nord — La prépondérance des inconvénients favorise les défendeurs.

Native peoples — Lands — Application for interlocutory injunction restraining Inuit vote, step in ratification of land claim settlement agreement — After years of negotiations, Final Agreement between Inuit of eastern, central and high Arctic and federal Government reached — In consideration of surrender of aboriginal title, Inuit to receive benefits, including title in fee simple to 136,291 square miles — Agreement provided for creation of new territory with own legislative assembly and government — Plaintiffs claiming existing treaty and/or aboriginal rights in settlement area — Common law recognition of indigenous peoples as sole original owners and occupants of Canada — Method of establishing claims — Canadian Government policy concerning aboriginal land claims explained — Natives to resolve own competing land claims without Government interference — Motion denied upon taking into account public interest in northern development and balance of convenience favouring defendants.

Crown — Immunity — Injunctive relief not available against Crown at common law or under Crown Liability and Proceedings Act, s. 22 — Motion for order restraining Inuit vote, step in ratification of Final Agreement on land claim between Inuit and federal Government not involving Crown or Crown agency — Only if Agreement ratified will Crown immunity become issue.

This was an application for an interlocutory injunction restraining the defendants from taking any further steps towards ratification of a land claim settlement agreement which may affect the plaintiffs' aboriginal and/or treaty rights. The Inuit of the eastern, central and high Arctic are about to enter into a comprehensive land claim settlement agreement with the Government of Canada. The Agreement provides for creation of a new territory in the Northwest Territories with its own legislative assembly and government. The plaintiffs claim existing treaty and/or aboriginal rights to a portion of that new territory.

At common law, Canada's indigenous peoples are recognized as the sole original owners and occupants of Canada, and aboriginal title must be purchased by the Crown through treaties or land surrender agreements. Aboriginal title can be asserted throughout the vast majority of the Northwest Territories and the Government of Canada is eager to settle these outstanding land claims. The Government's policy with respect to aboriginal land claims requires claimants to specify boundaries to their claims. They must establish traditional, continuing and current interest, based on both use and occupancy of the lands. Evidence as to "use" and "occupancy" takes the form of "map biographies". Once a "settlement area" has been agreed to, the

Peuples autochtones — Terres — Demande d'injonction interlocutoire pour empêcher les Inuit de tenir un vote conduisant à la ratification d'une entente de règlement sur une revendication territoriale — Après plusieurs années de négociations, les Inuit de l'Arctique de l'Est, de l'Arctique du Centre et de l'Extrême Arctique ont conclu une entente finale avec le gouvernement fédéral — En contrepartie de l'abandon de leurs droits ancestraux, les Inuit doivent recevoir des avantages, y compris un droit de propriété en fief simple sur 136 291 milles carrés — L'entente prévoyait la création d'un nouveau territoire doté de sa propre assemblée législative et de son propre gouvernement — Les demandeurs allèguent avoir des droits existants, ancestraux ou issus de traités, dans la région — La common law reconnaît que les peuples autochtones étaient les premiers, seuls propriétaires et occupants du Canada — Méthode qui permet de faire valoir les revendications — Politique du gouvernement canadien à l'égard des revendications territoriales des autochtones expliquée — Les autochtones doivent résoudre leurs différends en matière de revendications territoriales sans l'intervention du gouvernement — La requête est rejetée, vu l'intérêt public pour la mise en valeur du Nord et vu la prépondérance des inconvénients en faveur des défendeurs.

Couronne — Immunité — En vertu de la common law et de l'art. 22 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, une injonction ne peut être décernée contre l'État — Une requête en vue d'empêcher les Inuit de tenir un vote conduisant à la ratification d'une entente finale, sur une revendication territoriale, conclue entre les Inuit et le gouvernement fédéral n'intéresse ni l'État, ni un organisme d'État — L'immunité de l'État ne sera en cause que si l'entente est ratifiée.

Il s'agissait d'une demande d'injonction interlocutoire pour empêcher les défendeurs de prendre d'autres mesures conduisant à la ratification d'une entente de règlement sur une revendication territoriale susceptible de toucher les droits—ancestraux ou issus de traités—des demandeurs. Les Inuit de l'Arctique de l'Est, de l'Arctique du Centre et de l'Extrême Arctique sont sur le point de conclure, avec le gouvernement du Canada, une entente de règlement sur la revendication territoriale globale. L'entente prévoit la création d'un nouveau territoire dans les Territoires du Nord-Ouest, doté de sa propre assemblée législative et de son propre gouvernement. Les demandeurs allèguent avoir des droits existants—ancestraux ou issus de traités—sur une partie de ce nouveau territoire.

En vertu de la common law, les peuples autochtones du Canada sont reconnus comme étant les premiers, seuls propriétaires et occupants du Canada; l'État doit acheter les droits de propriété ancestraux au moyen de traités ou d'ententes portant cession des terres. Des droits de propriété ancestraux peuvent être revendiqués pratiquement partout dans les Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada désire vivement régler ces revendications territoriales. En vertu de la politique du gouvernement à l'égard des revendications territoriales des autochtones, ceux qui font des revendications doivent préciser les limites du territoire qu'ils revendiquent. Ils doivent établir qu'ils ont un intérêt traditionnel, soutenu et actuel, fondé sur

beneficiaries will be granted full territorial rights over that area and no other group can exercise any rights, whether of ownership, management or use without the consent of the beneficiaries. These beneficiaries are precluded from asserting any rights outside of their settlement area. Negotiations between the Inuit and the Government commenced in 1976 and have been on-going and regular since 1982. By an Agreement-in-Principle reached in April 1990, in consideration of the surrender of their aboriginal title, the Inuit are to receive defined rights to harvest wildlife; participation in agencies involved in land use and environmental assessments; ownership in fee simple of 136,291 square miles of land; royalties from mineral, oil or gas production; rights to negotiate "Impact Benefit Agreements" when major projects are proposed on lands where the Inuit own the surface rights; and payment of \$1,148 billion. The Nunavut Political Accord was ratified by a plebiscite in the Northwest Territories. Legislation creating the new territorial government will be introduced in Parliament at the same time as legislation ratifying the Final Agreement. The Final Agreement was initialled in January, 1992. The Crown requires native parties to resolve their competing interests without interference from the Government. The Inuit have had to negotiate with other native parties to establish boundaries to their claim, but have been unable to reach agreement with the plaintiffs. The Inuit did agree that the Final Agreement would include provisions protecting the plaintiffs' interests. The plaintiffs then filed a statement of claim seeking declaratory and injunctive relief. The Final Agreement gives members of two of the plaintiff bands specific rights in the settlement area. The Final Agreement must be ratified by both the Inuit and the Government of Canada. The Inuit are now preparing for the Inuit ratification vote. If approved, the Final Agreement will be submitted to Cabinet for approval and a Government bill approving it will be introduced in Parliament.

It was argued that injunctive relief is not available against the Crown either at common law or under the *Crown Liability and Proceedings Act*, section 22. It was also suggested that an interlocutory injunction would be premature in that the Inuit ratification vote has not yet been conducted, the result of that vote is unknown, the Inuit may not approve the Final Agreement, and even if they do, it cannot take effect unless and until Cabinet approves it.

As to irreparable harm, the plaintiffs fear that no jurisdiction exists to reverse the granting of fee simple ownership. They submitted that damages could not compensate them for loss of their way of life. They further argued that the Crown has a fiduciary obligation to the Indians with respect to lands it holds for them and that limits the Crown's ability to deal with the

l'exploitation et l'occupation des terres. L'«exploitation» et l'«occupation» sont prouvées au moyen de «biographies cartographiques». Une fois qu'une «région visée par le règlement» a fait l'objet d'un accord, les bénéficiaires se voient accorder des droits territoriaux absolus sur elle, et aucun autre groupe ne peut y exercer de droit, que ce soit le droit de propriété, de gestion, ou d'exploitation, sans le consentement des bénéficiaires. Ces bénéficiaires ne peuvent pas revendiquer de droits à l'extérieur de leur région. Les négociations entre les Inuit et le gouvernement ont commencé en 1976 et se poursuivent régulièrement depuis 1982. En vertu d'une entente de principe conclue en avril 1990, en contrepartie de l'abandon de leurs droits ancestraux, les Inuit vont recevoir: des droits explicites leur permettant d'exploiter la faune; la participation à des organismes qui s'intéressent à l'aménagement du territoire et aux évaluations en matière d'environnement; un droit de propriété en fief simple sur 136 291 milles carrés de terre; des redevances tirées de la production de minéraux, de pétrole ou de gaz; le droit de négocier des «ententes sur les retombées pour les Inuit» lorsque des projets majeurs sont proposés à l'égard des terres sur lesquelles les Inuit sont propriétaires des droits de superficie; le paiement de 1 148 milliards de dollars. L'accord politique du Nunavut a été ratifié dans un plébiscite tenu dans les Territoires du Nord-Ouest. Un projet de loi créant le nouveau gouvernement territorial sera présenté au Parlement en même temps qu'un projet de loi portant ratification de l'entente finale. L'entente finale a été paraphée en janvier 1992. L'État exige que les parties autochtones intéressées résolvent leurs différends sans l'intervention du gouvernement. Les Inuit ont dû négocier avec d'autres parties autochtones pour établir les limites territoriales de leur revendication; cependant, ils n'ont pas pu conclure d'entente avec les demandeurs. Les Inuit ont accepté que l'entente finale comprenne des dispositions destinées à protéger les droits des demandeurs. Les demandeurs ont ensuite déposé une déclaration dans laquelle ils sollicitaient un jugement déclaratoire et une injonction. L'entente finale accorde aux membres de deux bandes demandresses des droits spécifiques sur la région visée par le règlement. L'entente finale doit être ratifiée par les Inuit et le gouvernement du Canada. Les Inuit font maintenant les préparatifs pour leur vote de ratification. Si l'entente finale est approuvée, elle sera présentée au Cabinet pour agrément, et un projet de loi entérinant l'entente sera présenté au Parlement.

On a soutenu qu'une injonction ne pouvait être décernée contre l'État en vertu de la common law ou de l'article 22 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. On a également prétendu qu'une injonction interlocutoire serait prématurée puisque le vote de ratification des Inuit n'avait pas encore eu lieu, le résultat de ce vote n'était pas connu et il se pouvait que les Inuit rejettent l'entente finale; même s'ils l'approuvaient, l'entente ne pourrait entrer en vigueur sans l'agrément du Cabinet.

Quant au préjudice irréparable, les demandeurs craignent que personne n'ait compétence pour infirmer l'octroi du droit de propriété en fief simple. Ils ont prétendu que des dommages-intérêts ne pourraient pas les indemniser pour la perte de leur mode de vie. Ils ont également fait valoir que l'État avait une obligation fiduciaire envers les Indiens à l'égard des

lands in question until plaintiffs' rights are ascertained. The defendants stated that if an injunction is granted they would suffer irreparable harm. All the economic, social and educational benefits that are to flow to the Inuit under the Agreement would be delayed as well as the establishment of the new territorial government. The millions of dollars already spent on the ratification process would be wasted. Finally, any significant delay of the Final Agreement may result in the unravelling of the present consensus.

Held, the application should be dismissed.

The Court was being asked to put a stop to the next step in the ratification process, the Inuit vote, which does not involve the Crown or a Crown agency. Only if the vote is ratified will the Crown have any authority to act, and then the Crown's immunity will become an issue.

The motion was not premature. This action was not going to be heard and resolved before ratification takes place. There is considerable momentum in favour of ratification by the Inuit.

There was a serious issue to be tried as to the plaintiffs' aboriginal and/or treaty rights over the settlement area.

The plaintiffs will not suffer irreparable harm if the relief sought is denied. The Final Agreement provides protection for whatever treaty and/or aboriginal rights the plaintiffs may be found to have, and may give them legally recognized rights which they presently do not have. The defendants will not suffer irreparable harm if they do not receive the economic, social and educational benefits due them under the terms of the Agreement. Delay and inconvenience do not constitute irreparable harm. What concerned the Court was the risk of the consensus unravelling should the injunction be granted. The Agreement was the product of many years of negotiation. It involved a number of complex issues. The future division of the Northwest Territories is contingent upon the implementation of this Agreement and this is a matter of concern to all Canadians. The balance of convenience favoured the defendants.

Even if the plaintiffs' interests might be severely prejudiced, this is a case where regard should be had to the public interest in the future development of the North, a consideration that would tip the balance of convenience in the defendants' favour.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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], s. 91(24).

terres qu'il détenait pour eux et que cela limitait l'habilité de l'État à conclure des ententes relativement aux terres en cause, tant que les droits des demandeurs n'auront pas été déterminés. Les défendeurs ont affirmé que, si une injonction était accordée, ils subiraient un préjudice irréparable. Tous les avantages économiques, sociaux et scolaires dont les Inuit doivent bénéficier en vertu de l'entente seraient retardés, tout comme l'établissement d'un nouveau gouvernement territorial. Les millions de dollars déjà dépensés en vue de la ratification seraient gaspillés. Enfin, tout retard important dont ferait l'objet l'entente finale pourrait entraîner la désintégration du consensus actuel.

Jugement: la requête doit être rejetée.

On demandait à la Cour de bloquer la prochaine étape du processus de ratification, savoir le vote des Inuit; or, ce vote n'intéresse ni l'État, ni un organisme d'État. L'État n'aura le pouvoir d'agir que si le vote est ratifié, et ce n'est qu'à ce moment-là qu'il pourra être question de l'immunité de l'État.

La requête n'était pas prématurée. La présente action n'allait pas être entendue et résolue avant la ratification. Il y a actuellement une forte tendance en faveur d'une ratification par les Inuit.

Il y avait une question sérieuse à trancher quant aux droits des demandeurs—ancestraux ou issus de traités—sur la région visée par le règlement.

Les demandeurs ne subiront pas de préjudice irréparable si la réparation demandée est refusée. L'entente finale protège les droits—ancestraux ou issus de traités—que les demandeurs pourraient se voir reconnaître et elle leur accorde peut-être des droits juridiques qu'ils n'ont pas actuellement. Les défendeurs ne subiront pas de préjudice irréparable s'ils ne reçoivent pas les avantages économiques, sociaux et scolaires qui leur sont dus aux termes de l'entente. Les retards et les inconvénients ne constituent pas un préjudice irréparable. La Cour craignait que le consensus ne risquât de se désintégrer si l'injonction était accordée. L'entente était le fruit de plusieurs années de négociations. Elle intéressait plusieurs questions complexes. La manière dont seront divisés les Territoires du Nord-Ouest dépend de la mise en œuvre de l'entente, et cette question intéresse tous les Canadiens. La prépondérance des inconvénients favorisait les défendeurs.

Même si les demandeurs risquaient de subir un préjudice grave, il s'agit ici d'un cas où il y a lieu de tenir compte de l'intérêt public pour la mise en valeur future du Nord, une considération qui ferait jouer la prépondérance des inconvénients en faveur des défendeurs.

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 constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).

Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, ss. 21, 28).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

American Cyanamid Co v Ethicon Ltd, [1975] 1 All ER 504 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.); *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

DISTINGUISHED:

Inuvialuit Regional Corp. v. Canada, [1992] 2 F.C. 502 (T.D.).

CONSIDERED:

MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C., [1985] 3 W.W.R. 577; (1985), 61 B.C.L.R. 145; [1985] 2 C.N.L.R. 58 (C.A.); *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

REFERRED TO:

C.I.A.C. v. The Queen, [1984] 2 F.C. 866; (1984), 7 Admin. L.R. 157; [1985] R.D.J. 16 (C.A.); *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Pacific Salmon Industries Inc. v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 504; (1984), 3 C.P.R. (3d) 289 (T.D.); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Simon v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 387; (1985), 71 N.S.R. (2d) 15; 24 D.L.R. (4th) 390; 171 A.P.R. 15; 23 C.C.C. (3d) 238; [1986] 1 C.N.L.R. 153; 62 N.R. 366; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; (1988), 1 C.N.L.R. 47; 1 R.P.R. (2d) 105.

AUTHORS CITED

Canada, Indian and Northern Affairs, *Comprehensive Land Claims Policy*, Ottawa: Supply and Services Canada, 1986.
 Canada, Indian and Northern Affairs, *Inuit Land Use and Occupancy Project Report*, Ottawa: Supply and Services Canada, 1976.

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.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21, 28).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

American Cyanamid Co v Ethicon Ltd, [1975] 1 All ER 504 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.); *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Société Inuvialuit régionale c. Canada, [1992] 2 C.F. 502 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C., [1985] 3 W.W.R. 577; (1985), 61 B.C.L.R. 145; [1985] 2 C.N.L.R. 58 (C.A.); *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

C.I.A.C. c. La Reine, [1984] 2 C.F. 866; (1984), 7 Admin. L.R. 157; [1985] R.D.J. 16 (C.A.); *Le Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Pacific Salmon Industries Inc. c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 504; (1984), 3 C.P.R. (3d) 289 (1^{re} inst.); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Simon c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 387; (1985), 71 N.S.R. (2d) 15; 24 D.L.R. (4th) 390; 171 A.P.R. 15; 23 C.C.C. (3d) 238; [1986] 1 C.N.L.R. 153; 62 N.R. 366; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; (1988), 1 C.N.L.R. 47; 1 R.P.R. (2d) 105.

DOCTRINE

Canada, Affaires indiennes et du Nord canadien, *La Politique des revendications territoriales globales*, Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986.
 Canada, Affaires indiennes et du Nord canadien, *Inuit Land Use and Occupancy Project Report*, Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1976.

Tungavik Federation of Nunavut, *Agreement-in-Principle between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty in Right of Canada*, Ottawa, 1990.

Tungavik Federation of Nunavut, *Entente de principe entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté du chef du Canada*, Ottawa, 1990.

COUNSEL:

David C. Knoll for plaintiffs.

Mark R. Kindrachuk for Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs.

Elizabeth Stewart for the Government of the Northwest Territories as represented by the Government Leader.

Dougald E. Brown for the Tungavik Federation of Nunavut, representing the Inuit of Nunavut and the Keewatin Inuit Association representing the Inuit of Keewatin District.

SOLICITORS:

Balfour Moss, Saskatoon, Saskatchewan for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendant Her Majesty the Queen in right of Canada, as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs.

Government of the Northwest Territories, Yellowknife, for the Government of the Northwest Territories as represented by the Government Leader.

Nelligan/Power, Ottawa for the Tungavik Federation of Nunavut, representing the Inuit of Nunavut and the Keewatin Inuit Association representing the Inuit of Keewatin District.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROULEAU J.: By notice of motion dated July 16, 1992, the plaintiffs are seeking interlocutory injunctive relief.

The parties to this proceeding have competing interests to certain lands in the Northwest Territories. The Inuit of the eastern, central and high Arctic are about to enter into a comprehensive land claim settlement agreement with the Government of Canada. In return for certain benefits, the Inuit agree to surrender their aboriginal rights to an extensive land mass which covers an area of approximately 770,000 square miles of the Northwest Territories and represents one-fifth of Canada's land mass. There are pres-

AVOCATS:

David C. Knoll pour les demandeurs.

Mark R. Kindrachuk pour Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

Elizabeth Stewart pour le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, représenté par le chef du gouvernement.

Dougald E. Brown pour la Fédération Tungavik du Nunavut, représentée par les Inuit du Nunavut et la Keewatin Inuit Association, représentant les Inuit du District de Keewatin.

PROCUREURS:

Balfour Moss, Saskatoon (Saskatchewan), pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife, pour le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, représenté par le chef du gouvernement.

Nelligan/Power, Ottawa, pour la Fédération Tungavik du Nunavut, représentant les Inuit du Nunavut et la Keewatin Inuit Association, représentant les Inuit du District de Keewatin.

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

LE JUGE ROULEAU: Par avis de requête en date du 16 juillet 1992, les demandeurs sollicitent une injonction interlocutoire.

Les parties en l'instance ont des intérêts concurrentiels sur certaines terres dans les Territoires du Nord-Ouest. Les Inuit de l'Arctique de l'Est, de l'Arctique du Centre et de l'Extrême Arctique sont sur le point de conclure, avec le gouvernement du Canada, une entente de règlement sur la revendication territoriale globale. En échange de certains avantages, les Inuit acceptent de renoncer à leurs droits ancestraux sur une très grande partie des Territoires du Nord-Ouest, d'une superficie approximative de

ently 17,500 Inuit living in 27 communities within this area.

If this agreement is formally entered into, a new territory called Nunavut, meaning "our land", would be created in the Northwest Territories. Legislation would be introduced in Parliament creating the new territory and giving it its own legislative assembly and government.

The plaintiffs are claiming that they have existing treaty and/or aboriginal rights to an area in the south-western portion of Nunavut, "the Keewatin district". They are concerned that, if this agreement is entered into, their existing rights would be extinguished and that they would have no legal redress. Accordingly, they bring this motion seeking an interlocutory injunction preventing all of the defendants from taking any further steps towards ratification or conclusion of:

- (a) any territorial or settlement boundaries;
- (b) the agreement; and
- (c) any other land claim settlement between the parties, which may affect, infringe upon or deny their aboriginal and/or treaty rights.

Counsel for the defendant Her Majesty the Queen in right of Canada also moved for an order pursuant to Rule 420 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], granting leave to amend her amended defence filed in this action by adding thereto the following paragraph:

41 A. Further or in the alternative, he says that the injunctive relief claimed in paragraphs 81(k) and 81(l) of the Amended Statement of Claim cannot be granted against Her Majesty or against the Minister of Indian and Northern Affairs, both at common law and by virtue of section 22 of the *Crown Liability and Proceedings Act* as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 28.

Leave was granted from the bench on this application.

By way of background, the plaintiffs, the Fond du Lac, Black Lake and Hatchet Lake bands, along with the Northlands and Fort Churchill bands, who are not

770 000 milles carrés, ce qui représente un cinquième du territoire canadien. Actuellement, 17 500 Inuit vivent dans vingt-sept collectivités de cette région.

a Si cette entente était officiellement conclue, un nouveau territoire appelé Nunavut, ce qui signifie «notre terre», serait créé dans les Territoires du Nord-Ouest. Une loi serait présentée au Parlement en vue de créer le nouveau territoire et de lui donner sa propre assemblée législative et son propre gouvernement.

c Les demandeurs allèguent avoir des droits existants, ancestraux ou issus de traités, sur une région située dans le sud-ouest de Nunavut, «le district du Keewatin». Ils craignent que si cette entente était conclue, leurs droits existants seraient éteints et ils n'auraient aucun recours juridique. Ils présentent donc cette requête afin d'obtenir une injonction interlocutoire pour empêcher tous les défendeurs de prendre d'autres mesures conduisant à la ratification ou à la conclusion de ce qui suit:

- a) toute limite territoriale ou limite visée par règlement;
- b) l'entente;
- c) tout autre règlement sur des revendications territoriales intervenu entre les parties susceptible de toucher, de violer ou de nier leurs droits ancestraux ou issus de traités.

f L'avocat de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, défenderesse, a également présenté une requête fondée sur la Règle 420 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] pour l'autoriser à modifier sa défense modifiée déposée dans la présente action par l'ajout du paragraphe suivant:

h [TRADUCTION] 41 A. En outre, ou à titre subsidiaire, il affirme que l'injonction demandée aux alinéas 81k) et 81l) de la déclaration modifiée ne saurait être accordée contre Sa Majesté ou contre le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, tant en vertu de la common law qu'en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, édictée par L.C. 1990, ch. 8, art. 28.

L'autorisation demandée dans cette requête a été accordée à l'audience.

j Voici l'historique du dossier. Les demanderesses, c'est-à-dire les bandes Fond du Lac, Black Lake et Hatchet Lake, ainsi que les bandes Northlands et Fort

named as plaintiffs, constitute the northern branch of the Chipewyan Indians otherwise known as the Edthen-Eldeli Déné, or "caribou eaters". Together, the five bands number about 4,500 people and they occupy reserves in northern Saskatchewan and Manitoba.

The three plaintiff bands have reserves in northern Saskatchewan and are known as the Chipewyan-Dénéline or Athabasca bands. These bands have entered into treaties with the Government of Canada. Treaty No. 8 was signed on July 27, 1899 by Chief Maurice Piché. The Fond du Lac and Black Lake bands are direct descendants of Chief Piché's band which split in 1949. Treaty No. 10 was entered into in October 1907 with the Hatchet Lake Band. The treaty boundaries, as they currently exist, are shown on a map filed as Exhibit "J" to the affidavit of Dr. Peter J. Usher. It can be seen that Treaty No. 8 covers an area north of the 60th parallel. On the other hand, it appears that the 60th parallel forms the northernmost boundary of Treaty No. 10. The plaintiffs Louis Benoanic *et al.* are all individuals who are registered as members of one of the aforementioned plaintiff bands and they are bringing this action on their own behalf and on behalf of future generations.

The defendant, Her Majesty the Queen, as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs (the Crown), is seized with jurisdiction over "Indians" by virtue of subsection 91(24) of the *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]] and section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The Crown presently controls the lands and resources in the Northwest Territories. The Government of the Northwest Territories, as represented by the Government Leader, is charged with the administration of these lands and resources.

The defendant, the Tungavik Federation of Nunavut (TFN), is a body corporate pursuant to the

Churchill, lesquelles ne sont pas nommées comme demandereses, constituent la branche septentrionale des Indiens Chipewyan, également connus sous le nom de Edthen-Eldeli Déné, ou «mangeurs de caribou». Ensemble, les cinq bandes comptent environ 4 500 membres et occupent des réserves dans le nord de la Saskatchewan et du Manitoba.

Les trois bandes demandereses occupent des réserves dans le nord de la Saskatchewan et elles sont connues sous le nom de bandes Chipewyan-Dénéline ou Athabasca. Ces bandes ont conclu des traités avec le gouvernement du Canada. Le traité n° 8 a été signé le 27 juillet 1899 par le chef Maurice Piché. Les bandes Fond du Lac et Black Lake descendent directement de la bande du chef Piché qui s'est scindée en 1949. Le traité n° 10 a été conclu en octobre 1907 avec la bande Hatchet Lake. Les limites territoriales établies par ces traités, telles qu'elles existent actuellement, figurent sur une carte déposée comme pièce «J» au soutien de l'affidavit du Dr Peter J. Usher. On peut voir que le traité n° 8 vise une région au nord du 60^e parallèle. Par ailleurs, le 60^e parallèle paraît former la limite la plus au nord du traité n° 10. Les demandeurs Louis Benoanic et autres sont tous des particuliers inscrits comme membres de l'une ou l'autre des bandes demandereses susmentionnées; ils intentent la présente action en leur propre nom et au nom de générations futures.

Sa Majesté la Reine, défenderesse, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministère public ou l'État, selon le contexte), a compétence sur les «Indiens» en vertu du paragraphe 91(24) de la *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 constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et de l'article 35 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]]. L'État contrôle actuellement les terres et les ressources des Territoires du Nord-Ouest. Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, représenté par le chef du gouvernement, est chargé d'administrer ces terres et ces ressources.

La Fédération Tungavik de Nunavut (FTN), défenderesse, est une personne morale constituée en vertu

laws of Canada, which was established in 1982 to represent the interests of Inuit peoples in the Keewatin, Baffin and Kitikmeot regions of the Northwest Territories (Nunavut). The defendant, the Keewatin Inuit Association is a member of TFN and is the regional association representing the Inuit residing in the Keewatin area.

Traditionally, English common law has always recognized that Canada's indigenous peoples were the sole original owners and occupants of what is now known as Canada and that aboriginal title had to be purchased by the Crown through treaties or land surrender agreements. Aboriginal title can be asserted throughout the vast majority of the Northwest Territories and the Government of Canada is eager to settle these outstanding land claims. Funding has been provided to both Indian and Inuit associations to research and develop their outstanding claims.

The Government's policy with respect to aboriginal land claims is outlined in *Comprehensive Land Claims Policy*, (1986) Ottawa: Supply and Services Canada. Essentially, aboriginal claimants must specify boundaries to their claim and they must establish traditional, continuing, and current interest, based on both use and occupancy, in these lands. Evidence with regards to "use" and "occupancy" takes the form of "map biographies". Once a "settlement area" has been agreed to, the beneficiaries will be granted full territorial rights over that area and no other group can exercise any rights, whether of ownership, management or use, without the consent of the beneficiaries. These beneficiaries are precluded from asserting any rights outside of their settlement area.

Work on establishing land claims on behalf of all the Inuit in the Northwest Territories, began in the early 1970's by the Inuit Tapirisat of Canada, commencing with the Inuit Land Use and Occupancy Project. Actual negotiations with the Government commenced in 1976. In the late 1970's, the Inuit in the Western Arctic region decided to negotiate a separate settlement agreement. Accordingly the TFN

des lois canadiennes. Elle a été établie en 1982 pour faire valoir les intérêts des peuples Inuit dans les régions du Keewatin, de Baffin et de Kitikmeot, dans les Territoires du Nord-Ouest (Nunavut). La Keewatin Inuit Association, défenderesse, est un membre de la FTN; il s'agit de l'association régionale qui représente les Inuit qui vivent dans la région du Keewatin.

Depuis toujours, la common law anglaise reconnaît que les peuples autochtones du Canada étaient les premiers, seuls propriétaires et occupants de ce qui constitue maintenant le Canada; l'État devait acheter les droits de propriété ancestraux au moyen de traités ou d'ententes portant cession des terres. Des droits de propriété ancestraux peuvent être revendiqués pratiquement partout dans les Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada désire vivement régler ces revendications territoriales. Des capitaux ont été fournis aux associations d'Indien et d'Inuit pour qu'elles puissent faire des recherches sur leurs revendications et les faire valoir.

La politique du gouvernement à l'égard des revendications territoriales des autochtones est énoncée dans *La Politique des revendications territoriales globales* (1986), Ottawa, Approvisionnement et Services Canada. Essentiellement, les autochtones qui font des revendications doivent préciser les limites du territoire qu'ils revendiquent; ils doivent également établir qu'ils ont un intérêt traditionnel, soutenu et actuel, fondé sur l'exploitation et l'occupation. L'«exploitation» et l'«occupation» sont prouvés au moyen de «biographies cartographiques». Une fois qu'une «terre visée par règlement» a fait l'objet d'un accord, les bénéficiaires se voient accorder des droits territoriaux absolus sur elle, et aucun autre groupe ne peut y exercer de droits, que ce soit le droit de propriété, de gestion ou d'exploitation, sans le consentement des bénéficiaires. Ces bénéficiaires ne peuvent pas revendiquer de droits à l'extérieur de leur région.

Au début des années 1970, l'Inuit Tapirisat du Canada a entrepris des travaux en vue d'établir des revendications territoriales au nom de tous les Inuit des Territoires du Nord-Ouest; ces travaux ont débuté avec le projet intitulé Inuit Land Use and Occupancy Project. Les véritables négociations avec le gouvernement ont commencé en 1976. À la fin des années 1970, les Inuit de la région de l'Arctique de l'Ouest

was established in 1982 to take responsibility for negotiations in relation to the central, eastern and Arctic portions of the Northwest Territories. Negotiations have been on-going and regular since that date.

An Agreement-in-Principle between the Government of Canada and the TFN was reached in April, 1990 [*Agreement-in-Principle between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty, in Right of Canada*]. This Agreement is very complex and it provides that, in consideration of the surrender of their aboriginal title to all lands and waters within Canada, the Inuit are to receive, amongst other things:

—defined rights to harvest wildlife within Nunavut and participation in the Nunavut Wildlife Management Board;

—Inuit participation in agencies involved in land use and environmental assessments;

—ownership in fee simple of 136,291 square miles of land, 14,000 square miles of which will include the subsurface mineral rights;

—royalties in the amount of 50% of the first \$2 million, and 5% thereafter, from the production of minerals, oil or gas on Crown lands;

—rights to negotiate “Impact Benefit Agreements” when major projects are proposed on lands where the Inuit own the surface rights; and

—payment of \$1.148 billion over 14 years to the Nunavut Trust.

Article 4 of the Agreement-in-Principle provided that, outside the claims agreement, work would commence to create a new territory in Canada which will be given its own legislative assembly and government, separate from the government of the remainder of the Northwest Territories. The Nunavut Political Accord was subsequently ratified by a plebiscite held in the Northwest Territories on May 4, 1992. Legislation creating the new territorial government will be

ont décidé de négocier une entente distincte. Par conséquent, la FTN a été établie en 1982 et a été chargée des négociations relatives aux parties centrales, orientales et arctiques des Territoires du Nord-Ouest. Les négociations se poursuivent régulièrement depuis ce temps.

En avril 1990, une entente de principe a été conclue entre le gouvernement du Canada et la FTN [*Entente de principe entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté du chef du Canada*]. En vertu de cette entente très complexe, les Inuit, en contrepartie de l'abandon de leurs droits ancestraux sur toutes les terres et eaux situées au Canada, vont notamment recevoir ce qui suit:

—des droits explicites leur permettant d'exploiter la faune dans le Nunavut et de participer au Conseil de gestion de la faune du Nunavut;

—la participation des Inuit à des organismes qui s'intéressent à l'aménagement du territoire et aux évaluations en matière d'environnement;

—un droit de propriété en fief simple sur 136 291 milles carrés de terre, y compris les droits miniers souterrains sur une superficie de 14 000 milles carrés;

—des redevances égales à 50 p. cent des deux premiers millions de dollars tirés de la production de minéraux, de pétrole ou de gaz sur des terres de la Couronne et de 5 p. cent par la suite;

—le droit de négocier des «ententes sur les retombées pour les Inuit» lorsque des projets majeurs sont proposés à l'égard des terres sur lesquelles les Inuit sont propriétaires des droits de superficie;

—le paiement de 1,148 milliard de dollars sur quatorze ans à la Société de fiducie du Nunavut.

L'article 4 de l'Entente de principe prévoyait que, en dehors de l'entente sur la revendication, des travaux seraient entrepris en vue de créer un nouveau territoire au Canada. Ce territoire se verrait doté de sa propre assemblée législative et de son propre gouvernement, distinct du gouvernement du reste des Territoires du Nord-Ouest. L'accord politique du Nunavut a été ratifié par la suite dans un plébiscite tenu dans les Territoires du Nord-Ouest le 4 mai 1992. Une loi

introduced in Parliament at the same time as legislation ratifying the Final Agreement.

Other negotiations followed the signing of the Agreement-in-Principle including land selection by the various Inuit communities. The Final Agreement, was initialled on January 24, 1992, and will be formally signed upon ratification.

The TFN, in establishing their claim, have had to negotiate with parties other than the Government of Canada. As stated earlier, a prerequisite to advancing any claim is the establishment of boundaries to that claim. The concepts of "land ownership" and "boundaries" are not concepts that fall naturally into the way of thinking and lifestyle of most aboriginal groups who depend on the land for their survival. Food resources are not spread evenly over the area that comprises the North. Animals migrate according to the season; the caribou herds do not stop at "boundaries", nor do their hunters. Consequently, the Indians and Inuit of the North tend to lead rather nomadic lives as they follow their "food supply" and it necessarily follows that there are areas of common use and occupancy.

The Crown has taken the position that where there are competing or overlapping land claims, the native parties involved should resolve their competing interests without interference from the Government; that these differences should be resolved either through an agreement as to boundaries or through resource access or land sharing arrangements.

In the present case, competing claims with regards to the proposed boundaries of the Nunavut claim, were raised by the Déné/Métis in the west, and the plaintiff bands in the south, both claiming an interest in certain lands in the southwestern portion of Nunavut, the Keewatin district. The Inuit and the Déné/Métis finally agreed to set the southwestern boundary of Nunavut at longitude 102 W., following the recommendation of Mr. John Parker, former Commissioner of the Northwest Territories.

créant le nouveau gouvernement territorial sera présentée au Parlement en même temps que la loi portant ratification de l'entente finale.

^a D'autres négociations ont suivi la signature de l'entente de principe, y compris celles sur le choix des terres par les diverses collectivités inuit. L'entente finale a été paraphée le 24 janvier 1992 et sera officiellement signée dès sa ratification.

^b En vue d'établir leur revendication, la FTN a dû négocier avec des parties autres que le gouvernement du Canada. Comme nous l'avons mentionné précédemment, avant de pouvoir faire une revendication, il faut en établir les limites. Les notions de «propriété foncière» et de «limites» sont étrangères à la pensée et au mode de vie de la plupart des groupes autochtones qui dépendent de la terre pour leur survie. Les ressources alimentaires ne sont pas réparties de façon égale dans le Grand Nord. Les animaux migrent selon les saisons; les troupeaux de caribous, tout comme ceux qui les chassent, ne s'arrêtent pas aux «limites». Par conséquent, les Indiens et les Inuit du Nord ont tendance à vivre plutôt en nomades du fait qu'ils suivent leur «source d'alimentation», et il s'ensuit nécessairement que certaines régions sont exploitées et occupées en commun.

^c L'État estime que lorsqu'il y a concurrence ou chevauchement des revendications territoriales, les parties autochtones intéressées devraient résoudre leurs différends sans l'intervention du gouvernement; il estime aussi que ces différends devraient être résolus, soit par des ententes sur les limites territoriales, soit par des accords sur l'accès aux ressources ou le partage des terres.

^d En l'espèce, les Déné/Métis, dans l'ouest, et les bandes demanderesses, dans le sud, ont fait valoir des revendications concurrentielles par rapport aux limites proposées dans la revendication du Nunavut; en effet, ces deux groupes revendiquent un droit sur certaines terres dans le sud-ouest du Nunavut, savoir le district du Keewatin. Les Inuit et les Déné/Métis ont finalement convenu d'établir la limite sud-ouest du Nunavut à 102° de longitude O., d'après la recommandation de M. John Parker, ancien commissaire des Territoires du Nord-Ouest.

Unfortunately however, the plaintiffs and the TFN have not been able to reach any sort of agreement. The plaintiffs take the position that they have existing treaty rights or alternatively, rights based on exclusive use and occupancy of the southwestern Keewatin district. Dr. Peter Usher was commissioned by the Prince Albert Tribal Council on behalf of the plaintiff bands to conduct a land use and occupancy report in 1989. This report concludes that the plaintiffs can establish traditional, continuing and current use of lands in the Keewatin and that in his view, this use is sufficient to satisfy the requirements for an aboriginal claim according to the government's stated guidelines. The plaintiffs are of the view therefore, that this area should not be included in the Final Agreement. They state that they are willing to enter into overlap agreements with the Inuit in the areas where they perceive common usage and occupation.

The Inuit do not accept the plaintiffs' position that they have exclusive rights to the lands in question. They have been advised by the Crown, that legal services had concluded that Treaties No. 5 and No. 10 did not give the Indians any rights north of the 60th parallel. Nor do they accept the plaintiffs' allegations of rights based on "exclusive use and occupancy". In fact, they can document "use and occupancy" as evidenced by the *Inuit Land Use and Occupancy Project Report* and the more recent *Nunavut Atlas* prepared by Dr. R. Riewe. Dr. Riewe states that from the mid-19th century, the southwestern part of what is now the Keewatin was intensively used by the Caribou Inuit; that in the 20th century, the Caribou Inuit suffered from periodic famines and epidemics; that literally all of the southern Keewatin was placed under quarantine and that in response to public concerns, the Inuit were subsequently relocated by the federal government in the 1950's to more permanent communities at Whale Cove, Rankin Inlet and Eskimo Point (Arviat). Notwithstanding, they continued to hunt, fish and trap in the southwestern Keewatin. Of particular interest is a sub-group of the Caribou Inuit called the Ahiarmuit who occupied an area around the Ennadai Lake for approximately 100 years. When they were relocated to Eskimo Point in the 1950's, economic circumstances prevented them from

Malheureusement, les demandeurs et la FTN n'ont toutefois pas pu conclure d'entente. Les demandeurs prétendent avoir des droits existants issus de traités ou, à titre subsidiaire, des droits fondés sur l'exploitation et l'occupation exclusives de la partie sud-ouest du district du Keewatin. En 1989, au nom des bandes demandresses, le Conseil de bande de Prince Albert a chargé le Dr Peter Usher de rédiger un rapport sur l'exploitation et l'occupation des terres. L'auteur de ce rapport conclut que les demandeurs peuvent établir une exploitation des terres du Keewatin depuis des temps immémoriaux et qu'à son avis, cette exploitation serait suffisante pour satisfaire aux exigences d'une revendication autochtone, conformément aux lignes directrices énoncées par le gouvernement. Par conséquent, les demandeurs estiment que cette région ne devrait pas être incluse dans l'Entente finale. Ils affirment être disposés à conclure avec les Inuit des ententes de chevauchement intéressant les régions où, selon eux, il y aurait exploitation et occupation communes.

Les Inuit ne souscrivent pas à la thèse des demandeurs selon laquelle ceux-ci auraient des droits exclusifs sur les terres en question. Le ministère public a informé les Inuit que, d'après ses services juridiques, les traités nos 5 et 10 n'accordaient pas de droits aux Indiens au nord du 60^e parallèle. Les Inuit n'acceptent pas non plus les allégations des demandeurs selon lesquelles ces derniers auraient des droits fondés sur «l'exploitation et l'occupation exclusives». En fait, «l'exploitation et l'occupation» peuvent être attestées par le *Inuit Land Use and Occupancy Project Report* et le *Nunavut Atlas*, plus récent, rédigés par le Dr R. Riewe. Le Dr Riewe affirme qu'à partir du milieu du dix-neuvième siècle, les Inuit Caribou exploitaient intensivement la partie sud-ouest de ce qui constitue maintenant le Keewatin; qu'au vingtième siècle, les Inuit Caribou ont connu périodiquement des famines et des épidémies; que tout le sud du Keewatin a été littéralement mis en quarantaine et que, dans les années 1950, vu les préoccupations du public, le gouvernement fédéral a, par la suite, déplacé les Inuit vers des agglomérations plus permanentes à Whale Cove, Rankin Inlet et Eskimo Point (Arviat). Malgré tout, les Inuit ont continué à chasser, à pêcher et à piéger dans le sud-ouest du Keewatin. Il y a lieu de signaler un sous-groupe des Inuit Caribou, appelé les Ahiarmuit, lesquels ont

returning to their homelands until 1984. The TFN takes the position that, even if the Indians could establish aboriginal title, which is not admitted but denied, this title was extinguished by the signing of the treaties. Accordingly, TFN is not willing to excise this area from their settlement claim. They have been attempting to enter into overlap agreements but, in light of the plaintiffs' views, this has not been possible.

Notwithstanding their inability to negotiate an overlap agreement with the plaintiffs, the TFN agreed that the Final Agreement would include provisions protecting the plaintiffs' interests. Section 2.8.4 and Article 43 of the Agreement-in-Principle of April 30, 1990 state:

2.8.4 Nothing in the Final Agreement shall be construed to affect, recognize or provide any rights under Section 35 of the *Constitution Act, 1982*, for any aboriginal peoples, other than Inuit of the Nunavut Settlement Area.

43.1.1 Provisions in respect of any overlapping interests between the Tungavik Federation of Nunavut (TFN) and other aboriginal peoples shall be set out in the Final Agreement.

The plaintiffs issued a statement of interest and intent in May, 1990, identifying the following provisions which they wanted included in the Final Agreement: namely recognition and confirmation of their existing treaty rights and aboriginal interests; recognition and protection of their wildlife harvesting and land use rights; equitable participation on all management boards; exclusion of their traditional homelands from the Inuit land identification negotiations; and equitable participation in the cash settlement, resource royalty and economic development provisions as they apply to their traditional homelands. Another statement of interest was issued on July 11, 1991. Neither statement has been acknowledged and it is the plaintiffs' opinion that their concerns have been ignored.

occupé un territoire autour du lac Ennadai pendant environ un siècle. Lorsque ces gens ont été déplacés vers Eskimo Point dans les années 1950, la situation économique les a empêchés, jusqu'en 1984, de regagner les terres qu'ils occupaient à l'origine. La FTN prétend que, si tant est que les Indiens puissent établir des droits ancestraux, prétention qu'elle nie, ces droits ont été éteints par la signature des traités. Par conséquent, la FTN n'est pas disposée à retrancher ces territoires de ses revendications territoriales. Elle tente de conclure des ententes sur leurs intérêts concurrentiels; cependant, vu la position des demandeurs, elle n'a pas réussi à le faire.

Malgré son incapacité de négocier, avec les demandeurs, une entente sur leurs intérêts concurrentiels, la FTN a accepté que l'Entente finale comprenne des dispositions destinées à protéger les droits des demandeurs. La section 2.8.4 et l'article 43 de l'Entente de principe du 30 avril 1990 stipulent:

2.8.4 L'Entente finale n'a pas pour effet de modifier, reconnaître ou impartir, au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits des peuples autochtones autres que les Inuit de la région du Nunavut.

43.1.1 Les dispositions relatives aux intérêts concurrentiels entre la Fédération Tungavik du Nunavut (FTN) et d'autres peuples autochtones doivent être précisées dans l'Entente finale.

En mai 1990, les demandeurs ont produit une déclaration d'intérêt et d'intention dans laquelle ils énonçaient les dispositions qu'ils voulaient voir incluses dans l'Entente finale: la reconnaissance et la confirmation de leurs droits existants, ancestraux ou issus de traités; la reconnaissance et la protection de leurs droits d'exploiter la faune et d'aménager le territoire; la participation équitable au sein de tous les conseils de gestion; l'exclusion de leurs terres ancestrales des négociations portant sur la désignation des terres Inuit; la participation équitable à la rédaction des dispositions portant sur le règlement au comptant, la redevance sur les ressources et le développement économique, dans la mesure où ces dispositions s'appliquent à leurs terres ancestrales. Une autre déclaration d'intérêt a été produite le 11 juillet 1991. Ni l'une ni l'autre de ces déclarations n'a été reconnue et les demandeurs sont d'avis qu'on n'a pas tenu compte de leurs préoccupations.

In particular, during the land identification negotiations, the Ahiamuit of Eskimo Point chose approximately 392.5 square miles of land around Ennadai Lake. This is of grave concern to the plaintiffs who state that all of the areas selected at Ennadai Lake are either areas of overlap or are areas that are the subject of exclusive use and occupancy by the Indians in so far as the Inuit are unable to demonstrate recent and current use. They are therefore of the view that this area should not form part of the Final Agreement pending determination of their respective rights.

Seeing no progress, the plaintiffs filed a statement of claim on December 19, 1991, subsequently amended on March 17, 1992 in which they seek the following relief:

a) A declaration that the Plaintiffs, Fond du Lac Band, Black Lake and Hatchet Lake Bands and their members, and the Plaintiff, Dénésuline Indians, have legal rights in that part of the Denesuline Nene located in the Northwest Territories;

b) A declaration that these legal rights are existing treaty rights;

c) A declaration that the geographical territory identified as Dénésuline Nene, north of the 60th parallel shall form part of the Treaty area;

d) A declaration that the existing treaty rights of the Plaintiffs, Fond du Lac, Black Lake and Hatchet Lake Bands and their members and individual Dénésuline Indians apply within the geographical area identified as Dénésuline Nene;

e) A declaration that if the geographical boundaries of Treaties #8 and #10 are confined to those described by Canada, then the treaty terms and existing rights thereunder extend beyond those boundaries to cover that portion of Dénésuline Nene located in the Northwest Territories;

f) A declaration that the legal rights of the Plaintiffs, Fond du Lac, Black Lake and Hatchet Lake Bands and the individual Dénésuline Indians, if not treaty rights are existing aboriginal rights in Dénésuline Nene, beyond the treaty boundaries described by Canada;

g) A declaration that these existing aboriginal rights are the subject matter of comprehensive claims negotiations and settlements between Canada and the Plaintiffs;

h) A declaration that since there are terms of the T.F.N. Agreement and the proposed terms of the Déné/Metis Agreement in Principle, or to the extent that there are terms in any other

En particulier, pendant les négociations portant sur la désignation des terres, les Ahiamuit d'Eskimo Point ont revendiqué environ 392,5 milles carrés de terres autour du lac Ennadai. Ceci inquiète beaucoup les demandeurs qui affirment que tous les territoires revendiqués au lac Ennadai sont, soit des territoires qui chevauchent leurs terres soit des territoires qui ont été exclusivement exploités et occupés par les Indiens dans la mesure où les Inuit ne sont pas en mesure de démontrer une exploitation récente et actuelle. Les demandeurs estiment donc que ce territoire ne devrait pas être visé par l'Entente finale en attendant qu'il soit statué sur leurs droits respectifs.

Ne constatant aucun progrès, les demandeurs ont déposé une déclaration le 19 décembre 1991, modifiée par la suite le 17 mars 1992, dans laquelle ils sollicitent la réparation suivante:

[TRADUCTION] a) Un jugement déclaratoire portant que les demandeurs, savoir les bandes Fond du Lac, Black Lake et Hatchet Lake, leurs membres, ainsi que les Indiens Dénésuline ont des droits juridiques sur cette partie de la Dénésuline Nene située dans les Territoires du Nord-Ouest;

b) un jugement déclaratoire portant que ces droits juridiques sont des droits existants, issus de traités;

c) un jugement déclaratoire portant que le territoire appelé Dénésuline Nene, situé au nord du 60^e parallèle, fait partie du territoire visé par le traité;

d) un jugement déclaratoire portant que les droits existants, issus de traités, en faveur des demandeurs, savoir les bandes Fond du Lac, Black Lake et Hatchet Lake, leurs membres, et chacun des Indiens Dénésuline, s'appliquent dans le territoire appelé Dénésuline Nene;

e) un jugement déclaratoire portant que, si les limites établies dans les traités numéros 8 et 10 ne vont pas au-delà de celles désignées par le Canada, les conditions du traité et les droits existants reconnus sous son empire s'appliquent au-delà de ces limites, jusqu'à cette partie du Dénésuline Nene située dans les Territoires du Nord-Ouest;

f) un jugement déclaratoire portant que si les droits juridiques des demandeurs, savoir les bandes Fond du Lac, Black Lake et Hatchet Lake ainsi que chacun des Indiens Dénésuline, ne sont pas issus de traités, ils constituent néanmoins des droits ancestraux existants sur Dénésuline Nene, lesquels droits s'étendent au-delà des limites établies par traité et désignées par le Canada;

g) un jugement déclaratoire portant que ces droits ancestraux existants font l'objet de négociations et de règlements sur les revendications globales entre le Canada et les demandeurs;

h) un jugement déclaratoire portant que, puisque certaines conditions de l'entente conclue avec la FTN et les conditions proposées dans l'Entente de principe conclue avec les Déné/Métis,

agreement which affect, infringe upon, deny and/or extinguish the existing treaty or aboriginal rights of the Plaintiffs' in Dénésuline Nene which are recognized and affirmed under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, they are invalid or unenforceable in that area without the consent and the appropriate arrangements concluded with the Plaintiffs;

i) A declaration that Canada has breached its fiduciary obligation by negotiating and/or concluding land claim agreements which acknowledge rights of others within Dénésuline Nene, which rights are properly the Plaintiffs', and which thereby affect, infringe upon, deny and/or extinguish the existing treaty or aboriginal rights of the Plaintiffs';

j) Damages for breach by Canada of its fiduciary obligations to the Plaintiffs, in concluding land claim agreements, without consultation with or approval by the Plaintiffs, which affect, infringe upon, deny and/or extinguish the Plaintiffs' existing treaty or aboriginal rights;

k) Interim interlocutory injunctive relief against the Defendants preventing them from ratifying any territorial or settlement boundaries and concluding any land claim settlement which may affect, infringe upon, deny and/or extinguish the treaty or aboriginal rights of the Plaintiffs' in the Dénésuline Nene;

l) Permanent injunctive relief against the Defendants preventing them from ratifying any territorial or settlement boundaries and concluding any land claim settlement which may affect, infringe upon, deny and/or extinguish the treaty or aboriginal rights of the Plaintiffs' in the Dénésuline Nene;

m) Costs of this action.

Despite the issuance of the plaintiffs' statement of claim as well as their objections, the Government of Canada and the TFN initialled the Final Agreement on January 24, 1992.

In accordance with section 2.8.4 and Article 43 of the Agreement-in-Principle, the Final Agreement deals specifically with the interests of the plaintiff bands. Part X of Article 40 gives the members of the Black Lake and Hatchet Lake bands the following rights:

—the right to continue to hunt and trap in the Nunavut Settlement Area, to the extent that they have used such lands in the past, on a basis equivalent to the Inuit;

—if quotas are imposed by the Nunavut Wildlife Management Board, separate quotas will be estab-

ou dans la mesure où les conditions de toute autre entente touchent, violent, nient ou éteignent les droits existants des demandeurs—ancestraux ou issus de traités—sur Dénésuline Nene, droits reconnus et affirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces conditions sont invalides ou inexécutoires dans ce territoire sans le consentement des demandeurs et en l'absence d'ententes appropriées conclues avec eux;

i) un jugement déclaratoire portant que le Canada a violé son obligation fiduciaire en négociant ou en concluant des accords sur des revendications territoriales qui reconnaissent à d'autres des droits sur Dénésuline Nene, des droits qui appartiennent de fait aux demandeurs, ce qui a pour effet de toucher, de violer, de nier ou d'éteindre les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des demandeurs;

j) des dommages-intérêts vu que le Canada a violé ses obligations fiduciaires envers les demandeurs puisqu'il a conclu, sans consulter les demandeurs ou sans obtenir leur approbation, des accords sur des revendications territoriales qui touchent, violent, nient ou éteignent les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des demandeurs;

k) une injonction interlocutoire provisoire contre les défendeurs pour les empêcher de ratifier toute limite territoriale ou limite visée par règlement et de conclure tout règlement sur des revendications territoriales susceptible de toucher, de violer, de nier ou d'éteindre les droits—ancestraux ou issus de traités—des demandeurs sur Dénésuline Nene;

l) une injonction permanente contre les défendeurs pour les empêcher de ratifier toute limite territoriale ou limite visée par règlement et de conclure tout règlement sur des revendications territoriales susceptible de toucher, de violer, de nier ou d'éteindre les droits—ancestraux ou issus de traités—des demandeurs sur Dénésuline Nene;

m) les dépens de la présente action.

Malgré la production de la déclaration des demandeurs et leurs objections, le gouvernement du Canada et la FTN ont paraphé l'Entente finale le 24 janvier 1992.

Conformément à la section 2.8.4 et à l'article 43 de l'Entente de principe, l'Entente finale porte spécialement sur les intérêts des bandes demandresses. La partie X de l'article 40 donne aux membres des bandes Black Lake et Hatchet Lake les droits suivants:

—le droit de continuer à chasser et à piéger dans la région du Nunavut, dans la mesure où ils ont exploité ces terres par le passé, aux mêmes conditions que celles des Inuit;

—si des quotas sont imposés par le Conseil de gestion de la faune du Nunavut, des quotas distincts

lished for the bands and for the Inuit, using the same criteria;

—band members will have access to Inuit-owned lands for the purposes of continuing any traditional use;

—band members will not be required to give the Inuit a right of first refusal on the creation of sport lodges or other types of wildlife-related ventures in areas of traditional band use;

—band members will be allowed to make representations to regulatory authorities with regards to wildlife, land use and environmental matters;

—Dénésuline archaeological specimens are exempted from the provisions of the Final Agreement; and

—in the event that any band member has a cabin on Inuit-owned land, title to the site of the cabin will be relinquished by the Inuit to the Crown at the request of the band.

The Fond du Lac Band is not mentioned because, I am told, the plaintiffs' own land use data did not indicate that its members made any use of the lands in Nunavut.

As a condition precedent to its becoming effective, the Final Agreement must be ratified by both the Inuit and the Government of Canada. The Final Agreement does not require a separate act of ratification by the Government of the Northwest Territories, but past practice with respect to comprehensive land claims has been that the Executive Council of the Northwest Territories signifies its approval or rejection of the Final Agreement following the aboriginal ratification vote.

At present, the TFN is preparing for the Inuit ratification vote. A voters list has been compiled and every household has been given a copy of the Final Agreement along with explanatory notes. Community information meetings were commenced in August, 1992. The ratification vote is scheduled for November 3, 4 and 5, 1992. If the Inuit approve the Final Agreement, it will then be submitted to Cabinet for

seront établis pour les bandes et pour les Inuit, à partir des mêmes critères;

—les membres des bandes auront accès aux terres appartenant aux Inuit pour continuer toute exploitation traditionnelle;

—les membres des bandes ne seront pas tenus de donner aux Inuit un droit de préemption au moment de la création de camps de sportifs ou autres types d'entreprises liées à la faune dans des territoires traditionnellement exploités par les bandes;

—les membres des bandes seront autorisés à présenter des observations aux autorités de réglementation relativement aux questions intéressant la faune, l'aménagement du territoire et l'environnement;

—les spécimens archéologiques Dénésuline sont exemptés des dispositions de l'Entente finale;

—à la demande d'une bande, les Inuit abandonneront à l'État le titre de propriété du site où se trouve la cabane d'un membre de la bande située sur des terres appartenant aux Inuit.

La bande Fond du Lac n'est pas mentionnée parce que, m'a-t-on dit, selon les propres données des demandeurs sur l'aménagement du territoire, ses membres n'exploitaient nullement les terres situées dans le Nunavut.

Avant d'entrer en vigueur, l'Entente finale doit être ratifiée par les Inuit et le gouvernement du Canada. Aux termes de l'Entente finale, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest n'a pas à ratifier l'entente; cependant, dans le cas des revendications territoriales globales, le Conseil exécutif des Territoires du Nord-Ouest a l'habitude de signifier son approbation ou son rejet d'une entente finale après le vote de ratification des autochtones.

À l'heure actuelle, la FTN fait les préparatifs pour le vote de ratification des Inuit. Une liste électorale a été établie, et chaque ménage s'est vu remettre un exemplaire de l'Entente finale accompagné de notes explicatives. Des réunions d'information communautaires ont lieu depuis août 1992. Le vote de ratification est prévu pour les 3, 4 et 5 novembre 1992. Si les Inuit approuvent l'Entente finale, celle-ci sera ensuite

their approval, thereafter legislation approving the Final Agreement along with the Nunavut Political Accord will be introduced to Parliament.

The plaintiffs do not feel that the provisions of Article 40 go far enough to protect their rights. They are, by this motion, seeking to stop any further steps being taken towards ratification of the Final Agreement pending determination of their rights.

At the outset, counsel on behalf of the Crown argued that this motion should be dismissed because injunctive relief is not available against the Crown at common law: *C.I.A.C. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 866 (C.A.) and *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599 (C.A.). The common law has now been codified by virtue of section 22 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, [R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, ss. 21, 28)] which reads:

22. (1) Where in proceedings against the Crown any relief is sought that might, in proceedings between persons, be granted by way of injunction or specific performance, a court shall not, as against the Crown, grant an injunction or make an order for specific performance, but in lieu thereof may make an order declaratory of the rights of the parties.

(2) A court shall not in any proceedings grant relief or make an order against a servant of the Crown that it is not competent to grant or make against the Crown.

Nor can the Crown's immunity be circumvented by seeking injunctive relief against a servant or minister of the Crown unless he/she acts beyond the scope of his/her statutory authority: *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775 (C.A.) and *Pacific Salmon Industries Inc. v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 504 (T.D.).

That may be so, but at present, I am being asked to put a stop to the next step in the ratification process, the Inuit vote. This does not involve the Crown or a Crown agency. Only if the vote ratifies the agreement will the Crown then have any authority to act and then the Crown's immunity will become an issue.

It was also suggested by both counsel for the Crown and counsel for the Government of the Northwest Territories that interlocutory injunctions should

présentée au Cabinet pour agrément; par la suite, des lois entérinant l'Entente finale et l'accord politique du Nunavut seront présentées au Parlement.

Les demandeurs estiment que les dispositions de l'article 40 ne protègent pas suffisamment leurs droits. Par la présente requête, ils cherchent à interrompre le processus de ratification de l'Entente finale en attendant qu'il soit statué sur leurs droits.

D'entrée de jeu, l'avocat du ministère public a soutenu que la présente requête devait être rejetée parce qu'une injonction ne peut être décernée contre l'État en vertu de la common law; voir les arrêts *C.I.A.C. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 866 (C.A.) et *Le Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599 (C.A.). La common law a maintenant été codifiée à l'article 22 de la *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, 28)] qui dispose:

22. (1) Le tribunal ne peut, lorsqu'il connaît d'une demande visant l'État, assujettir celui-ci à une injonction ou à une ordonnance d'exécution mais, dans les cas où ces recours pourraient être exercés entre particuliers, il peut, pour en tenir lieu, déclarer les droits des parties.

(2) Le tribunal ne peut, dans aucune poursuite, rendre contre un préposé de l'État de décision qu'il n'a pas compétence pour rendre contre l'État.

On ne peut pas non plus contourner l'immunité de l'État en demandant que soit prononcée une injonction contre un fonctionnaire ou un ministre à moins qu'il n'ait outrepassé les pouvoirs que lui accorde la loi; voir l'arrêt *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775 (C.A.) et le jugement *Pacific Salmon Industries Inc. c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 504 (1^{re} inst.).

Ceci est peut-être vrai. Cependant, en l'espèce, on me demande de bloquer la prochaine étape du processus de ratification, savoir le vote des Inuit. Cette question n'intéresse ni l'État, ni un organisme d'État. L'État n'aura le pouvoir d'agir que si le vote ratifie l'entente, et ce n'est qu'à ce moment-là qu'il pourra être question de l'immunité de l'État.

Les avocats du ministère public et du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest ont également prétendu que des injonctions interlocutoires ne

not be granted if it is premature to do so in the circumstances, *Inuvialuit Regional Corp. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 502 (T.D.), and that the plaintiffs' motion in the present case is premature in that the Inuit ratification vote has not yet been conducted, the result of that vote is unknown, they may not approve it and even if they do approve it, it cannot come into effect unless and until Cabinet approves it.

In *Inuvialuit Regional Corp.*, *supra*, Reed J. refused to grant a writ of prohibition because the parties' dispute could be settled very quickly by bringing the action on by way of an expedited hearing. She felt it would not be appropriate for the Court to interfere and prevent further action being taken on the basis of what may turn out to be a resolved issue. It appears to me in the present case, that this action is not going to be heard and resolved before ratification takes place and that the reasoning applied by my learned colleague does not apply. I am also of the view that there is considerable momentum in favour of ratification by the Inuit. Accordingly, I am not prepared to dismiss the plaintiffs' motion on the grounds that it is premature, and I therefore must consider their prayer for relief on its merits.

An interlocutory injunction is considered an exceptional remedy founded in the principles of equity. As Lord Diplock pointed out in *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd*, [1975] 1 All ER 504 (H.L.), at page 509:

The object of the interlocutory injunction is to protect the plaintiff against injury by violation of his right for which he could not be adequately compensated in damages recoverable in the action if the uncertainty were resolved in his favour at the trial; but the plaintiff's need for such protection must be weighed against the corresponding need of the defendant to be protected against injury resulting from his having been prevented from exercising his own legal rights for which he could not be adequately compensated under the plaintiff's undertaking in damages if the uncertainty were resolved in the defendant's favour at the trial. The court must weigh one need against another and determine where "the balance of convenience" lies.

The principles enunciated by Lord Diplock in *American Cyanamid*, *supra*, have been adopted by the Federal Court of Appeal in *Turbo Resources Ltd.*

devaient pas être accordées s'il était prématuré de le faire, compte tenu des circonstances; voir *Société Inuvialuit régionale c. Canada*, [1992] 2 C.F. 502 (1^{re} inst.); or, selon eux, la requête des demandeurs en l'espèce était prématurée puisque le vote de ratification des Inuit n'avait pas encore eu lieu; le résultat de ce vote n'était pas connu et il se pouvait qu'ils rejettent l'Entente; même s'ils l'approuvaient, l'Entente ne pourrait entrer en vigueur sans l'agrément du Cabinet.

Dans le jugement *Société Inuvialuit régionale*, précité, le juge Reed a refusé de décerner un bref de prohibition parce que le litige opposant les parties pouvait être tranché très rapidement grâce à l'audition accélérée de l'action. Elle estimait inopportun que la Cour intervienne et empêche que d'autres mesures ne soient prises à partir de ce qui pourrait s'avérer être une question résolue. Il me semble qu'en l'espèce, la présente action ne sera pas entendue et résolue avant la ratification et que le raisonnement suivi par ma collègue ne s'applique pas. Je suis également d'avis qu'il y a actuellement une forte tendance en faveur d'une ratification par les Inuit. Par conséquent, je ne suis pas disposé à rejeter la requête des demandeurs au motif qu'elle serait prématurée; je dois donc examiner leur requête sur le fond.

Une injonction interlocutoire est considérée comme un recours exceptionnel fondé sur les principes de l'*equity*. Comme l'a souligné lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd*, [1975] 1 All ER 504 (H.L.), à la page 509:

[TRADUCTION] L'objet d'une injonction interlocutoire est de protéger le demandeur contre le préjudice, résultant de la violation de son droit, qui ne pourrait être adéquatement réparé par des dommages-intérêts recouvrables dans l'action si l'affaire devait être tranchée en faveur dudit demandeur au moment de l'instruction; toutefois, le besoin d'une telle protection pour le demandeur doit être évalué en fonction du besoin correspondant du défendeur d'être protégé contre le préjudice qui découle du fait qu'on l'a empêché d'exercer les droits que lui confère la loi et qui ne peut être adéquatement réparé par l'engagement du demandeur de verser des dommages-intérêts si l'affaire était tranchée en faveur du défendeur à l'instruction. Le tribunal doit évaluer les besoins l'un en fonction de l'autre et déterminé quelle est «la répartition des inconvénients».

Les principes énoncés par lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid*, précité, ont été adoptés par la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Turbo Resources*

v. Petro Canada Inc., [1989] 2 F.C. 451 and *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129.

These principles necessitate an examination of three questions. First whether the applicant can meet the threshold test of establishing that there is a serious issue to be tried. If so, whether either party can establish irreparable harm for which damages would not be an adequate remedy should the injunction be granted or denied. The Court must then consider where the balance of convenience lies.

In the present case, the plaintiffs state that there is a serious issue to be tried; that they have existing treaty rights that extend into the southwestern portion of Nunavut. It was submitted that Indian treaties should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Indians; that treaties should be construed, not according to the technical meaning of their words, but rather in the sense that they would naturally be understood by the Indians; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29 and *Simon v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 387. Counsel, on behalf of the plaintiffs went on to argue that the boundaries of Treaties No. 8 and No. 10 are not as described in the written versions of the treaties and that there was no agreement between the parties that the treaties would limit their homelands to the metes and bounds descriptions contained therein. The Indians were assured at the signing of these treaties that their lands would remain theirs "as long as the land lasts, the sun shines, the rivers flow and the big rock doesn't move", and that they never would have agreed to give up the lands in the North which they have depended upon for their very survival. Likewise, it was argued that the Government never intended that the Indians would be deprived of these lands and that their conduct indicates that they were being allowed to exercise their treaty rights throughout their traditional lands. Alternatively, it was submitted that they have, at common law, unextinguished aboriginal title in these lands based on use and occupancy.

Ltd. c. Petro Canada Inc., [1989] 2 C.F. 451 (C.A.) et *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129.

Ces principes nous obligent à examiner trois questions. Premièrement, il faut se demander si le requérant peut remplir le critère préliminaire qui consiste à établir l'existence d'une question sérieuse à trancher. Dans l'affirmative, il faut se demander si l'une ou l'autre des parties peut établir l'existence d'un préjudice irréparable qui ne serait pas susceptible d'être indemnisé par des dommages-intérêts si l'injonction devait être accordée ou refusée. La Cour doit ensuite tenir compte de la prépondérance des inconvénients.

Les demandeurs affirment qu'il y a une question sérieuse à trancher en l'espèce; ils allèguent également avoir des droits existants, issus de traités, sur un territoire qui se prolonge dans la partie sud-ouest du Nunavut. Selon eux, il y a lieu de donner aux traités conclus par les Indiens une interprétation juste, large et libérale en faveur de ces derniers; ils soutiennent que les traités devraient être interprétés, non pas selon le sens strict de leur langage, mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage; voir les arrêts *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 et *Simon c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 387. L'avocat des demandeurs a ensuite plaidé que les limites établies dans les traités nos 8 et 10 ne correspondaient pas à ce qui était décrit dans les textes de ces traités; selon lui, les parties n'avaient pas convenu que les traités limiteraient les terres des Indiens aux tenants et aboutissants qui y étaient énoncés. À la signature de ces traités, on avait promis aux Indiens que leurs terres continueraient à leur appartenir [TRADUCTION] «tant que la terre existera, tant que le soleil brillera, tant que les rivières couleront et tant que la grande pierre restera immobile»; selon les demandeurs, les Indiens n'auraient jamais renoncé aux terres du Nord dont leur survie même dépendait. Pareillement, les demandeurs ont plaidé que le gouvernement n'avait jamais voulu que les Indiens soient privés de ces terres et que leurs actions indiquent qu'ils avaient été autorisés à exercer leurs droits issus de traités sur l'ensemble de leurs terres ancestrales. À titre subsidiaire, les demandeurs ont plaidé qu'ils avaient, en vertu de la common law, un titre ancestral non éteint sur ces terres, titre fondé sur l'exploitation et l'occupation.

Counsel for the plaintiffs went on to suggest that, even if a court were to determine that the treaty boundaries are as described, and that the “blanket extinguishment clauses” contained in both treaties are effective, the language of the treaties gives the Indians rights which extend beyond the borders of the treaties. In particular, the written text of the treaties states that the Indians are giving up their rights in respect of a particular area. The “blanket extinguishment clause” makes that purported surrender even broader:

AND ALSO the said Indian rights, titles and privileges whatsoever to all other lands wherever situated in the Northwest Territories, British Columbia, or in any other portion of the Dominion of Canada.

However, as counsel pointed out, immediately following this clause, the treaty rights of the Indians are set out as follows:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described . . . [Emphasis added.]

Counsel, on behalf of the TFN, submitted that there was no serious issue to be tried here; that the expert evidence and affidavits filed on the plaintiffs' behalf do not support their claim to “exclusive use and occupancy” of that part of their homelands which they allege is within the Nunavut settlement area; that in contrast, there is ample evidence that the Inuit have a valid claim to all of the lands within this district. Furthermore, it was submitted that the plain wording of the treaties made it clear that whatever aboriginal title the plaintiffs may have had to these lands, such title was surrendered when the plaintiffs took the benefits of the treaties and requested that reserves be set aside for them in northern Saskatchewan.

Unquestionably, the evidence before me as to the “use and occupancy” of these lands was inconsistent and it is obvious that there are inherent weaknesses in the “map biography” technique. My present role however is not to adjudicate on the evidence before me, that will be done at trial. I must be satisfied however that there is a serious issue to be tried on the

L'avocat des demandeurs a ensuite prétendu que même si un tribunal devait décider que les limites établies par les traités correspondaient à ce qui y était énoncé, et que les [TRADUCTION] «clauses d'extinction globale» stipulées dans les deux traités étaient exécutoires, les traités donnaient aux Indiens des droits qui s'étendaient au-delà des limites qui y étaient établies. En particulier, les traités prévoient expressément que les Indiens renoncent à leurs droits à l'égard d'un territoire donné. La «clause d'extinction globale» élargit davantage ce prétendu abandon:

ET AUSSI tous leurs droits, titres et privilèges quelconques à toutes autres terres situées dans les Territoires du Nord-Ouest, la Colombie-Britannique ou dans toute autre partie du Canada.

Cependant, comme l'a signalé l'avocat des demandeurs, immédiatement après cette clause, les droits des Indiens issus des traités sont énoncés en ces termes:

Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piége et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite . . . [C'est moi qui souligne.]

L'avocat de la FTN a soutenu qu'il n'y avait pas de question sérieuse à trancher en l'espèce; selon lui, la preuve d'expert et les affidavits déposés pour le compte des demandeurs ne permettent pas de prouver leurs allégations «d'exploitation et d'occupation exclusives» de cette partie de leurs terres qui, prétendent-ils, serait située dans la région du Nunavut; par ailleurs, une preuve abondante tend à établir que les Inuit peuvent valablement revendiquer toutes les terres situées dans ce district. En outre, selon la défenderesse, aux termes des traités, il était clair que le titre ancestral qu'auraient pu avoir les demandeurs sur ces terres a été abandonné lorsque ces derniers se sont prévalus des traités et lorsqu'ils ont demandé que des réserves soient établies pour eux dans le nord de la Saskatchewan.

Incontestablement, la preuve dont j'ai connaissance quant à «l'exploitation et l'occupation» de ces terres présentait des contradictions; en outre, il est évident que la méthode de la «biographie cartographique» comporte des failles inhérentes. Cependant, je ne suis pas appelé maintenant à statuer sur la preuve dont j'ai connaissance; il faudra attendre l'ins-

facts that are before me and it is not necessary that these facts establish a *prima facie* case. I am of the view that there is a serious issue to be tried in the present case and that the plaintiffs have met this first threshold test.

Counsel for the Crown was prepared to concede that the plaintiffs might be able to raise a serious issue with respect to their claim, but he went on to add that they are not able to establish that they will suffer irreparable harm, or indeed any harm, if the injunction were not granted.

The plaintiffs disagree. They submit that if the Final Agreement is ratified, or concluded and they later succeed in obtaining recognition in Court of their rights to the lands covered by the Agreement, they may not be able to achieve recognition of the full spectrum of rights to which they are entitled, these rights would be extinguished or alternatively, would have no practical significance and that this constitutes irreparable harm not compensable by a monetary award.

If the Final Agreement is concluded, fee simple ownership as well as other rights would vest in the Inuit and would have constitutional force under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The plaintiffs fear that no jurisdiction exists to reverse the granting of fee simple ownership, that the grant would be irreversible. Additionally, can section 35 be used to dislodge rights which it has previously entrenched? There is no case law with regards to competing section 35 rights and they feel that it is far from certain that they would be able to overturn any terms of the Agreement. Could they have the Agreement declared constitutionally invalid? Would the effect be to void the entire Agreement and dismantle the entire government? Even if it were declared void only in relation to lands claimed by the plaintiffs, it was argued that massive changes would be required. It is the plaintiffs' submission therefore that recognition of their legal rights would be "hollow", the lands "crucial to their economic survival" would have irrevocably vested in the hands of the Inuit.

truction. Néanmoins, je dois être convaincu, d'après les faits dont j'ai connaissance, qu'il y a une question sérieuse à trancher et il n'est pas nécessaire que ces faits établissent une apparence de droit. J'estime qu'il y a une question sérieuse à trancher en l'espèce et que les demandeurs ont rempli ce premier critère préliminaire.

L'avocat du ministère public était disposé à admettre que les demandeurs pouvaient peut-être soulever une question sérieuse à l'égard de leur revendication, mais il a ajouté que ceux-ci n'étaient pas en mesure d'établir qu'ils subiraient un préjudice irréparable, ou un préjudice tout court, si l'injonction n'était pas accordée.

Les demandeurs ne sont pas de cet avis. Selon eux, si l'Entente finale était ratifiée ou conclue et s'ils réussissaient par la suite à obtenir une reconnaissance judiciaire de leurs droits sur les terres visées par l'Entente, ils risqueraient de ne pas se voir reconnaître l'intégralité de leurs droits, ces droits seraient éteints ou, à titre subsidiaire, n'auraient aucune importance pratique; selon eux, il s'agit là d'un préjudice irréparable qui ne serait pas susceptible d'être indemnisé par l'adjudication d'une somme d'argent.

Si l'Entente finale était conclue, un droit de propriété en fief simple ainsi que d'autres droits seraient dévolus aux Inuit et auraient force constitutionnelle en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les demandeurs craignent que personne n'ait compétence pour infirmer l'octroi du droit de propriété en fief simple et que tel octroi ne soit irréversible. En outre, ils se demandent si l'article 35 peut être invoqué pour infirmer des droits qui ont déjà été enchâssés sous son empire. Il n'existe aucune jurisprudence sur les droits concurrentiels conférés par l'article 35 et les demandeurs sont loin d'être certains de pouvoir faire tomber des conditions de l'Entente. Pourraient-ils faire déclarer invalide l'Entente au plan constitutionnel? Cela aurait-il pour effet d'annuler toute l'Entente et de dissoudre le gouvernement au complet? Selon les demandeurs, même si l'Entente était déclarée nulle uniquement en ce qui a trait aux terres qu'ils revendiquaient, cela nécessiterait d'importants changements. Par conséquent, les demandeurs prétendent que la reconnaissance de leurs droits juridiques serait «illusoire», et que les terres [TRA-

I was referred to the case of *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577 (B.C.C.A.). In this case, the applicants sought to enjoin the respondent logging company from clear-cut logging an area on Meares Island. At pages 591-592, Seaton J.A. held as follows:

It appears that the area to be logged will be wholly logged. The forest that the Indians know and use will be permanently destroyed . . . Finally, the island's symbolic value will be gone. The subject matter of the trial will have been destroyed before the rights are decided.

If logging proceeds and it turns out that the Indians have the right to the area with the trees standing, it will no longer be possible to give them that right. The area will have been logged. The courts will not be able to do justice in the circumstances. This is the sort of result that the courts have attempted to prevent by granting injunctions.

It is the plaintiffs' submission that the facts in the present case are on all fours with those in the *Mac-Millan Bloedel* case.

Additionally, in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, the Crown was found to be in breach of a fiduciary duty owed to the appellant band. The Court however did not void the deal which was found to be in breach of this duty, rather they awarded the appellants damages. The plaintiffs in the present case submit that damages could not compensate them for a loss of their way of life.

It was also submitted that the Crown has a fiduciary obligation to the Indians with respect to the lands it holds for them and that this "duty" should limit the Crown's ability to deal with the lands which are the subject-matter of this dispute until such a time as the plaintiffs' rights are ascertained: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654. It was argued that the Crown, in proceeding as it has, has breached its duty to the plaintiffs and has placed itself in a position of conflict of interest, and that the public interest favoured the granting of an injunction to stop the Crown's "illegal" conduct.

DUCTION] «cruciales à leur survie économique» seraient irrévocablement dévolues aux Inuit.

Les demandeurs m'ont cité l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577 (C.A.C.-B.). Dans cette affaire, les requérants avaient tenté d'empêcher l'intimée, une société d'exploitation forestière, de faire une coupe à blanc dans un territoire situé sur Meares Island. Aux pages 591 et 592 de l'arrêt, le juge Seaton, J.C.A., a statué comme suit:

[TRADUCTION] Apparemment, la zone fera l'objet d'une coupe à blanc. La forêt que connaissent et exploitent les Indiens sera détruite à jamais . . . Enfin, l'île n'aura plus de valeur symbolique. L'objet de l'instruction aura été détruit avant qu'il n'ait été statué sur les droits en cause.

Si l'exploitation forestière se poursuit et qu'il s'avère que les Indiens ont un droit sur la zone, y compris la forêt qui s'y trouve, ils ne seront plus en mesure de jouir de ce droit. La région aura été complètement exploitée. Les tribunaux ne seront plus en mesure de rendre justice en l'espèce. Voilà le genre de résultat que tentent d'empêcher les tribunaux lorsqu'ils décernent des injonctions.

Les demandeurs prétendent que les faits en l'espèce sont absolument analogues à ceux de l'affaire *Mac-Millan Bloedel*.

En outre, dans l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour suprême a jugé que l'État avait manqué à son obligation fiduciaire envers la bande appelante. Cependant, la Cour n'a pas annulé l'entente qu'elle avait jugé être en violation de cette obligation, mais a plutôt adjugé des dommages-intérêts aux appelants. Les demandeurs en l'espèce prétendent que des dommages-intérêts ne pourraient pas les indemniser pour la perte de leur mode de vie.

Les demandeurs ont également fait valoir que l'État avait une obligation fiduciaire envers les Indiens à l'égard des terres qu'il détenait pour ces derniers et que cette «obligation» devrait limiter l'habilité de l'État à conclure des ententes relativement aux terres visées par le présent litige tant que les droits des demandeurs n'auront pas été déterminés; voir l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654. Les demandeurs ont soutenu que l'État, en agissant comme il l'avait fait, avait manqué à son obligation envers les demandeurs et s'était placé en situation de conflit d'intérêts; selon eux, l'intérêt

In response, counsel for the Crown denied the allegation that the Crown was breaching its fiduciary obligations. Counsel stated that the Crown found itself in an unenviable position in which the plaintiffs were using the Inuit land claim negotiations as a forum for advancing their own claim. Counsel submitted that the Crown, in attempting to finalize its negotiations with the Inuit has in fact been protecting the plaintiffs' interests by inserting Article 40 as a term of the Final Agreement. Counsel went on to add that "the full spectrum of rights" to which the plaintiffs may become entitled would not be extinguished, impaired, eroded or adversely affected by the Final Agreement.

In this regard I was told that, if it is determined that the plaintiff bands have existing treaty rights in the disputed area, these rights are as described in Treaty No. 10:

And His Majesty the King hereby agrees with the said Indians that they shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the territory surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the government of the country acting under the authority of His Majesty and saving and excepting such tracts as may be required or as may be taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [Emphasis added.]

The Final Agreement expressly recognizes the Indians' rights to hunt, trap and fish in Nunavut and in addition, it gives them the right to create wildlife-related ventures, the right to travel in the area and to reside in their existing cabins. Rather than extinguish their rights, it was submitted that Article 40 confirms the plaintiffs' traditional use of these lands and guarantees that they can continue to use the land in the future. If any restrictions are imposed on wildlife harvesting, they will be imposed on the plaintiffs and the Inuit alike, on an equal basis. In the event the plaintiffs do not succeed in their action, Article 40 actually confers rights on them.

Counsel representing the TFN suggested that the plaintiffs' fears about the alienation of lands and the ensuing irreparable harm if it is subsequently deter-

public militait en faveur d'une injonction pour mettre un terme à la conduite «illéegale» de l'État.

En guise de réponse, l'avocat du ministère public a nié l'allégation selon laquelle l'État manquait à ses obligations fiduciaires. Il a affirmé que l'État se trouvait dans la situation ingrate où les demandeurs se servaient des négociations sur la revendication territoriale des Inuit comme tribune pour faire valoir leur propre revendication. Il a prétendu que l'État, en essayant de conclure ces négociations avec les Inuit, protégerait en réalité les intérêts des demandeurs en stipulant l'article 40 dans l'Entente finale. Il a ajouté que «l'intégralité des droits» dont pourraient bénéficier les demandeurs ne serait pas éteinte, restreinte, diminuée ou défavorablement touchée par l'Entente finale.

À cet égard, me dit-on, s'il était jugé que les bandes demanderesse avaient des droits existants issus de traités dans le territoire en cause, il s'agirait des droits énoncés dans le traité n° 10:

Et Sa Majesté le roi par les présentes convient avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de continuer leurs goûts pour la chasse, la course à la trappe et la pêche par tout le territoire rétrocedé ainsi qu'il est ci-dessus décrit, sauf les règlements qui pourront de temps à autre être faits par le gouvernement du pays agissant sous l'autorité de Sa Majesté, et sauf et excepté les étendus qui peuvent être requises ou qui pourront être prises de temps à autre pour la colonisation, les mines, l'industrie du bois, le commerce ou d'autres fins. [C'est moi qui souligne.]

L'Entente finale reconnaît expressément le droit des Indiens de chasser, de piéger et de pêcher dans le Nunavut; en outre, elle leur donne le droit de créer des entreprises liées à la faune, le droit de se déplacer dans le territoire et le droit de vivre dans les cabanes qu'ils ont déjà. Selon les défendeurs, l'article 40, plutôt que d'éteindre les droits des demandeurs, confirme leur exploitation traditionnelle de ces terres et leur garantit l'exploitation de ces terres dans l'avenir. Si des limites devaient être imposées sur l'exploitation de la faune, elles seraient pareillement imposées aux demandeurs et aux Inuit. Si l'action des demandeurs devait être rejetée, l'article 40 se trouve en fait à leur conférer des droits.

L'avocat de la FTN qualifie de non fondées et d'exagérées les craintes des demandeurs au sujet de l'aliénation des terres et du préjudice irréparable qui

mined that they have unextinguished aboriginal title, are both unfounded and exaggerated. While the map attached to the affidavit of Dr. Peter J. Usher seems to indicate that the plaintiffs can lay claim to a large area, when counsel transposed Dr. Usher's data on a larger map, to scale, the area of land use and occupancy actually being claimed, consists of a small irregular piece of land in the extreme southwest corner of Nunavut. The only land to be owned by the Inuit within this area, is a 392.5 square mile tract of land around Ennadai Lake. The Indians are guaranteed access to this parcel by Article 40.X.4 of the Final Agreement. As counsel pointed out, the remaining land within the area claimed by the plaintiffs is held by the Crown who can deal with it as it sees fit in the event it enters into land negotiations with the plaintiffs.

Finally, it was submitted by the defendants that the Final Agreement provides complete protection for the plaintiffs. Article 40.1.1 provides that nothing in the Final Agreement is to be construed as affecting any subsisting treaty or other aboriginal rights which the plaintiffs may have in Nunavut. The argument was advanced that even if one were to put the plaintiffs' claim at its highest, they would not suffer any harm if the Final Agreement came into force. If they eventually established that they have rights to the lands in question, Article 2.15.5(b) of the Final Agreement states that these rights would have to be accommodated and the Crown would be required to indemnify the Inuit. The Agreement would be void only to the extent that it violated the plaintiffs' rights. The new government would not have to be disbanded, the plaintiffs are presently subject to a number of jurisdictions, namely Manitoba, Saskatchewan and the Northwest Territories as they use their traditional lands.

The defendants on the other hand, state that, if an injunction is granted, they would suffer irreparable harm. All the Inuit would suffer, not just those in the Keewatin district. The Final Agreement would remain without force or effect. All the economic, social and educational benefits that are to flow to the Inuit under the Agreement would be delayed as well

s'ensuivrait s'il était jugé plus tard qu'ils avaient toujours un titre ancestral. Bien que la carte annexée à l'affidavit du Dr Peter J. Usher semble indiquer que les demandeurs peuvent revendiquer un territoire important, lorsque l'avocat des défendeurs a transposé les données du Dr Usher sur une carte plus grande, à l'échelle, le territoire que les demandeurs allèguent effectivement exploiter et occuper consiste en une petite étendue de terre de forme irrégulière située dans l'extrême sud-ouest du Nunavut. La seule terre qui appartiendra aux Inuit dans ce territoire est une étendue de terre de 392,5 milles carrés autour du lac Ennadai. Les Indiens se voient garantir l'accès à cette parcelle par l'article 40.X.4 de l'Entente finale. Comme l'a signalé l'avocat des défendeurs, les autres terres comprises dans le territoire revendiqué par les demandeurs sont détenues par l'État qui peut en faire ce qu'il veut s'il devait entreprendre, avec les demandeurs, des négociations sur des questions territoriales.

Enfin, les défendeurs ont prétendu que l'Entente finale offrait une protection complète aux demandeurs. L'article 40.1.1 prévoit que l'Entente finale n'a pas pour effet de modifier les droits résiduels—ancestraux ou issus de traités—que les demandeurs pourraient avoir dans le Nunavut. Les défendeurs ont fait valoir que, même si la revendication des demandeurs était entièrement fondée, ces derniers ne subiraient aucun préjudice si l'Entente finale entrait en vigueur. Si les demandeurs établissaient éventuellement qu'ils avaient des droits sur les terres en cause, l'article 2.15.5(b) de l'Entente finale prévoit que ces droits devront être respectés et que l'État devra indemniser les Inuit. L'Entente serait nulle seulement dans la mesure où elle violerait les droits des demandeurs. Il ne serait pas nécessaire de dissoudre le nouveau gouvernement: en effet, à l'heure actuelle, les demandeurs relèvent de l'autorité de plusieurs circonscriptions, savoir le Manitoba, la Saskatchewan et les Territoires du Nord-Ouest, tout en exploitant leurs terres traditionnelles.

Par ailleurs, les défendeurs affirment que si une injonction était accordée, ils subiraient un préjudice irréparable. Tous les Inuit en subiraient les conséquences, et non seulement ceux du district du Keewatin. L'Entente finale demeurerait sans effet. Tous les avantages économiques, sociaux et scolaires dont les Inuit doivent bénéficier en vertu de l'Entente seraient

as the establishment of the new territorial government. Counsel for the TFN stated that the Inuit would suffer a substantial loss of income: \$54 million on signing, payment of \$13 million for training purposes and another \$4 million to create an Inuit Implementation Trust Fund. I was also told that, at present, there is a freeze on the granting of new interests in lands, such as mining claims, and that they doubt that this freeze will be maintained much longer with the result that many areas selected for Inuit ownership may become encumbered by new interests granted to third parties. Additionally, approximately \$3,560,000 has been spent on the ratification process to date and this sum would be "wasted".

Counsel on behalf of the Crown went on to add that there is a very real risk that if the Final Agreement were placed in abeyance for any substantial period of time, it may subsequently be impossible to revive it. Given its size and complexity and the number of competing interests with which it deals, any significant delay may result in the unravelling of the present consensus. If this occurs, it will defeat not only the Final Agreement, but the progress that has been made toward the division of the Northwest Territories and the restructuring of government in the North. Accordingly, it was submitted that the harm which both Canada and the Inuit would suffer, if an injunction were granted, would be far greater than any harm which the plaintiffs might sustain if the injunction is refused.

I agree. I am not convinced that the plaintiffs will suffer irreparable harm if I refuse to grant them the relief sought. It appears to me that the Final Agreement provides protection for whatever treaty and/or aboriginal rights the plaintiffs may be found to have, and in fact may give them legally recognized rights which they presently don't have.

I am not convinced that the defendants will suffer harm if I should grant an injunction by virtue of the fact that they won't receive the economic, social and educational benefits due them under the terms of the

retardés, tout comme l'établissement d'un nouveau gouvernement territorial. L'avocat de la FTN a affirmé que les Inuit subiraient un important manque à gagner: 54 \$ millions à la signature de l'Entente, la somme de 13 \$ millions destinée à la formation et la somme supplémentaire de 4 \$ millions pour la création, en faveur des Inuit, d'un fonds en fiducie de mise en œuvre. Les défendeurs m'ont également informé qu'à l'heure actuelle, aucun nouveau droit n'était accordé sur les terres, notamment les claims miniers; or, les défendeurs doutaient que ce «gel» soit maintenu longtemps encore, si bien que plusieurs territoires sur lesquels les Inuit auraient un droit de propriété en vertu de l'Entente pourraient être grevés par de nouveaux droits accordés à des tiers. De plus, environ 3 560 000 \$ ont été dépensés jusqu'à présent en vue de la ratification de l'Entente, et ce montant risque d'être «gaspillé».

L'avocat du ministère public a ajouté que l'Entente finale pourrait vraiment demeurer lettre morte si elle devait être suspendue le moins longtemps possible. Vu son importance et sa complexité, ainsi que le nombre d'intérêts concurrentiels sur lesquels elle porte, tout retard important pourrait entraîner la désintégration du consensus actuel. Ce résultat marquerait non seulement l'échec de l'Entente finale, mais également l'échec du progrès qui avait été réalisé jusqu'ici en vue de diviser les Territoires du Nord-Ouest et restructurer le gouvernement du Nord. Par conséquent, selon les défendeurs, le préjudice que subiraient à la fois le Canada et les Inuit, si une injonction était accordée, serait beaucoup plus important que le préjudice que pourrait éventuellement subir les demandeurs si l'injonction était refusée.

Je suis d'accord. Je ne suis pas convaincu que les demandeurs subiraient un préjudice irréparable si je refusais de leur accorder la réparation demandée. Il me semble que l'Entente finale protège les droits—ancestraux ou issus de traités—que les demandeurs pourraient se voir reconnaître et qu'en fait, elle leur accorde peut-être des droits juridiques qu'ils n'ont pas actuellement.

Je ne suis pas convaincu que, si j'accordais une injonction, les défendeurs subiraient un préjudice, du fait qu'ils ne recevraient pas les avantages économiques, sociaux et scolaires qui leur sont dûs aux

Agreement. Delay and inconvenience do not constitute irreparable harm. What does concern me is the risk of consensus unravelling should I grant the injunction. This Agreement is the product of many years of negotiation. It involves a number of complex issues. As well, the future division of the Northwest Territories is contingent upon the implementation of this Agreement, and this is a matter of concern to all Canadians. On the facts before me, this is a risk I am not prepared to take.

Having due regard to the risk of harm to the plaintiffs should I not grant an injunction and the risk of harm to the defendants should I grant the relief being sought, the balance of convenience clearly favours the defendants.

Even if I were to have found that the plaintiffs' interests might be severely prejudiced, this is, in my opinion, a case where regard could be had to the public interest in accordance with the Supreme Court's decision in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110. What the plaintiffs are seeking in this action is a declaration of their rights as they perceive them to be and a declaration that the TFN Agreement is invalid in so far as it infringes these rights. What the plaintiffs are in effect asking this Court to do in this application, is to set aside the entire TFN Agreement and along with it the future division of the Northwest Territories. Public interest in the future development of the North would certainly tip the balance of convenience in the defendants' favour. Accordingly, this application is dismissed.

In closing, I would encourage the defendants to include members of the Fond du Lac Band in the Article 40 provisions of the Final Agreement. Although the plaintiffs have not established significant use by members of this Band of the lands in question, I am told that membership in the Fond du Lac and Black Lake bands is interchangeable, the two bands having at one time existed as one. I can see no useful purpose being served by denying members of

termes de l'Entente. Les retards et les inconvénients ne constituent pas un préjudice irréparable. Par ailleurs, je crains que le consensus ne risque de se désintégrer si j'accorde l'injonction. Cette Entente est le fruit de plusieurs années de négociations. Elle intéresse plusieurs questions complexes. En outre, la manière dont seront divisés les Territoires du Nord-Ouest dépend de la mise en œuvre de l'Entente et cette question intéresse tous les Canadiens. Vu les faits dont j'ai connaissance, c'est un risque que je ne suis pas disposé à prendre.

Compte tenu, comme il convient, du préjudice que risquent de subir les demandeurs si je n'accorde pas l'injonction et du risque du préjudice que risquent de subir les défendeurs si je devais l'accorder, la prépondérance des inconvénients favorise clairement les défendeurs.

Même si j'avais conclu que les demandeurs risquaient de subir un préjudice grave, il s'agit ici d'un cas, à mon avis, où il y a lieu de tenir compte de l'intérêt public conformément à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110. Dans la présente action, les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire portant confirmation de leurs droits tels qu'ils les perçoivent et un jugement déclaratoire portant que l'Entente intervenue avec la FTN est invalide dans la mesure où elle enfreint ces droits. Dans la présente requête, les demandeurs se trouvent en fait à demander à cette Cour d'annuler entièrement l'entente intervenue avec la FTN ainsi que la manière dont seront divisés les Territoires du Nord-Ouest. L'intérêt public pour la mise en valeur future du Nord tendrait certainement à faire jouer la prépondérance des inconvénients en faveur des défendeurs. Par conséquent, la présente requête est rejetée.

Pour terminer, j'encourage les défendeurs à faire en sorte que les membres de la bande Fond du Lac soient visés par les dispositions de l'article 40 de l'Entente finale. Bien que les demandeurs n'aient pas établi que les membres de cette bande ont exploité les terres en cause de façon significative, on m'informe que les membres de la bande Fond du Lac appartiennent à la bande Black Lake et vice versa, puisque les deux bandes n'en formaient qu'une seule à une cer-

one of these bands the rights being accorded to the other.

taine époque. Je ne vois pas en quoi il serait utile de priver les membres de l'une de ces bandes des droits accordés aux membres de l'autre.

Costs in the cause.

a Les dépens suivront l'issue du litige.

T-1173-92

T-1173-92

Mary Peplinski (*Applicant*)Mary Peplinski (*requérante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)^a Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: PEPLINSKI v. CANADA (T.D.)

RÉPERTOIRÉ: PEPLINSKI c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Noël J.—Ottawa, October 14 and 28, 1992.

^b Section de première instance, juge Noël—Ottawa, 14 et 28 octobre 1992.

Health and welfare — Pensions — Application for mandamus requiring Review Tribunal to hear appeal under Canada Pension Plan, s. 82(1) — Pension denied — Minister subsequently reviewing allegedly new facts filed in support of s. 84(2) application to amend decision, but decision not changed — S. 82(1) appeal from refusal to amend decision denied on ground no right to appeal because no new decision made — Once Minister deciding new facts warranting review of original decision, fresh decision results as based on different facts than original decision and appeal lies.

Santé et bien-être social — Pensions — Demande de bref de mandamus enjoignant au tribunal de révision d'entendre un appel conformément à l'art. 82(1) du Régime de pensions du Canada — Pension refusée — Le ministre étudie par la suite les nouveaux faits allégués déposés à l'appui de la demande fondée sur l'art. 84(2) visant la modification de la décision, mais la décision reste inchangée — L'appel fondé sur l'art. 82(1) interjeté contre le refus de modifier une décision est rejeté au motif qu'il n'existe pas de droit d'appel parce qu'aucune autre décision n'a été rendue — Lorsque le ministre décide que des faits nouveaux justifient l'examen de la décision originale, la nouvelle décision procède des faits différents de ceux qui ont étayé la décision originale et il y a ouverture à appel.

This was an application for *mandamus* directing the Office of the Commissioner of Canada Pension Plan Review Tribunals to hear the applicant's appeal under the *Canada Pension Plan*, subsection 82(1). The applicant's request for a disability pension under the Plan had been denied in 1987. Subsection 84(2) of the Plan allows the Minister to rescind or amend his decision on the basis of new facts at any time. In July 1991 the applicant applied under subsection 84(2) to have the decision amended or rescinded based on allegedly new facts. After reviewing the information provided, the Minister replied that the decision remained unchanged. Under subsection 82(1) a decision under subsection 84(2) may be appealed within ninety days of notification of the Minister's decision. Applicant appealed but was advised that she had no right to appeal because no new decision had been made as a result of the consideration under subsection 84(2). The issue was whether the Minister's refusal to amend or rescind his original decision could be appealed under subsection 82(1). The respondent argued that no appealable decision is made unless the Minister amends or rescinds his decision.

^e Il s'agit d'une demande de bref de *mandamus* ordonnant au Bureau du commissaire des tribunaux de révision du Régime de pensions du Canada d'entendre l'appel de la requérante conformément au paragraphe 82(1) du *Régime de pensions du Canada*. La requérante s'est vu refuser en 1987 une pension d'invalidité prévue par le *Régime de pensions du Canada*. Le paragraphe 84(2) du Régime permet en tout temps au ministre d'annuler ou de modifier sa décision sur la base de faits nouveaux. En juillet 1991, la requérante avait demandé, en vertu du paragraphe 84(2), l'annulation ou la modification de la décision sur la base de prétendus faits nouveaux. Après examen des renseignements fournis, le ministre a répondu que la décision demeurerait inchangée. En vertu du paragraphe 82(1), la décision rendue en application du paragraphe 84(2) peut être contestée dans les quatre-vingt-dix jours de la date où la décision du ministre est communiquée. La requérante a interjeté appel mais on lui a dit qu'elle n'avait pas de droit d'appel parce que l'examen de sa demande en vertu du paragraphe 84(2) n'avait donné lieu à aucune nouvelle décision. La question était de savoir si le refus du ministre de modifier ou d'annuler sa décision originale pouvait faire l'objet d'un appel en vertu du paragraphe 82(1). L'intimée a soutenu qu'il n'y a aucune décision susceptible d'appel à moins que le ministre modifie ou annule sa décision.

Held, the application should be allowed.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

The right of appeal under subsection 82(1) can only be exercised if the Minister decides to reconsider his original decision in light of new facts. If the Minister, in the exercise of his discretion under subsection 84(2), decides that there are no new facts which would warrant a reconsideration of the original

^j Le droit d'appel en vertu du paragraphe 82(1) ne peut être exercé que si le ministre décide de reconsidérer sa décision initiale à la lumière de faits nouveaux. Si le ministre, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît le paragraphe 84(2), conclut qu'il n'y a pas de faits nouveaux qui justifient la

decision, no fresh decision has been rendered and no right of appeal lies under subsection 82(1). Where, as here, the Minister decides that the new facts do warrant a reconsideration, a fresh decision will result as it will be based on facts different from those considered when the original decision was rendered, and a right of appeal will lie whether the original decision is allowed to stand or not.

reconsidération de sa décision initiale, aucune nouvelle décision n'a été rendue et le droit d'appel prévu au paragraphe 82(1) n'existe pas. Si le ministre, comme c'est le cas en l'espèce, décide que des faits nouveaux justifient la reconsidération de sa décision initiale, il en résulte une nouvelle décision car elle sera fondée sur des faits différents de ceux sur lesquels se fondait la décision initiale, et il y aura droit d'appel, que la décision initiale soit confirmée ou non.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 60(7), 81 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), 82(1) (as am. *idem*), 84(2) (as am. *idem*).
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 57 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 20; 1976-77, c. 54, s. 48).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Fortin v. Employment and Immigration Commission (Can.) (1988), 21 F.T.R. 280 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Calder v. Minister of Employment and Immigration, [1980] 1 F.C. 842; (1979), 107 D.L.R. (3d) 738; 80 CLLC 14,009; 31 N.R. 56 (C.A.).

APPLICATION for *mandamus* directing the Office of the Commissioner of the Canada Pension Plan Review Tribunals to hear an appeal under *Canada Pension Plan*, subsection 82(1). Application allowed.

COUNSEL:

Catherine E. Tully for applicant.
Robert P. Hynes for respondent.

SOLICITORS:

Renfrew County Legal Clinic, Renfrew, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

NOËL J.: Applicant seeks an order in the nature of *mandamus* directing the Office of the Commissioner of Canada Pension Plan Review Tribunals (herein the "Review Tribunal") to hear her appeal under the

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 57 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 20; 1976-77, ch. 54, art. 48).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 60(7), 81 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), 82(1) (mod., *idem*), 84(2) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Fortin c. Commission de l'emploi et de l'immigration (Can.) (1988), 21 F.T.R. 280 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Calder c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1980] 1 C.F. 842; (1979), 107 D.L.R. (3d) 738; 80 CLLC 14,009; 31 N.R. 56 (C.A.).

DEMANDE d'un bref de *mandamus* enjoignant au Bureau du commissaire des tribunaux de révision du Régime de pensions du Canada d'entendre un appel conformément au paragraphe 82(1) du *Régime de pensions du Canada*. Demande accueillie.

AVOCATS:

Catherine E. Tully pour la requérante.
Robert P. Hynes pour l'intimée.

PROCUREURS:

Renfrew County Legal Clinic, Renfrew (Ontario), pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE NOËL: La requérante demande un bref de *mandamus* ordonnant au Bureau du commissaire des tribunaux de révision du Régime de pensions du Canada (ci-après désigné le «tribunal de révision»)

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8 (hereinafter "the Act").

The relevant facts are as follows. By a decision rendered on September 14, 1987, the applicant's request for a disability pension under the *Canada Pension Plan* was denied under subsection 60(7) of the Act. An attempt to appeal that decision was made in February 1991, four years later, but was turned down on the ground that the appeal was not taken within the twelve-month limitation period provided for by subsection 81(1) of the Act.

On July 17, 1991, applicant attempted to have the decision of September 14, 1987 amended or rescinded as a result of the submission of new facts, as contemplated by subsection 84(2) of the Act. By letter dated October 29, 1991, the Minister of National Health and Welfare (herein "the Minister") advised the applicant that "after reviewing this information our disability adjudication staff has determined that the previous decision remains unchanged." Applicant then made an application under section 81 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45] of the Act to have the matter reconsidered by the Minister. By letter dated January 15, 1992, signed by Mr. Gascon, an appeals officer with the Appeals and Controls Programs, applicant was advised as follows:

I should first explain that under Section 84(2) of the Canada Pension Plan, a decision made under this Act may be amended only on the basis of new facts; that is, new information that was not available at the time the decision was made.

A review under Section 84(2), however, is not an issue that can be appealed further, since any decision made under the Plan may be changed provided new facts are presented. In view of the circumstances, you will understand why your notice of appeal under Section 81 of the legislation cannot be considered with respect to your request for a review under Section 84(2).

The medical advisers in the Disability Operations Division have reviewed all the information on Mrs. Peplinsky's file and have concluded that no new facts were made available to warrant the re-opening of Mrs. Peplinski's case. The evidence available now, and at the time of her application in April, 1987, still does not indicate that Mrs. Peplinski was disabled within the meaning of the legislation at the time of the initial decision in September, 1987. Therefore, since the 1987 decision cannot be re-opened on the basis of the evidence availa-

d'entendre son appel conformément au *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (ci-après désigné la «Loi»).

Voici les faits de l'espèce. Le 14 septembre 1987, la requérante se voit refuser, en application du paragraphe 60(7) de la Loi, une demande de pension d'invalidité prévue par le *Régime de pensions du Canada*. En février 1991, soit quatre ans plus tard, elle tente de faire appel de cette décision, mais elle essuie un refus au motif qu'elle n'a pas fait appel dans le délai de douze mois prévu au paragraphe 81(1) de la Loi.

Le 17 juillet 1991, la requérante tente de faire modifier ou annuler la décision du 14 septembre 1987 à la lumière de faits nouveaux, comme le prévoit le paragraphe 84(2) de la Loi. Par lettre datée du 29 octobre 1991, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (ci-après désigné le «ministre») l'informe que [TRADUCTION] «après examen de ces renseignements, le service compétent a décidé de maintenir la décision antérieure». Elle fait alors une demande fondée sur l'article 81 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45] de la Loi pour faire réexaminer son cas par le ministre. Par lettre datée du 15 janvier 1992, M. Gascon, agent des appels des Programmes des appels et des contrôles, l'informe de ce qui suit:

[TRADUCTION] Je dois d'abord expliquer qu'aux termes du paragraphe 84(2) du Régime de pensions du Canada, une décision faite en application de cette loi ne peut être modifiée que sur la base de faits nouveaux, c'est-à-dire de nouveaux renseignements qui n'étaient pas disponibles au moment où la décision a été rendue.

Un réexamen fait en application du paragraphe 84(2) n'est cependant pas susceptible d'autres appels, car n'importe quelle décision rendue en application du Régime peut être modifiée sur la présentation de nouveaux faits. Compte tenu des circonstances, vous comprendrez que la demande de réexamen en application du paragraphe 84(2) que vous avez faite dans votre avis d'appel fondé sur l'article 81 de la Loi est irrecevable.

Les conseillers médicaux de la Division de l'administration de l'invalidité ont examiné tous les renseignements concernant le dossier de M^{me} Peplinski et ont conclu qu'aucun fait nouveau n'a été présenté qui justifiait la réouverture du cas de M^{me} Peplinski. La preuve disponible aujourd'hui comme au moment de sa demande d'avril 1987 n'indique toujours pas que M^{me} Peplinski était invalide au sens de la Loi au moment de la décision initiale de septembre 1987. Par conséquent, comme la décision de 1987 ne peut être rouverte sur la base de

ble, and the prescribed period of time to appeal the 1987 decision to the Minister has expired, I regret to advise that no further consideration can be given to Mrs. Peplinski's eligibility for disability benefits under the Canada Pension Plan.

Faced with this, applicant, on January 29, 1992, appealed under subsection 82(1) [as am. *idem*] of the Act the Minister's refusal to amend or rescind the original decision to the Review Tribunal. By letter dated 25 March 1992, the same appeals officer advised applicant that she had no right to appeal to the Review Tribunal because:

Please note that the decision which is to be rescinded or amended is the decision that was made in September, 1987, as no other decisions were made with respect to the 1987 application. Our medical advisers reviewed the documentation you submitted; however, it was considered that no new facts were presented to warrant the re-opening of Mrs. Peplinski's case; consequently, the September, 1987, decision could not be changed.

If, as a result of the consideration under Section 84(2), the 1987 decision had been amended, and if, upon being notified of the new decision, you had been dissatisfied with that new decision, then the new decision made pursuant to Section 84(2), could have been appealed under Section 82(1). This, however, is not the case in this instance. Since no new decision could be made, there is nothing to appeal.

On April 9, 1992, applicant wrote the Office of the Commissioner of Review Tribunals directly, requesting that her appeal be heard by the Review Tribunal. This request was denied by letter dated April 22, 1992. Applicant now moves before this Court for an order in the nature of *mandamus*, directing the Review Tribunal to hear her appeal.

Counsel for the respondent, who I understand also spoke for the Review Tribunal, argued his case on the basis that the new appeal provisions under subsection 82(1), which came into force on December 31, 1991, are applicable to the case at hand. This, I believe, is the correct view as the appeal was launched on January 29, 1992, that is after the coming into force of the amendment.

Prior to December 31, 1991, no statutory appeal lay from a ministerial decision under subsection 84(2) [as am. *idem*]. Subsection 82(1) now provides:

82. (1) An applicant or beneficiary or his spouse, former spouse or estate who is dissatisfied with a decision of the Min-

la preuve disponible et que le délai prescrit pour appeler de la décision de 1987 du ministre a expiré, j'ai le regret de vous informer que l'admissibilité de M^{me} Peplinski aux prestations d'invalidité prévues par le Régime de pensions du Canada ne sera pas réexaminée.

Devant la situation, la requérante, se fondant sur le paragraphe 82(1) [mod., *idem*] de la Loi, fait appel le 29 janvier 1992 au tribunal de révision de la décision du ministre de refuser de modifier ou d'annuler la décision initiale. Par lettre datée du 25 mars 1992, le même agent des appels l'informe qu'elle n'a pas le droit d'en appeler au tribunal de révision pour la raison suivante:

[TRADUCTION] Veuillez prendre note que la décision à annuler ou à modifier est celle de septembre 1987, puisque la demande présentée en 1987 n'a fait l'objet d'aucune autre décision. Nos conseillers médicaux ont examiné les documents que vous avez présentés; cependant, ils ont jugé qu'aucun fait nouveau n'a été présenté qui justifiait la réouverture du cas de M^{me} Peplinski; en conséquence, la décision de septembre 1987 ne peut pas être changée.

Si la décision de 1987 avait été modifiée après un réexamen visé au paragraphe 84(2) et si vous n'aviez pas été satisfaite de la nouvelle décision qui vous aurait été communiquée, vous auriez pu, en vertu du paragraphe 82(1), appeler de cette nouvelle décision rendue en application du paragraphe 84(2). Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce. Comme aucune nouvelle décision n'a pu être faite, il n'y a rien à en appeler.

Le 9 avril 1992, la requérante écrit directement au Bureau du commissaire des tribunaux de révision pour demander qu'un tribunal de révision entende son appel. Sa demande est refusée par lettre datée du 22 avril 1992. La requérante saisit cette Cour d'une requête visant à obtenir un bref de *mandamus* ordonnant au tribunal de révision d'entendre son appel.

L'avocat de l'intimée, qui, si je ne me trompe, représente aussi le tribunal de révision, soutient que la nouvelle disposition en matière d'appel, soit le paragraphe 82(1), qui est en vigueur depuis le 31 décembre 1991, s'applique à l'espèce. Je pense que c'est exact puisque l'appel a été interjeté le 29 janvier 1992, soit après l'entrée en vigueur de la modification.

Avant le 31 décembre 1991, la Loi ne prévoyait pas le droit d'appel d'une décision rendue par le ministre en application du paragraphe 84(2) [mod., *idem*]. Voici le texte actuel du paragraphe 82(1):

82. (1) Un requérant ou bénéficiaire, son conjoint, son ancien conjoint, ses ayants droit ou, sous réserve des règle-

ister under section 81 or subsection 84(2) or, subject to the regulations, any person on his behalf, may appeal from the Minister's decision to a Review Tribunal within ninety days after the day on which he is notified in prescribed manner of the Minister's decision, or within such longer period as the Minister may allow.

Subsection 84(2) provides:

84. . . .

(2) The Minister, a Review Tribunal or the Pension Appeals Board may, notwithstanding subsection (1), on new facts, rescind or amend a decision under this Act given by him, the Tribunal or the Board, as the case may be.

The sole issue for determination is whether the Minister's refusal to amend or rescind his original decision on the basis of alleged new facts as contemplated by subsection 84(2), is a decision which can be appealed under subsection 82(1).

Counsel for respondent argued that unless the Minister actually amends or rescinds the original decision on the basis of the new facts, no appealable decision is made and the original decision simply continues to have effect as rendered. Counsel for the applicant argued that a refusal by the Minister to rescind or amend his original decision in the light of the new facts is a decision under subsection 84(2), with the result that an appeal lies under subsection 82(1).

The statutory scheme provides for an appeal as of right from the Minister's original determination that no benefit is payable. That determination becomes final and conclusive unless the right of appeal is exercised within twelve months after the month in which applicant receives notification thereof. Beyond that period, subsection 84(2) allows the Minister, on his own volition, to rescind or amend his original decision at any time on the basis of new facts, and subsection 82(1) now provides the applicant with an appeal from such a decision which must be exercised within ninety days of the notification of the Minister's decision.

In my view, the right of appeal from a decision of the Minister under subsection 84(2) on new facts is not a substitute or an alternative to the right of appeal from the Minister's original decision. The purpose of

ments, quiconque de leur part, peuvent, dans les cas où ils ne sont pas satisfaits d'une décision du ministre rendue en application de l'article 81 ou du paragraphe 84(2), interjeter auprès d'un tribunal de révision un appel de la décision du ministre soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant le jour où ils sont, de la manière prescrite, avisés de cette décision, soit dans tel délai plus long qu'autorise le ministre.

Voici le texte du paragraphe 84(2):

84. . . .

(2) Indépendamment du paragraphe (1), le ministre, un tribunal de révision ou la Commission d'appel des pensions peut, en se fondant sur des faits nouveaux, annuler ou modifier une décision qu'il a lui-même rendue ou qu'elle a elle-même rendue conformément à la présente loi.

L'unique question que la Cour doit trancher en l'espèce est celle de savoir si le refus du ministre de modifier ou d'annuler la décision initiale sur la base de prétendus faits nouveaux, comme le prévoit le paragraphe 84(2), est une décision susceptible d'appel en application du paragraphe 82(1).

L'avocat de l'intimée soutient qu'à moins qu'il ne modifie ou annule effectivement la décision initiale, le ministre ne rend aucune décision susceptible d'appel et la décision initiale continue d'être en vigueur. L'avocate de la requérante soutient que le refus du ministre de modifier ou d'annuler sa décision initiale à la lumière des faits nouveaux est une décision visée au paragraphe 84(2) et que, par conséquent, cette dernière décision est susceptible d'appel en vertu du paragraphe 82(1).

La Loi prévoit un droit d'appel de la décision initiale du ministre selon laquelle aucune prestation n'est payable. Cette décision devient définitive à moins que le droit d'appel n'ait été exercé dans les douze mois qui suivent le mois où elle est communiquée au requérant. Après l'expiration de ce délai, le paragraphe 84(2) autorise le ministre à annuler ou à modifier, de son propre gré et à n'importe quel moment, sa décision initiale en se fondant sur des faits nouveaux, et le paragraphe 82(1) donne maintenant au requérant le droit d'en appeler d'une telle décision dans les quatre-vingt-dix jours de la date où la décision du ministre lui est communiquée.

À mon avis, le droit accordé par le paragraphe 84(2) d'en appeler de la décision rendue par le ministre à la lumière des faits nouveaux ne remplace pas celui d'en appeler de sa décision initiale. Le para-

subsection 84(2) is to empower the Minister to reconsider his original decision on the basis of new facts, and subsection 82(1) now provides for a right of appeal against a decision rendered by the Minister on the basis of new facts. It follows that this right of appeal can only be exercised if the Minister decides to reconsider his original decision in light of new facts. If the Minister, in the exercise of his discretion under subsection 84(2), concludes that there are no new facts which would warrant a reconsideration of the original decision, no fresh decision can be said to have been rendered and no right of appeal lies under subsection 82(1). However, if the Minister decides that the new facts warrant a reconsideration of his original decision, a fresh decision will result under subsection 84(2) as it will be based on facts different from those under consideration when the original decision was rendered, and a right of appeal lies under subsection 82(1). This is the result whether or not the original decision is amended, rescinded or is allowed to stand as originally rendered. A decision based on new facts is a fresh decision irrespective of whether the original decision is allowed to stand or not.

Counsel for the respondent brought to my attention the decision of *Fortin v. Employment and Immigration Commission (Can.)* (1988), 21 F.T.R. 280 (F.C.T.D.), where, dealing with a similar statutory scheme under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 57 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 20; 1976-77, c. 54, s. 48)], my brother Denault J. held that no appeal could be had from a reconsideration of an original decision unless the original decision was actually modified. The relevant provisions were as follows:

57. (1) Notwithstanding section 102 but subject to subsection (6), the Commission may at any time within thirty-six months after benefit has been paid or would have been payable reconsider any claim made in respect thereof and if the Commission decides that a person has received money by way of benefit thereunder for which he was not qualified or to which he was not entitled or has not received money for which he was qualified and to which he was entitled, the Commission shall calculate the amount that was so received or payable, as the case may be, and notify the claimant of its decision.

(2) Any decision made by the Commission pursuant to subsection (1) is subject to appeal under section 94.

graphie 84(2) vise à autoriser le ministre à reconsidérer sa décision initiale à la lumière des faits nouveaux, tandis que le paragraphe 82(1) actuel donne le droit d'en appeler d'une décision rendue par le ministre à la lumière des faits nouveaux. Il s'ensuit que ce droit d'appel ne peut être exercé que si le ministre décide de reconsidérer sa décision initiale à la lumière des faits nouveaux. Si le ministre, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît le paragraphe 84(2), conclut qu'il n'y a pas de faits nouveaux qui justifient la reconsidération de sa décision initiale, on peut dire qu'il n'a pas rendu de nouvelle décision et que le droit d'appel prévu au paragraphe 82(1) n'existe pas. Cependant, si le ministre décide que des faits nouveaux justifient la reconsidération de sa décision initiale, il en résulte une décision visée au paragraphe 84(2) car elle sera fondée sur des faits qui sont différents de ceux sur lesquels se fondait la décision initiale, et un droit d'appel existe en vertu du paragraphe 82(1). Ce résultat est indépendant du fait que la décision initiale est modifiée, amendée ou confirmée. Une décision fondée sur des faits nouveaux est une nouvelle décision, que la décision initiale soit confirmée ou non.

L'avocat de l'intimée m'a signalé l'arrêt *Fortin c. Commission de l'emploi et de l'immigration (Can.)* (1988), 21 F.T.R. 280 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel le juge Denault, ayant à interpréter des dispositions semblables de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 57 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 20; 1976-77, ch. 54, art. 48)], a statué que la reconsidération d'une décision initiale n'était pas susceptible d'appel à moins qu'elle ne l'ait effectivement modifiée. Voici les dispositions en question:

57. (1) Nonobstant l'article 102 mais sous réserve du paragraphe (6), la Commission peut, à tout moment, dans les trente-six mois qui suivent le moment où des prestations ont été payées ou sont devenues payables, examiner de nouveau toute demande au sujet de ces prestations et, si elle décide qu'une personne a reçu une somme au titre de prestations pour lesquelles elle ne remplissait les conditions requises ou au bénéfice desquelles elles n'était pas admissible ou n'a pas reçu la somme d'argent pour laquelle elle remplissait les conditions requises et au bénéfice de laquelle elle était admissible, la Commission doit calculer la somme payée ou payable, selon le cas, et modifier sa décision au prestataire.

(2) Toute décision rendue par la Commission en vertu du paragraphe (1) peut être portée en appel en application de l'article 94.

In coming to his conclusion, Denault J. relied on an earlier decision rendered by Marceau J. (as he then was) dealing with the same issue. He stated, at page 284:

In short, as Marceau J. said in his refusal to allow the first application for a writ of *mandamus*, "the right of appeal referred to in subs. 2 of the said section applies only to a genuine review decision, in other words one that alters an original decision. . . ."

I believe that the statutory scheme then under consideration is somewhat different than the one before me. As the Court of Appeal had stated earlier in *Calder v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 842, at page 853:

The authority conferred by section 57 is not confined to the reconsideration of decisions, as such, but is an authority to reconsider "any claim" in respect of which benefit has been paid or should have been paid.

Furthermore, and more importantly, the power of the Commission to reconsider prior claims is not contingent upon the existence of new facts. The Commission has unlimited authority under section 57 to revisit prior claims. Changes in policy, a departure in the interpretation of benefit provisions, an administrative error, or a reconsideration of the facts underlying the original claim are all valid grounds for review. In fact, nothing as such prevents the Commission from revisiting a prior claim where nothing has changed, in the expectation that the discretion underlying the original decision may perhaps be exercised differently. In these circumstances, it cannot be said with certainty that, as Marceau J. put it, a "genuine review decision" is rendered unless the original decision is actually altered.

Here, however, the review power requires, in the first instance, that the Minister decide whether he has before him new facts, i.e., facts which, looked upon independently, are susceptible to alter the original decision. Once he decides that he does and undertakes a review of the original decision, the review process is the same whether it leads to a decision to rescind, amend or to allow the original decision to stand. That being so, the ensuing decision is equally

En concluant ainsi, le juge Denault s'est fondé sur un arrêt antérieur rendu par le juge Marceau (maintenant juge d'appel) sur la même question. Voici ce qu'il a dit à la page 284:

^a Bref, comme le disait le juge Marceau lors de son refus d'accorder la première demande d'émission d'un bref de *mandamus*, «le droit d'appel dont il est question au paragraphe 2 dudit article ne vise qu'une véritable décision de révision, soit celle modifiant une décision originaire. . . .»

^b Je pense que les dispositions examinées dans l'affaire citée diffèrent quelque peu de celles en l'espèce. Comme la Cour d'appel l'a auparavant déclaré dans *Calder c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 842, à la page 853:

^c En effet, le pouvoir conféré par l'article 57 n'est pas limité au réexamen de décisions en tant que telles car il habilite à examiner de nouveau «toute demande» au sujet de laquelle des prestations ont été versées ou auraient dû l'être.

^d D'autre part, et plus important encore, le pouvoir de la Commission de reconsidérer des demandes antérieures n'est pas assujéti à l'existence de faits nouveaux. La Commission a le pouvoir illimité en vertu de l'article 57 d'examiner à nouveau des demandes antérieures. Les changements dans la politique, un écart dans l'interprétation des dispositions concernant les prestations, une erreur administrative ou un réexamen des faits sur lesquels était fondée la demande initiale sont tous des motifs valables de révision. En fait, rien n'empêche réellement la Commission d'examiner à nouveau une demande antérieure alors que rien n'a changé, dans l'espoir que le pouvoir discrétionnaire qui a joué dans la décision initiale sera peut-être exercé différemment. Dans ces circonstances, on ne peut dire avec certitude que, pour reprendre les propres termes du juge Marceau, «une véritable décision de révision» a été rendue à moins que la décision initiale n'ait été effectivement modifiée.

^e Cependant, en l'espèce, le pouvoir de révision exige tout d'abord que le ministre décide s'il se trouve en présence de faits nouveaux, c'est-à-dire de faits qui, vus d'une manière indépendante, sont susceptibles de changer la décision initiale. S'il décide par l'affirmative et procède à un nouvel examen de la décision initiale, le processus de révision est le même qu'il aboutisse à une décision d'annuler, de modifier ou de confirmer la décision initiale. Cela dit, la déci-

genuine as a review decision, whether or not it alters the original decision.

Going back to the case at hand, the full text of the Minister's notification of October 29, 1991, is reproduced below.

Thank you for submitting information in support of Mrs. Mary Peplinski's eligibility for Canada Pension Plan Disability benefits.

After reviewing this information our disability adjudication staff has determined that the previous decision remains unchanged.

This notification, while ambiguous, does suggest that the original decision was reconsidered in light of the new facts submitted, but that after reconsidering the original decision, it was decided that it should remain unchanged. The letter of January 15, 1992, from Mr. Gascon, the appeals officer, is clearer. It states:

The medical advisers in the Disability Operations Division have reviewed all the information on Mrs. Peplinski's file and have concluded that no new facts were made available to warrant the reopening of Mrs. Peplinski's case. The evidence available now, and at the time of her application in April 1987, still does not indicate that Mrs. Peplinski was disabled . . .

The foregoing indicates that the Minister did indeed decide to reconsider his original decision in light of the newly submitted information and that the conclusion reached was that the original decision should nevertheless remain unchanged. When the appeals officer writes in the above passage that "no new facts were made available to warrant the reopening of Mrs. Peplinski's case", he obviously means that the new facts submitted did not, in the end analysis, warrant changing the original decision. It is clear from the above-noted passage that the Minister undertook a review of "all the information on Mrs. Peplinski's file" and reconsidered his original decision on the basis of both "[t]he evidence available now, and at the time of her application in April of 1987." Counsel for the respondent recognizes so much in paragraph 3 of his notes of argument when he states, by reference to a memorandum explaining the basis for the ministerial decision rendered under subsection 84(2):

sion qui en résulte est tout aussi véritable qu'une décision de révision, qu'elle modifie ou non la décision initiale.

De retour à l'affaire dont je suis saisi, je reproduis ci-dessous le texte intégral de la lettre du ministre en date du 29 octobre 1991:

[TRADUCTION] Je vous remercie d'avoir présenté les renseignements justifiant l'admissibilité de M^{me} Mary Peplinski aux prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada.

Après examen de ces renseignements, le service compétent a décidé de maintenir la décision antérieure.

Cette lettre, quoique ambiguë, laisse cependant entendre que la décision initiale a été reconsidérée à la lumière des faits nouveaux qui étaient présentés, mais qu'après ce réexamen, il a été décidé de la maintenir. La lettre du 15 janvier 1992 de M. Gascon, agent des appels, est plus explicite. Elle dit:

[TRADUCTION] Les conseillers médicaux de la Division de l'administration de l'invalidité ont examiné tous les renseignements concernant le dossier de M^{me} Peplinski et ont conclu qu'aucun fait nouveau n'a été présenté qui justifiait la réouverture du cas de M^{me} Peplinski. La preuve disponible aujourd'hui comme au moment de sa demande d'avril 1987 n'indique toujours pas que M^{me} Peplinski était invalide . . .

Le passage ci-dessus montre que le ministre a effectivement décidé de reconsidérer sa décision initiale à la lumière des renseignements nouveaux qui ont été présentés et que sa conclusion était néanmoins de la confirmer. Quand il y écrit que [TRADUCTION] «aucun fait nouveau n'a été présenté qui justifiait la réouverture du cas de M^{me} Peplinski», l'agent des appels voulait dire manifestement que les faits nouveaux qui étaient présentés ne justifiaient pas, en dernière analyse, une modification de la décision initiale. De toute évidence, il ressort du passage précité que le ministre a examiné [TRADUCTION] «tous les renseignements concernant le dossier de M^{me} Peplinski» et a reconsidéré sa décision initiale en se fondant sur [TRADUCTION] «la preuve disponible aujourd'hui comme au moment de sa demande d'avril 1987». L'avocat de l'intimé l'a pour ainsi dire reconnu dans le paragraphe 3 de sa plaidoirie où il disait, à propos de la note de service expliquant les motifs de la décision rendue par le ministre en application du paragraphe 84(2):

The basis for this disposition of her application was stated by Mr. J. Lawford (in his memorandum dated 22 June 1992) to be: 'In Ms. Peplinski's case, our medical advisers concluded that the new facts provided did not warrant the 1987 decision to be cancelled or modified; therefore, as the discretion allowed in section 84(2) could not be applied in this case, no further action can be taken'. It is clear from this that the medical report was considered to have supplied "new facts" and it was on this basis that the Minister, i.e., the Department, exercised the jurisdiction conferred by s. 84(2).

I am therefore satisfied that the Minister did, in the first instance, decide that he had before him new facts which warranted a review of his original decision, and then proceeded to review his original decision in light of the new facts submitted by the applicant. Having done so, his decision to maintain his original decision under subsection 84(2) is a fresh decision for which an appeal lies under subsection 82(1).

I should point out in closing that the distinction now being drawn was not relevant prior to December 31, 1991, because no statutory appeal existed with respect to decisions based on new facts under subsection 84(2). The Minister had a discretion under subsection 84(2) to decide whether or not to reconsider his original decision and, if he chose to do so, no appeal lay from the ensuing decision whether it was to rescind, amend or allow the original decision to stand. There was therefore no need to distinguish between those cases where the Minister chose to exercise his discretion to review his original decision in light of new facts, and those where he concluded that the new facts were not such as to require that a review of the original decision be undertaken. Now that a statutory appeal has been created, that distinction becomes essential as an appeal lies whenever the Minister chooses to exercise his discretion to reconsider his original decision based on new facts.

For the above reasons, a writ of *mandamus* directing the Office of the Commissioner of Canada Pension Plan Review Tribunals to have a Review Tribunal hear the appeal of the applicant under subsection 82(1) will be issued, with costs against the respondent.

[TRADUCTION] Les motifs du rejet de sa demande sont ainsi exposés par M. J. Lawford (dans sa note de service datée du 22 juin 1992): «Dans le cas de M^{me} Peplinski, nos conseillers médicaux ont conclu que les faits nouveaux qui étaient présentés ne justifiaient pas l'annulation ou la modification de la décision de 1987; par conséquent, comme le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 84(2) ne pouvait pas s'appliquer dans ce cas, l'affaire a été classée.» Ce passage montre clairement qu'on a jugé que le rapport médical fournissait des «faits nouveaux» et c'est sur cette base que le ministre, c'est-à-dire le ministère, a exercé la compétence conférée par le paragraphe 84(2).

Je suis donc convaincu que le ministre a, dans un premier temps, décidé qu'il disposait de faits nouveaux qui justifiaient un réexamen de sa décision initiale et qu'il a alors procédé à ce réexamen à la lumière des faits nouveaux présentés par la requérante. Après ce réexamen, sa décision en application du paragraphe 84(2) de maintenir sa décision initiale est une nouvelle décision qui est susceptible d'appel en application du paragraphe 82(1).

Je dois signaler en terminant que la distinction qui est maintenant faite était inutile avant le 31 décembre 1991 parce que la Loi ne prévoyait pas de droit d'appel des décisions rendues à la lumière des faits nouveaux en application du paragraphe 84(2). Le paragraphe accordait au ministre le pouvoir discrétionnaire de reconsidérer ou non sa décision initiale et, s'il choisissait de la reconsidérer, aucun appel de la décision subséquente d'annuler, de modifier ou de confirmer la décision initiale n'était recevable. Il n'était donc pas nécessaire de faire la distinction entre les cas où le ministre a choisi d'exercer son pouvoir discrétionnaire de reconsidérer sa décision initiale à la lumière des faits nouveaux et ceux où il a conclu que les faits nouveaux ne justifiaient pas une telle reconsidération. Maintenant que la Loi a accordé un droit d'appel, cette distinction devient essentielle car un droit d'appel existe chaque fois que le ministre choisit d'exercer son pouvoir discrétionnaire de reconsidérer sa décision initiale à la lumière des faits nouveaux.

Par ces motifs, un bref de *mandamus* sera délivré pour ordonner au Bureau du commissaire des tribunaux de révision du Régime de pensions du Canada de faire entendre par un tribunal de révision l'appel de la requérante conformément au paragraphe 82(1), et les dépens sont adjugés contre l'intimée.

A-915-92

A-915-92

Telecommunications Workers Union (*Applicant*)Syndicat des travailleurs en télécommunications
(*requérant*)

v.

a c.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. and British Columbia Telephone Company (*Respondents*)Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. et British Columbia Telephone Company (*intimés*)*INDEXED AS: TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION v. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SYNDICAT DES TRAVAILLEURS EN TÉLÉCOMMUNICATIONS c. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS) (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, MacGuigan and Desjardins J.J.A.—Ottawa, September 14 and October 13, 1992.

Cour d'appel, juges Stone, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 14 septembre et 13 octobre 1992.

Judicial review — Statutory appeals — Motion to dismiss application for judicial review of CRTC decision pursuant to Federal Court Act, s. 18.5 on ground judicial review precluded by existence of statutory right of appeal — Under s. 18.5 where express provision by Act of Parliament for appeal from decision of federal commission, decision not “to the extent that it may be so appealed” subject to review — Leave to appeal denied — Because applicant lacked status as party before CRTC, no redress if judicial review foreclosed — S. 18.5 interpreted restrictively — Not intended to foreclose judicial review — Judicial review available when decision not appealable by party.

Contrôle judiciaire — Appels prévus par la loi — Requête visant à obtenir le rejet d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du CRTC, aux termes de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale, au motif que l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi fait obstacle audit contrôle — Selon l'art. 18.5, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel d'une décision d'une commission fédérale, cette décision ne peut «dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel» faire l'objet d'un contrôle — Demande d'autorisation d'appel rejetée — Le requérant n'étant pas reconnu comme partie devant le CRTC, il n'avait accès à aucune réparation en cas de prescription d'un contrôle judiciaire — L'art. 18.5 a été interprété d'une manière restrictive — Il n'est pas conçu pour empêcher la tenue d'un contrôle judiciaire — Une partie peut demander un contrôle judiciaire lorsqu'elle ne peut interjeter appel d'une décision.

Telecommunications — Statutory right of appeal under National Telecommunications Powers and Procedures Act, s. 68 not precluding judicial review of CRTC decision by virtue of Federal Court Act, s. 18.5 where party denied leave to appeal — Judicial review available when decision not appealable by party.

Télécommunications — Le droit d'appel prévu par l'art. 68 de la Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications n'empêche pas d'effectuer un contrôle judiciaire d'une décision du CRTC, en exécution de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale, lorsqu'il est refusé à une partie d'interjeter appel — Une partie peut demander un contrôle judiciaire lorsqu'elle ne peut interjeter appel d'une décision.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

h

LOIS ET RÈGLEMENTS

Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 26(1) (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 65, Item 2).

Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 8).

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 301), s. 68.

Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 301), art. 68.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28 (mod., *idem*, art. 8).

Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, ch. B-11, art. 26(1) (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 65, item 2).

Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), (2^e suppl.), ch. 19, art. 13(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Canada (Director of Investigation & Research) v. Imperial Oil Ltd. (1990), 31 C.P.R. (3d) 284 (F.C.A.).

APPLIED:

Rich Colour Prints Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue, [1984] 2 F.C. 246; (1984), 60 N.R. 235 (C.A.).

CONSIDERED:

Cathay International Television Inc. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (1987), 50 C.P.R. (3d) 417; 80 N.R. 117 (F.C.A.).

MOTION to dismiss application for judicial review pursuant to *Federal Court Act*, section 18.5 on the ground that judicial review is not available where there is a statutory right of appeal. Motion dismissed.

COUNSEL:

Morley D. Shortt for applicant.

Carolyn G. Pinsky for respondent Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

Christopher C. Johnston, Q.C. and *Christopher A. Taylor* for respondents Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. and Canadian Cable Television Association.

Judy Jansen for respondent British Columbia Telephone Company.

No one appearing on behalf of the Attorney General of Canada.

SOLICITORS:

Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver, for applicant.

CRTC Legal Directorate, Ottawa, for respondent Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

Johnston, Buchan & Dalfen, Ottawa, for respondents Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. and Canadian Cable Television Association.

Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, for respondent British Columbia Telephone Company.

Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Imperial Oil Ltd. (1990), 31 C.P.R. (3d) 284 (C.A.F.).

DÉCISION APPLIQUÉE:

Rich Colour Prints Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national, [1984] 2 C.F. 246; (1984), 60 N.R. 235 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Cathay International Television Inc. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (1987), 50 C.P.R. (3d) 417; 80 N.R. 117 (C.A.F.).

REQUÊTE en vue d'obtenir le rejet d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, au motif qu'un tel contrôle ne peut être effectué dans les cas où un droit d'appel est prévu par la loi. Requête rejetée.

AVOCATS:

Morley D. Shortt pour le requérant.

Carolyn G. Pinsky pour l'intimé Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Christopher C. Johnston, c.r. et *Christopher A. Taylor* pour les intimés Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. et Association canadienne de télévision par câble.

Judy Jansen pour l'intimée British Columbia Telephone Company.

Personne n'a comparu pour le compte du Procureur général du Canada.

PROCUREURS:

Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver, pour le requérant.

Contentieux du CRTC, Ottawa, pour l'intimé Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Johnston, Buchan & Dalfen, Ottawa, pour les intimés Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. et Association canadienne de télévision par câble.

Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, pour l'intimée British Columbia Telephone Company.

Le sous-procureur général du Canada pour le Procureur général du Canada.

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

DESJARDINS J.A.: The only issue raised in this proceeding under section 28 of the *Federal Court Act*¹ is whether the applicant, who was denied leave to appeal against Telecom Letter Decision CRTC 92-4 by judgment of this Court on September 14, 1992,² nevertheless may apply for judicial review against the same decision, being one of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), released June 26, 1992.

This issue originates because Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., (the respondent), has filed a motion to dismiss the application for judicial review on the ground that, pursuant to section 18.5 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*,³ judicial review of Telecom Letter Decision CRTC 92-4 is not available to the applicant in view of the existence of a statutory right of appeal under section 68 of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*.⁴ Since, as already stated, this Court has denied the applicant leave to appeal, it is the respondent's contention that the mere existence of a right of appeal in the statute book prevents the applicant from availing itself of a recourse in judicial review.

¹ R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8].

² 92-A-4516. This Court granted leave to appeal Telecom Letter Decision 92-4 to respondent British Columbia Telephone Company in the case 92-A-4517 on the same day, September 14, 1992.

³ 18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act. [Emphasis added.]

⁴ R.S.C., 1985, c. N-20 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 301], s. 68 reads:

68. (1) An appeal lies from the Commission to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave therefor being obtained from that Court on application made within one month after the making of the order, decision, rule or regulation sought to be appealed from or within such further time as a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Commission, and on hearing such of them as appear and desire to be heard. [Emphasis added.]

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: L'unique point soulevé dans cette demande en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹ consiste à savoir si le requérant, à qui la présente Cour a refusé d'interjeter appel de la lettre—décision Télécom CRTC 92-4 le 14 septembre 1992², peut quand même solliciter un contrôle judiciaire de la même décision, rendue par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) le 26 juin 1992.

Le point en litige vient de ce que Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. (l'intimée) a demandé par voie de requête que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée au motif que, aux termes de l'article 18.5 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*³, le requérant ne peut demander que la lettre—décision Télécom CRTC 92-4 soit soumise à un contrôle judiciaire en raison de l'existence d'un droit d'appel prévu par l'article 68 de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*⁴. Puisque, comme il a été mentionné précédemment, la présente Cour a refusé que le requérant interjette appel, l'intimée soutient que la simple existence d'un droit d'appel dans le recueil de lois empêche le requérant de recourir à un contrôle judiciaire.

¹ L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8].

² 92-A-4516. Dans la cause 92-A-4517, la Cour a autorisé le même jour, soit le 14 septembre 1992, l'intimée British Columbia Telephone Company à interjeter appel de la lettre—décision Télécom 92-4.

³ 18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un officier fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi. [C'est moi qui souligne.]

⁴ L.R.C. (1985), ch. N-20 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 301], art. 68:

68. (1) Les décisions de la Commission sont susceptibles d'appel à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou une question de compétence, quand une autorisation à cet effet a été obtenue de cette Cour sur demande faite dans le délai d'un mois après que l'ordonnance, la décision, la règle ou le règlement dont appel est projeté a été pris, ou dans telle autre limite de temps que le juge permet dans des circonstances spéciales, après avis aux parties et à la Commission, et après audition de ceux des intéressés qui comparaissent et désirent être entendus. [C'est moi qui souligne.]

It is true that in the case of *Canada (Director of Investigation & Research) v. Imperial Oil Ltd.*, where subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*⁵ provided a comprehensive right of appeal of a decision against which the appellants had applied for judicial review, Mahoney J.A., sitting as a judge sole, stated:⁶

It is immaterial whether the appellants did not themselves have that right in respect of the particular decision because they were not parties to the proceeding that gave rise to it. Express statutory provision of a right of appeal is what excludes s. 28 jurisdiction.

However, in *Cathay International Television Inc. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*⁷, the Federal Court of Appeal, in quashing a section 28 application because an appeal existed under subsection 26(1) of the *Broadcasting Act*,⁸ relied on the case of *Rich Colour Prints Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*⁹ where Pratte J.A. stated:

In our opinion, section 29 clearly says that a decision which, under an Act of Parliament, may be appealed to an authority mentioned in the section cannot, to the extent that it may be so appealed, be the subject of a section 28 application. It follows that if the right of appeal is not limited, the decision may not be reviewed under section 28; if the right of appeal is limited, for instance to a question of jurisdiction, the decision may be reviewed under section 28 on grounds that cannot be raised in the appeal. Contrary to what was argued by counsel for the applicant, the last words of section 29 are not rendered superfluous by this interpretation. These words are necessary in order to preserve the jurisdiction of the Court when an Act of Parliament provides that a decision of a federal board may not only be appealed to one of the authorities mentioned in section 29 but may also be reviewed by the Federal Court; in such a case, the decision may be reviewed by the Court but only "to the extent and in the manner provided for in that Act." [Emphasis in text.]

We are dealing, in the case at bar, not with a restriction to a right of appeal caused by legislative drafting, although one exists, but with a situation where because the applicant lacked status as a party

⁵ R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.

⁶ (1990), 31 C.P.R. (3d) 284 (F.C.A.), at pp. 286-287.

⁷ (1987), 50 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.).

⁸ R.S.C. 1970, c. B-11 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), ch. 10, s. 65, Item 2).

⁹ [1984] 2 F.C. 246 (C.A.), at p. 248.

Certes, dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Imperial Oil Ltd.*, où le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*⁵ procurait un droit d'appel d'une grande portée relativement à une décision au sujet de laquelle les appelants avaient demandé un contrôle judiciaire, le juge Mahoney, de la Cour d'appel, siégeant seul, a décrété ce qui suit⁶:

Il n'est pas pertinent de savoir si les appelants avaient eux-mêmes ce droit à l'égard de cette décision, parce qu'ils n'étaient pas parties à la procédure qui y a donné lieu. La disposition législative qui prévoit expressément un droit d'appel exclut la compétence découlant de l'article 28.

Cependant, dans *Cathay International Television Inc. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*⁷, la Cour d'appel fédérale, en rejetant une demande interjetée en vertu de l'article 28 parce que le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*⁸ prévoyait un droit d'appel, s'est fondée sur la décision *Rich Colour Prints Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*⁹, où le juge Pratte, J.C.A. a déclaré ceci:

À notre avis, l'article 29 dit clairement qu'une décision qui, en vertu d'une loi du Parlement, peut faire l'objet d'un appel à une autorité visée à l'article ne peut, dans la mesure où il peut en être ainsi interjeté appel, faire l'objet d'une demande fondée sur l'article 28. Il s'ensuit que si le droit d'appel n'est pas limité, la décision ne peut être examinée en vertu de l'article 28; si le droit d'appel est limité, par exemple à la question de compétence, la décision peut être examinée en vertu de l'article 28 sur le fondement de moyens qui ne peuvent être soulevés en appel. Contrairement à ce qui a été allégué par l'avocat de la requérante, cette interprétation ne rend pas superflus les derniers mots de l'article 29. Ces mots sont nécessaires pour préserver la compétence de la Cour lorsqu'une loi du Parlement prévoit qu'une décision d'un office fédéral peut non seulement faire l'objet d'un appel à une autorité mentionnée à l'article 29 mais également être examinée par la Cour fédérale; dans un tel cas, la décision peut être examinée par la Cour mais seulement «dans la mesure et de la manière prévues dans cette Loi». [Soulignement dans l'original.]

Nous avons affaire en l'espèce non pas à la limitation d'un droit d'appel due à un texte législatif, encore qu'il en existe une, mais à la situation où, étant donné que le requérant n'est pas reconnu

⁵ L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19.

⁶ (1990), 31 C.P.R. (3d) 284 (C.A.F.), p. 286 et 287.

⁷ (1987), 50 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.).

⁸ S.R.C. 1970, ch. B-11 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 65, item 2).

⁹ [1984] 2 C.F. 246 (C.A.), à la p. 248.

before the CRTC, no possible redress would be available to it if judicial review is foreclosed. I am inclined to read section 18.5 of the *Federal Court Act*, particularly the words "to the extent that it may be so appealed", in a very restrictive way, in line with the case of *Rich Colour Prints Ltd.*, with the effect that when a decision may not be appealed by a party, judicial review is available to it. I do not think section 18.5 of the *Federal Court Act* is meant to foreclose judicial review in such circumstances.

I would dismiss this motion to quash.

STONE J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

a comme partie devant le CRTC, il n'aurait accès à aucune réparation possible en cas d'exclusion d'un contrôle judiciaire. J'incline à interpréter l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, notamment les mots «dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel», de manière très restrictive, en accord avec la décision *Rich Colour Prints Ltd.*, avec le résultat qu'une partie, lorsqu'elle ne peut interjeter appel d'une décision, peut demander un contrôle judiciaire. b Je ne crois pas que l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* soit conçu pour empêcher la tenue d'un contrôle judiciaire dans de telles circonstances.

c Je suis d'avis de rejeter cette requête en annulation.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.

A-370-90

Montres Rolex S.A. and Rolex Watch Company of
Canada Limited (*Plaintiffs/Appellants*)

A-370-90

Montres Rolex S.A. et Rolex Watch Company of
Canada Limited (*demandereses/appealantes*)

v.

a c.

Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson, David C. Redman and Robert Pahmer, on behalf of Themselves and on behalf of all Others selling, offering for sale, importing, advertising, manufacturing, or distributing any wares in association with the name Rolex or the Crown Design, being registered Trade marks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476, and No. 78/19056 under the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, as amended, when the same are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise and John Doe and Jane Doe, and all Others unknown to the plaintiffs who sell, import, advertise, manufacture or distribute any wares in association with the name Rolex or the Crown Design being registered Trade marks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476, and No. 78/19056 under the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, as amended, when the same are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise (*Defendants/Respondents*)

Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson, David C. Redman et Robert Pahmer, pour leur propre compte et pour le compte de toutes les autres personnes qui vendent, offrent en vente, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, qui constituent les marques de commerce déposées n° 278,348, n° 208,437, n° 130/33476 et n° 78/19056, conformément à la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, et ses modifications, lorsque ces marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses, et John Doe et Jane Doe, et toutes les autres personnes inconnues des demandereses qui vendent, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, qui constituent les marques de commerce déposées n° 278,348, n° 208,437, n° 130/33476 et n° 78/19056, conformément à la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, et ses modifications, lorsque ces marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses (*défendeurs/intimés*)

INDEXED AS: *MONTRES ROLEX S.A. v. BALSHIN (C.A.)*

RÉPERTORIÉ: *MONTRES ROLEX S.A. c. BALSHIN (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Robertson J.J.A.—Toronto, September 10; Ottawa, October 22, 1992.

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Robertson J.C.A.—Toronto, 10 septembre; Ottawa, 22 octobre 1992.

Trade marks — Infringement — Appeal from judgment granting permanent injunction against named and unnamed defendants — Imitation watches bearing appellants' trade marks sold by defendants — Appellants seeking to extend injunction to "potential defendants" — Meaning of "unnamed defendants" — Not proper case for class action with one named defendant representing unknown transgressors — Relief sought summary procedure to curtail trade mark infringement by persons having no real defence — Exceptional circumstances warranting post-trial injunction against unknown defendants.

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel d'un jugement qui avait accordé une injonction permanente contre des défendeurs nommés et non nommés — Les défendeurs avaient vendu des montres d'imitation portant les marques de commerce des appelantes — Les appelantes demandent que l'injonction s'applique également aux «défendeurs éventuels» — Sens de l'expression «défendeurs non nommés» — Il ne s'agit pas d'un cas où un recours collectif peut être intenté contre un défendeur nommé représentant des transgresseurs inconnus — La réparation demandée équivaut à une procédure sommaire pour empêcher ceux qui n'ont pas de véritable défense de violer les marques de commerce — Les circonstances exception-

Injunctions — Infringement of appellants' trade marks under Trade-marks Act, ss. 19, 20 — Appellants seeking permanent injunction against "potential defendants" — Case law silent — Injunction against unidentified persons of interim nature — Permanent injunction enforceable against unknown defendants only in exceptional circumstances — S. 52(4) order and permanent injunction distinguished — Terms of permanent injunction against "potential defendants" must be in accordance with rules of fundamental justice — Trial Judge's order amended to apply only to street vendors with no fixed business address.

Practice — Parties — Joinder — Permanent injunction sought against "potential defendants" infringing appellants' trade marks — Unknown and potential defendants distinguished — Whether permanent injunction enforceable against them — Case law on joinder of parties reviewed — Not proper case for class action with one named defendant representing unknown transgressors — Use of fictitious names restricted to interlocutory and pre-trial proceedings — Relief sought summary procedure designed to curtail trade mark infringement by persons having no real defence — Order amended to apply only to street vendors with no fixed business address.

Practice — Contempt of court — Trade mark infringement — Plaintiffs seeking permanent injunction against "potential defendants" — Relief sought tantamount to summary procedure to curtail trade mark infringement — Procedure derived from Court's power to hold person in contempt — Contempt proceedings not purely civil in nature as imprisonment method of enforcement — Contempt proceedings subject to fundamental justice rules even if effectiveness thereby reduced — Contempt of court not simple means of enforcing judgments.

This was an appeal by the successful plaintiffs from the judgment of MacKay J. granting a permanent injunction against both named and unnamed defendants found to have sold "imitation watches" bearing the appellants' trade marks. After numerous interlocutory proceedings against certain named respondents, His Lordship found at trial that the sale and distribution of imitation Rolex watches and other horological wares bearing the trade marks "Rolex" and "Crown Design" constituted infringement of the appellants' exclusive rights under the *Trade-marks Act*, sections 19 and 20 and that the importation of those wares was contrary to section 52 of the Act. He was prepared to extend the terms of the injunction

nelles justifie la délivrance d'une injonction postérieure à l'instruction contre des défendeurs inconnus.

Injonctions — Violation des marques de commerce des appelantes aux termes des art. 19 et 20 de la Loi sur les marques de commerce — Les appelantes demandent une injonction permanente contre des «défendeurs éventuels» — Aucune jurisprudence sur cette question — Une injonction prononcée contre des personnes non identifiées est de nature provisoire — Une injonction permanente n'est exécutoire contre des défendeurs inconnus que dans des circonstances exceptionnelles — Distinction entre une ordonnance fondée sur l'art. 52(4) et une injonction permanente — Les termes d'une injonction permanente décernée contre des «défendeurs éventuels» doivent être conformes aux règles de la justice fondamentale. — L'ordonnance du juge de première instance est modifiée pour ne viser que les marchands ambulants qui n'ont pas d'établissement commercial fixe.

Pratique — Parties — Jonction — Une injonction permanente est demandée contre des «défendeurs éventuels» qui violeraient les marques de commerce des appelantes — Distinction entre les défendeurs inconnus et éventuels — Une injonction permanente est-elle exécutoire contre eux? — Examen de la jurisprudence sur la jonction des parties — Il ne s'agit pas d'un cas où un recours collectif peut être intenté contre un défendeur nommé représentant des transgresseurs inconnus — L'emploi de noms fictifs est limité aux procédures interlocutoires et préalables à l'instruction — La réparation demandée équivaut à une procédure sommaire destinée à empêcher ceux qui n'ont pas de véritable défense de violer des marques de commerce — L'ordonnance est modifiée pour ne viser que les marchands ambulants qui n'ont pas d'établissement commercial fixe.

Pratique — Outrage au tribunal — Violation de marques de commerce — Les demanderesse demandent une injonction permanente contre des «défendeurs éventuels» — La réparation demandée équivaut pratiquement à une procédure sommaire pour empêcher la violation de marques de commerce — La procédure découle du pouvoir de la Cour de juger quelqu'un coupable d'outrage au tribunal — La procédure d'outrage n'est pas de nature purement civile puisqu'une des méthodes pour la sanctionner est l'emprisonnement — La procédure d'outrage est soumise aux règles de la justice fondamentale, même si son efficacité s'en trouve diminuée — L'outrage au tribunal n'est pas un simple moyen d'exécution des jugements.

Il s'agissait d'un appel interjeté par les demanderesse, qui avaient eu gain de cause en première instance, contre le jugement du juge Mackay qui avait décerné une injonction permanente contre des défendeurs nommés et non nommés; il a été jugé que ces derniers avaient vendu des «montres d'imitation» portant les marques de commerce des appelantes. Après de nombreuses instances interlocutoires contre certains intimés nommément désignés, le juge a conclu, à l'instruction, que la vente et la distribution de montres d'imitation Rolex et d'autres marchandises d'horlogerie portant la marque de commerce «Rolex» et le «motif représentant une couronne» constituaient une violation des droits exclusifs des appelantes en

to "unknown defendants", but not to "potential defendants". The appellants' argument was that the permanent injunction, as worded, was vague or impractical in application and that it should be amended to embrace "potential defendants" who, after the trial date, infringe the appellants' trade marks, whether or not they did so previously. The issue was whether a permanent injunction could legally be issued against persons who were not named parties to the action.

Held, the appeal should be dismissed; paragraph 3 of MacKay J.'s order should be amended to apply only to street vendors or others with no fixed business address or premises.

The term "unnamed defendants" includes persons falling into one of two categories. First, there are the unknown defendants, those who had infringed the appellants' trade marks on or before the trial date, but who remained unidentified as of that date and therefore could not be added as parties to the action; the other category is comprised of "potential defendants". Although no decisive Canadian, English or American precedents were found in which permanent injunctions had been granted against "potential defendants", there are established and accepted principles dealing with joinder of parties. In view of those principles, the instant case could not be structured as a class action with one named defendant considered as representing all unknown transgressors. Plaintiffs have, on occasion, been permitted to frame the style of cause by resorting to fictitious names such as "John Doe" and "Jane Doe". The use of such fictitious names has, however, been sanctioned as a stopgap measure and restricted to interlocutory and pre-trial proceedings; even when fictitious names have not been used, an injunction against unidentified persons is invariably of an interim nature.

The circumstances in the case at bar were sufficiently exceptional to warrant a post-trial injunction against "unknown defendants". The appellants should not be frustrated in their attempt to redress deliberate breaches of their legal rights because they were unable to identify such defendants prior to trial; that omission was occasioned by the fault of the "unknown defendants", not the appellants. The reasons underlying the decision to extend the reach of the injunction were predicated on the failure of the existing law to respond adequately to the evasion tactics adopted by street vendors, and also on the appellants' inability to identify "unknown defendants" prior to the trial date. This problem would not be solved by extending the injunction to "potential defendants". There is a clear distinction between a subsection 52(4) order prohibiting the future importation of imitation wares bearing the appellants' registered trade marks and a permanent injunction which extends to "potential defendants". A subsection 52(4) order, which serves as the basis on which Customs officers derive

vertu des articles 19 et 20 de la *Loi sur les marques de commerce*. En outre, le juge a conclu que l'importation de ces marchandises était contraire à l'article 52 de la Loi. Il était disposé à étendre les conditions de l'injonction pour englober les «défendeurs inconnus», mais non les «défendeurs éventuels». Les appelantes ont plaidé que l'injonction permanente, telle que rédigée, était vague ou difficile d'application et qu'elle devait être modifiée pour englober les «défendeurs éventuels» qui, après la date de l'instruction, violeraient les marques de commerce des appelantes, qu'ils l'aient fait ou non par le passé. Il s'agissait de décider si une injonction permanente pouvait légalement être décernée contre des personnes qui n'étaient pas nommément parties à l'action.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté; le paragraphe 3 de l'ordonnance du juge MacKay devrait être modifié pour qu'il s'applique seulement aux marchands ambulants ou à d'autres qui n'ont pas d'adresse ou d'établissement commercial fixe.

L'expression «défendeurs non nommés» comprend deux catégories de personnes. Il y a d'abord les défendeurs inconnus, c'est-à-dire ceux qui ont violé les marques de commerce des appelantes à la date de l'instruction ou auparavant, mais qui demeuraient non identifiés à cette date, si bien qu'ils ne pouvaient pas être constitués parties à l'action; l'autre catégorie comprend les «défendeurs éventuels». Bien que les tribunaux canadiens, anglais ou américains ne semblent jamais avoir prononcé d'injonction permanente contre des «défendeurs éventuels», il existe des principes établis et acceptés en matière de jonction des parties. À la lumière de ces principes, la présente action ne pouvait pas être intentée sous forme de recours collectif contre un défendeur nommé considéré comme le représentant de tous les transgresseurs inconnus. Des demandeurs ont parfois été autorisés à rédiger l'intitulé de la cause en employant des noms fictifs comme «John Doe» et «Jane Doe». Cependant, l'utilisation de noms fictifs semblables a été sanctionnée comme mesure intérimaire et limitée aux procédures interlocutoires et préalables à l'instruction; même lorsque des noms fictifs n'ont pas été utilisés, l'injonction prononcée contre des personnes non identifiées est invariablement de nature provisoire.

Les circonstances en l'espèce étaient suffisamment exceptionnelles pour justifier la délivrance d'une injonction postérieure à l'instruction contre des «défendeurs inconnus». Les appelantes ne devraient pas être privées du redressement de violations délibérées de leurs droits, du fait qu'elles étaient incapables de prévoir, avant l'instruction, qui allait être les défendeurs; cette omission était attribuable aux «défendeurs inconnus», et non aux appelantes. Si la portée de l'injonction a été étendue, c'était parce que le droit existant ne permettait pas de contrer adéquatement les tactiques de dérobade adoptées par les marchands ambulants, et parce que les appelantes étaient incapables de prévoir qui allait être les «défendeurs inconnus» avant la date de l'instruction. Le fait d'étendre l'injonction à des «défendeurs éventuels» ne réglerait pas ce problème. Il y a une nette distinction entre une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4), interdisant l'importation future de marchandises d'imitation portant les marques de commerce déposées des appelantes, et une injonction permanente, qui s'étendrait aux

their authority to stop the flow of banned wares, irrespective of the identity of the importer, does not raise the same kind of issues or concerns which arise in the context of a permanent injunction.

The equitable relief sought by the appellants was tantamount to a summary procedure designed to curtail trade mark infringement by persons who have no "real" defence. That summary procedure is derived from the power of the Court to hold a person in contempt. In the event contempt proceedings are initiated, the onus remains on the appellants to discharge the requisite burden of proof. Moreover, a non-party cannot be held in contempt for breach of an injunction of which he or she had no knowledge. In a recent decision *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, where the legal issue turned on the law of civil contempt under the Quebec Code of Civil Procedure, the Supreme Court of Canada refused to characterize such proceedings as purely civil in nature and concluded that the respondent was not a compellable witness. In light of that decision, the terms of a permanent injunction against "potential defendants" would have to be crafted in accordance with the rules of fundamental justice. Contempt of court proceedings must also be subject to those rules, even if their effectiveness is thereby reduced. Judicial restraint overtook the attempt to tip the scales in an attempt to achieve a balance between the interests of the appellants and those intent on infringing their trade marks.

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].

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25.

Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, ss. 110, 114.

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 19, 20, 22, 52(1),(4), 53.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc., [1992] 2 S.C.R. 1065; *Mathew v. Guardian Assur. Co.* (1919), 58 S.C.R. 47; 45 D.L.R. 32; [1919] 1 W.W.R. 67.

CONSIDERED:

Iveson v. Harris (1802), 32 E.R. 102; 7 Ves. Jun. 251; *Brydges v. Brydges*, [1909] P. 187 (C.A.); *Marengo v. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406 (H.L.); *International Longshoremen's Association, Locals 273, 1039, 1764 v. Maritime Employers' Association et al.*, [1979] 1 S.C.R. 120; (1978), 89 D.L.R. (3d)

«défendeurs éventuels». Une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4), qui accorde aux agents des douanes le pouvoir d'intercepter les marchandises interdites, indépendamment de l'identité de l'importateur, ne soulève pas le même type de questions ou de préoccupations qu'une injonction permanente.

^a La réparation que demandaient les appelantes en *equity* équivalait à une procédure sommaire destinée à empêcher ceux qui n'avaient pas de «véritable» défense de violer les marques de commerce. Cette procédure sommaire découle du pouvoir de la Cour de juger quelqu'un coupable d'outrage au tribunal.

^b En cas de poursuites pour outrage au tribunal, les appelantes devront quand même s'acquitter du fardeau de la preuve qui leur incombe. En outre, celui qui n'est pas partie à l'instance ne saurait être jugé coupable d'avoir violé une injonction dont il n'a pas connaissance. Dans un arrêt récent, *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, où la question juridique portait sur le droit régissant l'outrage au tribunal dans une instance civile en application du *Code de procédure civile* du Québec, la Cour suprême du Canada a refusé de caractériser ces procédures comme purement civiles et a conclu que l'intimé n'était pas un témoin contraignable. À la lumière de cet arrêt, il faudrait que les termes d'une injonction permanente décernée contre des «défendeurs éventuels» soient soigneusement rédigés conformément aux règles de la justice fondamentale. La procédure d'outrage au tribunal doit également être soumise à ces règles, même si son efficacité s'en trouve diminuée. La retenue judiciaire l'a emporté sur le besoin de faire pencher la balance en vue de ménager un équilibre entre les intérêts des appelantes et ceux qui sont résolus à violer leurs marques de commerce.

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 de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25.

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 19, 20, 22, 52(1),(4), 53.

Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, art. 110, 114.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc., [1992] 2 R.C.S. 1065; *Mathew v. Guardian Assur. Co.* (1919), 58 R.C.S. 47; 45 D.L.R. 32; [1919] 1 W.W.R. 67.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Iveson v. Harris (1802), 32 E.R. 102; 7 Ves. Jun. 251; *Brydges v. Brydges*, [1909] P. 187 (C.A.); *Marengo v. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406 (H.L.); *Association internationale des débardeurs, sections locales 273, 1039, 1764 c. Association des employeurs maritimes et autres.*, [1979] 1 R.C.S. 120;

289; 44 A.P.R. 458; 23 N.B.R. (2d) 458; 78 C.L.L.C. 14,171; 23 N.R. 386; *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500; [1972] 5 W.W.R. 80 (B.C.C.A.); *Sask. Power Corp. v. Doe*, [1988] 6 W.W.R. 634; (1988), 69 Sask. R. 158; 31 C.P.C. (2d) 283 (C.A.); affg [1988] 6 W.W.R. 27; (1988), 69 Sask. R. 138; 30 C.P.C. (2d) 315 (Q.B.).

REFERRED TO:

Montres Rolex S.A. v. M.R.N., [1988] 2 F.C. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (T.D.); *C.P.R. Co. v. Brady et al.* (1960), 26 D.L.R. (2d) 104; 33 W.W.R. 529 (B.C.S.C.); *Bassel's Lunch Ltd. v. Kick et al.*, [1936] O.R. 445; (1936), 4 D.L.R. 106; 67 C.C.C. 131 (C.A.); *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58; 8 C.P.C. (2d) 93 (H.C.); *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (B.C.S.C.); *Cartier, Inc. v. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (F.C.T.D.); *Attorney-General of British Columbia v. Couillard et al.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 567; 59 B.C.L.R. 102; 14 C.C.C. (3d) 169; 31 C.C.L.T. 26; 42 C.R. (3d) 273 (S.C.); *Adidas Sportshuhfabriken Adi Dassler K.G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., Third Party* (1971), 19 D.L.R. (3d) 680; 2 C.P.R. 227 (Ex. Ct.); *Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Richard, H. G., Editor-in-Chief. *Canadian Trade-marks Act—Annotated*. Revised, Binder 2. Toronto: De Boo. Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1992.

APPEAL from a judgment of MacKay J. ([1990] 3 F.C. 353 (abridged); (1990), 29 C.P.R. (3d) 257; 32 F.T.R. 166 (T.D.)) granting a permanent injunction against both named and unnamed defendants found to have infringed the appellants' trade marks. Appeal dismissed; paragraph 3 of order varied.

COUNSEL:

Simon Schneiderman for plaintiffs/appellants.

No one appearing for defendants/respondents.

SOLICITORS:

Outerbridge & Miller, Toronto, for plaintiffs/appellants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

(1978), 89 D.L.R. (3d) 289; 44 A.P.R. 458; 23 N.B.R. (2d) 458; 78 C.L.L.C. 14,171; 23 N.R. 386; *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500; [1972] 5 W.W.R. 80 (C.A.C.-B.); *Sask. Power Corp. v. Doe*, [1988] 6 W.W.R. 634; (1988), 69 Sask. R. 158; 31 C.P.C. (2d) 283 (C.A.); confirmant [1988] 6 W.W.R. 27; (1988), 69 Sask. R. 138; 30 C.P.C. (2d) 315 (B.R.).

DÉCISIONS CITÉES:

Montres Rolex S.A. c. M.R.N., [1988] 2 C.F. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (1^{re} inst.); *C.P.R. Co. v. Brady et al.* (1960), 26 D.L.R. (2d) 104; 33 W.W.R. 529 (C.S.C.-B.); *Bassel's Lunch Ltd. v. Kick et al.*, [1936] O.R. 445; (1936), 4 D.L.R. 106; 67 C.C.C. 131 (C.A.); *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58; 8 C.P.C. (2d) 93 (H.C.); *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (C.S.C.-B.); *Cartier, Inc. v. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (C.F. 1^{re} inst.); *Attorney-General of British Columbia v. Couillard et al.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 567; 59 B.C.L.R. 102; 14 C.C.C. (3d) 169; 31 C.C.L.T. 26; 42 C.R. (3d) 273 (C.S.); *Adidas Sportshuhfabriken Adi Dassler K.G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., Third Party* (1971), 19 D.L.R. (3d) 680; 2 C.P.R. 227 (C. de l'É.); *Montres Rolex S.A. c. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Richard, H. G., editor-in-chief. *Canadian Trade-marks Act—Annotated*. Revised, Binder 2. Toronto: De Boo. Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1992.

APPEL d'un jugement du juge MacKay ([1990] 3 C.F. 353 (publié sous forme abrégée); (1990), 29 C.P.R. (3d) 257; 32 F.T.R. 166 (1^{re} inst.)) portant injonction permanente contre des défendeurs nommés et non nommés qui avaient violé les marques de commerce des appelantes. Appel rejeté; le paragraphe 3 de l'ordonnance est modifié.

AVOCATS:

Simon Schneiderman, pour les demanderes/appelantes.

Personne n'a comparu pour les défendeurs/intimés.

PROCUREURS:

Outerbridge & Miller, Toronto, pour les demanderes/appelantes.

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

ROBERTSON J.A.: This is an appeal from a decision¹ of Mr. Justice MacKay in which he granted, *inter alia*, a permanent injunction enjoining both named and unnamed defendants from infringing the appellants' trade-marks. The defendants were found to have engaged in sales of "imitation watches", and other horological wares, bearing the appellants' registered marks. With respect to unnamed defendants, the injunction extends to those who had engaged in such sales on or before the trial commencement date but who could not be identified within that time frame.

The appellants' principal argument is that this aspect of the injunction is flawed because it is either vague or impractical in application and that in the circumstances the terms of the injunction should be "amended" to embrace unnamed defendants who engage in the prohibited conduct after the trial date. I shall deal later with the logic employed by counsel for the appellants in support of this particular argument. For the moment, what is of significance is that the appellants are seeking *de facto* a permanent injunction against "potential defendants"; that is anyone who after the trial date infringes the appellants' trade-marks, irrespective of whether they had done so previously.

Both at trial and on appeal, the appellants have assumed that the granting of an injunction of this scope is entirely within the discretion of the Trial Judge. On reflection, it should be apparent that the success of this appeal hinges initially on whether, as a matter of principle, a permanent injunction may enjoin persons who were not named parties to the action. As a preliminary matter, and to dispel any notion that the issue as framed is entirely misconceived, it must be acknowledged that the appellants are not arguing that anyone who infringes the appellants' trade-marks after the trial date is, without more, subject to contempt proceedings. The matter of proper notice or knowledge of the injunction is not denied and is dealt with in these reasons.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel formé contre une décision¹ de M. le juge MacKay dans laquelle il a notamment décerné une injonction permanente interdisant à des défendeurs nommés et non nommés de violer les marques de commerce des appelantes. Il a été jugé que les défendeurs avaient vendu des «montres d'imitation» et d'autres marchandises d'horlogerie portant les marques déposées des appelantes. À l'égard des défendeurs non nommés, l'injonction s'étend à ceux qui vendaient ces marchandises à la date de l'instruction ou auparavant, mais qui ne pouvaient être identifiés à cette époque.

Les appelantes plaident principalement que, sous ce rapport, l'injonction est défectueuse parce qu'elle est vague ou difficile d'application et qu'en l'espèce, les termes de l'injonction devraient être «modifiés» pour englober des défendeurs non nommés qui font ce qui est interdit après la date de l'instruction. Je traiterai plus loin de la logique utilisée par l'avocat des appelantes au soutien de cet argument. Pour l'instant, il importe de signaler que les appelantes cherchent à obtenir, en fait, une injonction permanente contre des «défendeurs éventuels», c'est-à-dire quiconque viole les marques de commerce des appelantes après l'instruction, qu'il l'ait fait ou non auparavant.

Tant à l'instruction qu'en appel, les appelantes ont présumé qu'il était tout à fait loisible au juge de première instance de décerner une injonction d'une telle portée. À la réflexion, on voit bien que, pour pouvoir accueillir le présent appel, il faudra d'abord accepter le principe voulant qu'une injonction permanente puisse être opposable à des personnes qui n'étaient pas nommément parties à l'action. Dans un premier temps, et pour dissiper tout malentendu quant à la véritable question en litige, il faut reconnaître que les appelantes ne prétendent pas que quiconque viole leurs marques de commerce après la date de l'instruction est passible de poursuites pour outrage au tribunal sans autre formalité. Les appelantes ne nient pas qu'il faut avoir connaissance de l'injonction et qu'il faut en être dûment avisé; cette question est traitée dans les présents motifs.

¹ 29 C.P.R. (3d) 257.

¹ 29 C.P.R. (3d) 257.

To avoid confusion and for the purpose of this appeal, the term “unnamed defendants” shall include persons who fall into one of two categories. First, there are those who had infringed the appellants’ trade-marks on or before the trial commencement date, February 7, 1989, but who remained unidentified as of that date and therefore could not be added as parties to the action. I have labelled such transgressors as the “unknown defendants”. The other category is comprised of “potential defendants” as described above. The question which remains is whether a permanent injunction may legally issue against either or both types of unnamed defendants.

The learned Trial Judge was prepared to extend injunctive relief as against the “unknown defendants” because the circumstances were sufficiently exceptional to warrant such relief. However, it is my understanding that he refused to extend the terms of the injunction to embrace “potential defendants” as such an order would, in effect, be inconsistent with underlying principles of existing practice (at pages 279-280). It can be inferred readily that he was not willing to grant an injunction which on its face would enjoin all the world.

While one can find reported instances in which interlocutory or pre-trial relief has been granted against “unknown defendants”, there appears to be no decisive Canadian, English or American precedent in the context of permanent injunctions. In regard to “potential defendants” it is not surprising to find a jurisprudential void. But that of itself is not sufficient justification for ignoring the appellants’ arguments, not all of which are founded on common law and equitable principles. The *Trade-marks Act* (R.S.C., 1985, c. T-13 (hereinafter “the Act”)) is also invoked. Accordingly, we are forced to examine the issue afresh.

If the law is to move in the direction advocated by the appellants, it is because the factual context reveals the extent to which existing doctrine is unable to respond adequately to the legitimate interests of litigants such as the appellants. What renders change

Pour éviter la confusion et aux fins du présent appel, l’expression «défendeurs non nommés» comprendra deux catégories de personnes. Il y a d’abord ceux qui ont violé les marques de commerce des appelantes à la date de l’instruction, soit le 7 février 1989, ou auparavant, mais qui demeureraient non identifiés à cette date, si bien qu’ils ne pouvaient pas être constitués parties à l’action. J’ai appelé ces transgresseurs les «défendeurs inconnus». L’autre catégorie comprend les «défendeurs éventuels», décrits ci-dessus. Il reste à décider si une injonction permanente peut être légalement décernée contre les défendeurs non nommés appartenant à l’une ou l’autre de ces catégories.

Le juge de première instance était disposé à prononcer une injonction contre les «défendeurs inconnus» parce que les circonstances étaient suffisamment exceptionnelles pour justifier une telle réparation. Cependant, à mon sens, il a refusé d’étendre les conditions de l’injonction pour englober les «défendeurs éventuels», puisqu’une telle ordonnance serait, en fait, incompatible avec les principes sous-jacents de la pratique actuelle (voir les pages 279 et 280). On peut facilement en déduire qu’il n’était pas disposé à décerner une injonction qui, apparemment, serait opposable à tout le monde.

Bien qu’il existe, en jurisprudence, des cas où des injonctions interlocutoires ou préalables à l’instruction ont été prononcées contre des «défendeurs inconnus», les tribunaux canadiens, anglais ou américains n’ont apparemment jamais prononcé d’injonction permanente contre de tels défendeurs. En ce qui a trait aux «défendeurs éventuels», ce vide jurisprudentiel n’a rien de surprenant. Cependant, on ne peut pas pour autant ne pas tenir compte des arguments des appelantes, arguments qui ne sont pas tous fondés sur les principes de la common law et de l’*equity*. Les appelantes invoquent également la *Loi sur les marques de commerce* (L.R.C (1985), ch. T-13 (ci-après appelée «la Loi»)). Par conséquent, nous devons examiner la question de nouveau.

Si le droit doit évoluer dans le sens prôné par les appelantes, c’est parce que les faits révèlent dans quelle mesure les principes actuels ne permettent pas de protéger adéquatement les intérêts légitimes de parties comme les appelantes. Un tel changement ne

problematic is that the law must ensure that the interests of a competing group (unnamed defendants) are recognized and dealt with appropriately. Rarely is the task of achieving the so-called “proper balance” an easy one.

The analysis must begin with a recitation of the relevant facts, including a brief outline of the history of the litigation spanning a period of seven years. Against this backdrop we can appreciate the Trial Judge’s comprehensive and thorough analysis of the evidence and issues as presented at trial.

The appellant, Montres Rolex S.A., is a Swiss company and the owner of a number of trade-marks registered under the *Trade-marks Act*. It manufactures Rolex watches and other horological wares. The appellant, Rolex Watch Company of Canada Limited, is the sole registered user of the other appellant’s registered trade-marks and the exclusive distributor of its products in Canada. The unnamed respondents are (or were) street vendors engaged in the sale of imitation Rolex wares, and in particular watches commonly referred to as “knock-offs”.

On October 28, 1986, the appellants commenced an action and on the same date sought and were granted an interim injunction by Mr. Justice Collier restraining the named defendants from infringing the appellants’ registered trade-marks. The interim injunction included an Anton Piller type order permitting access by the appellants’ representatives to designated premises and the removal of documents and wares bearing the Rolex name or design.

On November 3, 1986, Associate Chief Justice Jerome granted a similar order directed to the named defendants Brad Balshin, Hilda Balshin and Shelly Michaels, who had consented to judgment, and to the named defendants Arthur Christodoulou and Martin Herson who had not appeared in response to the appellants’ notice of motion or entered a defence or consented to judgment.

On December 1, 1986, another interlocutory injunction was granted by order of Mr. Justice Collier [*Montres Rolex S.A. et al. v. Herson et al.* (1986), 15

va pas sans difficultés: en effet, le droit doit garantir la reconnaissance et la sanction des intérêts concurrentiels d’un autre groupe (les défendeurs non nommés). Il est rarement facile d’atteindre le «juste milieu».

L’analyse doit commencer par un exposé des faits pertinents, y compris un bref historique du litige qui dure depuis sept ans. À la lumière de ces faits, nous pouvons apprécier l’analyse complète et exhaustive, par le juge de première instance, de la preuve et des questions présentées à l’instruction.

L’appelante, Montres Rolex S.A., est une société suisse qui possède un certain nombre de marques de commerce enregistrées sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*. Elle fabrique les montres Rolex et d’autres marchandises d’horlogerie. L’appelante, Rolex Watch Company of Canada Limited, est le seul usager inscrit des marques de commerce déposées de l’autre appelante et le distributeur exclusif de ses produits au Canada. Les intimés non nommés sont (ou étaient) des marchands ambulants qui font la vente de marchandises d’imitation Rolex, notamment des montres communément appelées du «toc».

Le 28 octobre 1986, les appelantes ont intenté une action et, à la même date, elles ont demandé et obtenu une injonction provisoire de M. le juge Collier, laquelle empêchait les défendeurs nommés de violer les marques de commerce déposées des appelantes. L’injonction provisoire comprenait une ordonnance de type Anton Piller, laquelle permettait aux représentants des appelantes de pénétrer dans des lieux désignés et d’enlever des documents et des marchandises portant le nom ou le dessin Rolex.

Le 3 novembre 1986, le juge en chef adjoint Jerome a rendu une ordonnance semblable contre les défendeurs nommés Brad Balshin, Hilda Balshin et Shelly Michaels, qui avaient consenti au jugement, et contre les défendeurs nommés Arthur Christodoulou et Martin Herson, qui n’avaient pas comparu à la suite de l’avis de requête des appelantes, et n’avaient pas produit de défense ou consenti au jugement.

Le 1^{er} décembre 1986, M. le juge Collier a décerné une autre injonction interlocutoire [*Montres Rolex S.A. et autre c. Herson et autres* (1986), 15 C.P.R.

C.P.R. (3d) 372 (T.D.)] against the named defendants David C. Redman and Robert Pahmer.

On December 30, 1986, show cause orders were issued to the defendants Brad Balshin and Martin Herson alleging violations of the interlocutory orders. Subsequently, both men were found to have knowingly violated the Court orders and held in contempt. A fine was levied. Similar proceedings were initiated against the defendant Pahmer but in July, 1987, they were dismissed in the absence of proof of service of the interlocutory order directed against him.

On January 9, 1987 [as amended January 13, 1987], the Associate Senior Prothonotary approved judgment as sought by the appellants against Brad Balshin, Hilda Balshin, Shelly Michaels, Arthur Christodoulou and Martin Herson, who had consented to judgment, for an order restraining them from: (1) infringing the appellants' registered trademarks; (2) using the name Rolex; and (3) selling and importing watches or wares bearing the name Rolex or the Crown Design that were not of the appellants' manufacture or merchandise. The judgment also included an order under subsection 52(4) of the *Trade-marks Act* prohibiting importation of imitation wares bearing the name Rolex. That order was subsequently held to be unenforceable by Mr. Justice McNair because of the failure to meet a condition precedent: see *Montres Rolex S.A. v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 39 (T.D.).

After January 13, 1987, the action continued against the defendants Redman and Pahmer and "all others selling, offering for sale, importing, advertising, manufacturing or distributing any wares in association with the name Rolex or the Crown Design."

On November 30, 1987, the appellants sought to have the named defendants Redman and Pahmer, who were defending the claims of the appellants, appointed as representatives of all unidentified persons who were engaged in selling imitation Rolex

(3d) 372 (1^{re} inst.)] contre les défendeurs nommés David C. Redman et Robert Pahmer.

Le 30 décembre 1986, des ordonnances de justification ont été rendues à l'égard des défendeurs Brad Balshin et Martin Herson à qui on reprochait d'avoir violé les ordonnances interlocutoires. Par la suite, il a été jugé que les deux hommes avaient sciemment violé les ordonnances de la Cour, commettant par là un outrage au tribunal. Ils ont été condamnés à une amende. Des procédures semblables ont été intentées contre le défendeur Pahmer; cependant, en juillet 1987, elles ont été rejetées vu qu'il n'y avait aucune preuve de la signification de l'ordonnance interlocutoire dirigée contre lui.

Le 9 janvier 1987 [modifié le 13 janvier 1987], le protonotaire adjoint a homologué le jugement demandé par les appelantes contre Brad Balshin, Hilda Balshin, Shelly Michaels, Arthur Christodoulou et Martin Herson, qui avaient consenti au jugement, en vue d'obtenir une ordonnance les empêchant de faire ce qui suit: (1) violer les marques de commerce déposées des appelantes, (2) utiliser le nom Rolex, et (3) vendre et importer des montres ou des marchandises, portant le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, qui n'avaient pas été fabriquées ou promues par les appelantes. Le jugement comprenait également une ordonnance rendue en application du paragraphe 52(4) de la *Loi sur les marques de commerce* interdisant l'importation de marchandises d'imitation qui portaient le nom Rolex. Par la suite, M. le juge McNair a statué que cette ordonnance n'était pas susceptible d'exécution parce qu'une condition préalable n'avait pas été remplie: voir *Montres Rolex S.A. c. M.R.N.*, [1988] 2 C.F. 39 (1^{re} inst.).

Après le 13 janvier 1987, l'action s'est poursuivie contre les défendeurs Redman et Pahmer et contre «tous les autres qui vendent, offrent en vente, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne».

Le 30 novembre 1987, les appelantes ont demandé que les défendeurs nommés qui contestaient leur action, savoir Redman et Pahmer, soient nommés représentants de toutes les personnes non identifiées qui vendaient des produits d'imitation Rolex. Le 11

products. On February 11, 1988, that motion was dismissed by the Associate Chief Justice [*Montres Rolex S.A. v. Balshin*, T-2355-86, not reported]. However, the appellants did not abandon their pursuit of injunctive relief against both types of unnamed defendants. *a*

On January 11, 1988, Mr. Justice Cullen acceded to the appellants' motion for an order amending the style of cause by adding the following defendants: "John Doe and Jane Doe, and all others unknown to the Plaintiffs who sell, import, advertise, manufacture or distribute any wares in association with the name Rolex or the Crown Design being registered Trademarks . . .". At this stage in the litigation, it is apparent that the appellants were determined to lay the procedural groundwork on which a permanent injunction against unnamed defendants could be legally erected. *b*

By the time the trial commenced on February 7, 1989, all but one of the named defendants, Robert Pahmer, had either consented to judgment or were in default of appearance. However, no counsel appeared on behalf of Mr. Pahmer, nor did he appear for the purpose of representing himself. After making every reasonable effort to apprise the defendant Pahmer that the trial would proceed in his absence, the learned Trial Judge ordered the trial to proceed. On the basis of the evidence adduced by the appellants, Mr. Justice MacKay made a number of relevant findings. *c*

Of significance to the appellants' case, is the manner in which some of the defendants were able to avoid being identified by name. In this regard, the Court found (at pages 271-272): *d*

(8) Sales, advertising and distribution of imitation Rolex products are frequently conducted by street vendors or others with no fixed business address or premises and no continuing business identification, who are often difficult to identify with certainty even when confronted with their unauthorized selling practices. These circumstances create great difficulties for the plaintiffs in seeking to protect their rights or interests through legal proceedings; *e*

In support of that finding, the learned Trial Judge relied on the testimony of two deputy sheriffs which he summarized as follows (at page 269): *f*

février 1988, le juge en chef adjoint a rejeté cette requête [*Montres Rolex S.A. c. Balshin*, T-2355-86, non publiée]. Cependant, les appelantes n'ont pas renoncé à obtenir une injonction contre les deux catégories de défendeurs non nommés. *a*

Le 11 janvier 1988, M. le juge Cullen a accueilli la requête des appelantes visant à modifier l'intitulé de la cause par l'ajout des défendeurs suivants: «John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues des demandresses qui vendent, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, c'est-à-dire des marques de commerce déposées . . .». À cette étape du litige, il est évident que les appelantes étaient résolues à établir les fondements procéduraux d'une demande d'injonction permanente contre des défendeurs non nommés. *b*

Lorsque l'instruction a débuté le 7 février 1989, tous les défendeurs nommés sauf un, savoir Robert Pahmer, avaient, soit consenti à un jugement, soit fait défaut de comparaître. Cependant, aucun avocat n'a comparu pour M. Pahmer qui n'a pas comparu lui-même. Après avoir tenté par tous les moyens raisonnables d'aviser le défendeur Pahmer que l'instruction aurait lieu en son absence, le juge de première instance a ordonné la tenue de l'instruction. À partir de la preuve présentée par les appelantes, M. le juge MacKay est arrivé à un certain nombre de conclusions pertinentes. *c*

La manière dont certains des défendeurs ont pu éviter d'être identifiés par leur nom revêt une importance pour la cause des appelantes. À cet égard, la Cour a conclu (aux pages 271 et 272): *d*

8) La vente, la promotion et la distribution des produits d'imitation Rolex sont souvent faites par des marchands ambulants ou d'autres personnes qui n'ont pas d'adresse ou d'établissement commercial fixe et aucune identité commerciale permanente et qu'il est souvent difficile d'identifier avec certitude, même lorsqu'on les confronte à leurs pratiques de vente non autorisées. Dans ces circonstances, il est très difficile pour les demandresses de protéger leurs droits ou intérêts par des actions en justice. *e*

Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est appuyé sur le témoignage de deux shérifs adjoints, témoignage qu'il a résumé en ces termes (à la page 269): *f*

David Blackburn and Kenneth Foston, both deputy sheriffs of the Judicial District of York, testified from their experience in assisting the plaintiffs in seizure of imitation Rolex watches after interlocutory orders had issued earlier in this matter. On nine occasions from May to December in 1988 they had seized the imitation Rolex watches from the defendant, Pahmer, and had completed a levy report about each seizure. They testified as to general practices of street vendors of watches, including their tendency to avoid revealing their true identity or address or the source of their supply of watches, their moving from one major traffic area to another and their apparent arrangements for "runners" to alert them when sheriff's staff appeared, in which event the vendors simply packed up, picked up and moved on, only to return later.

Mr. Justice MacKay found that the sale and distribution of imitation Rolex watches and other horological wares bearing the trade-mark "Rolex" and "Crown Design" constituted infringement of the appellants' exclusive rights under sections 19 and 20 of the Act. Moreover, it was found that such infringement had the effect of depreciating the value of the goodwill attached to the appellants' trade-marks contrary to section 22 of the Act and that the importation of the imitation wares was contrary to section 52 of the Act. The significance of the latter determination is relevant to the issue under consideration and is examined more fully below.

In light of the breadth of the injunctive relief being sought by the appellants, it is incumbent to provide an overview of the law dealing with joinder of parties. While the analysis begins with an examination of established and accepted principles, I am mindful that general propositions do not always decide concrete cases.

At the turn of the nineteenth century, it was Lord Eldon, L.C., in *Iveson v. Harris* (1802), 32 E.R. 102 [at page 104], who stated: "that you cannot have an injunction except against a party to the suit." In that case, the plaintiffs sought to enforce a writ of prohibition against a non-party to the action, a creditor of the defendant. It is not difficult to accept a rule of law which directs that any person who might be affected by an order of the Court should be made a party. Conversely, persons not a party to the action are not bound by any order that is subsequently made. But it is not in the formulation of the general principle or rule that difficulty is found. Rather it lies in the extent

David Blackburn et Kenneth Foston, tous deux shérifs adjoints du district judiciaire de York, ont parlé de l'expérience qu'ils ont vécue lorsqu'ils ont aidé les demanderessees à saisir des montres d'imitation Rolex après la délivrance des injonctions interlocutoires survenue plus tôt dans la présente cause. À neuf reprises, de mai à décembre 1988, ils ont saisi du défendeur Pahmer les montres d'imitation Rolex et ils ont rempli un rapport au sujet de chaque saisie. Ils ont parlé des pratiques générales des vendeurs ambulants de montres, notamment de leur tendance à éviter de révéler leur véritable identité ou adresse ou la provenance de leurs marchandises, à se déplacer d'un secteur très fréquenté à un autre et à disposer de «messagers» qui les préviennent de la présence du personnel du shérif, auquel cas les marchands plient bagages et quittent les lieux, mais reviennent plus tard.

M. le juge MacKay a conclu que la vente et la distribution de montres d'imitation Rolex et d'autres marchandises d'horlogerie portant la marque de commerce «Rolex» et le «motif représentant une couronne» constituaient une violation des droits exclusifs des appelantes en vertu des articles 19 et 20 de la Loi. En outre, le juge a conclu qu'une telle violation avait entraîné la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce des appelantes, en contravention à l'article 22 de la Loi, et que l'importation des marchandises d'imitation était contraire à l'article 52 de la Loi. Cette dernière conclusion revêt de l'importance en l'espèce et elle est examinée davantage ci-dessous.

Vu l'ampleur de l'injonction demandée par les appelantes, il y a lieu de donner un aperçu du droit en matière de jonction des parties. Bien que l'analyse parte d'un examen des principes établis et acceptés, je garde à l'esprit que les propositions générales ne permettent pas toujours de résoudre les cas concrets.

Au début du dix-neuvième siècle, dans l'arrêt *Iveson v. Harris* (1802), 32 E.R. 102 [à la page 104], lord Eldon, L.C. a affirmé: [TRADUCTION] «qu'une injonction pouvait seulement être prononcée contre une partie à l'action». Dans cette affaire, les demandeurs avaient tenté de faire exécuter un bref de prohibition contre un créancier du défendeur, lequel créancier n'était pas partie à l'action. Il n'est pas difficile d'accepter la règle de droit selon laquelle une personne susceptible d'être touchée par une ordonnance du tribunal doit être constituée partie. Inversement, une ordonnance rendue par la suite n'est pas opposable à ceux qui ne sont pas parties à l'action. Cepen-

to which the law remains flexible by permitting the development and application of exceptions or the refinement of generalized principles.

The retention of flexibility in regard to the joinder issue is present in a decision of our Supreme Court, *Matthew v. Guardian Assur. Co.* (1919), 58 S.C.R. 47, where Anglin J. stated (at page 61):

Where the injunction sought will injuriously affect the rights of a person or body not before the court it will not ordinarily, and without special circumstances, be granted.

In that case it was held, *inter alia*, that an application for an injunction should not be entertained against the agent of an insurance company who was seeking a licence on the company's behalf. Since the agent's authority to act on behalf of the company only arose on the granting of the licence, the company should have been a party to the proceedings.

An interesting aspect of Mr. Justice Anglin's remarks is that they were made in the context of a known and identifiable entity; a defendant who could be named. The extant law, however, reveals that the "special circumstances" envisaged by Anglin J. are limited in scope and purpose and do not extend to parties who with due diligence could have been identified and added as a party to the action. I shall deal only with the more relevant exceptions to the general principle.

It is trite to acknowledge that a corporation can only act through others. Accordingly, the law was quick to recognize that an injunction against a corporation must be obeyed by its officers and ultimately all those in its employ. The legal rationale underscoring the reach of the injunction lies in the belief that non-parties should not be permitted to obstruct the course of justice. In *Brydges v. Brydges*, [1909] P. 187 (C.A.), Farwell L.J. expounded on this rationale in the following terms (at page 191):

dant, ce n'est pas la formulation du grand principe ou de la règle qui pose des difficultés. Le problème se pose plutôt en ces termes: dans quelle mesure le droit demeure-t-il suffisamment souple pour permettre le développement et l'application d'exceptions ou le raffinement des grands principes?

L'arrêt *Matthew v. Guardian Assur. Co.* (1919), 58 R.C.S. 47, de notre Cour suprême, sanctionne la souplesse de la règle en matière de jonction des parties. Dans cet arrêt, le juge Anglin a affirmé ce qui suit (à la page 61):

[TRADUCTION] Lorsque l'injonction demandée causera un préjudice aux droits de la personne ou de l'organisme qui n'est pas partie à l'instance, le tribunal refusera généralement de l'accorder en l'absence de circonstances spéciales.

Dans cet arrêt, la Cour suprême a notamment jugé qu'une demande d'injonction ne devait pas être accueillie contre le mandataire d'une compagnie d'assurances qui avait demandé un permis pour le compte de la compagnie. Puisque le pouvoir du mandataire d'agir pour le compte de la compagnie n'a pris naissance qu'au moment où le permis avait été accordé, la compagnie aurait dû être constituée partie à l'instance.

Il est intéressant de noter que le juge Anglin a fait ces remarques dans un cas où il y avait une entité connue et identifiable, c'est-à-dire un défendeur nommé désigné. Cependant, d'après le droit positif, on constate que les «circonstances spéciales» envisagées par le juge Anglin sont d'une portée et d'une application limitées et qu'elles ne s'étendent pas aux parties qui auraient pu, avec bonne diligence, être identifiées et ajoutées comme parties à l'action. Je traiterai seulement les exceptions les plus pertinentes au principe général.

Qu'une personne morale ne puisse agir que par l'intermédiaire d'autrui, cela va sans dire. Par conséquent, les tribunaux ont vite reconnu qu'une injonction décernée contre une personne morale devait être observée par ses dirigeants et, en fin de compte, par tous ses employés. Si les tribunaux étendent ainsi la portée de l'injonction, c'est parce qu'ils croient que ceux qui ne sont pas parties à l'instance ne devraient pas pouvoir entraver le cours de la justice. Dans l'arrêt *Brydges v. Brydges*, [1909] P. 187 (C.A.), le lord

It is true that persons who are not parties to an action, and are therefore not bound by the injunction so as to be committed for a breach of it, may yet be made amenable to the jurisdiction of the Court if the injunction be negative, i.e., forbids something to be done, but it can only be done on the ground of contempt in obstructing the course of justice by acting or aiding and abetting in breach of an injunction of the Court; and this is the ground on which "servants and agents" are rendered liable for contempt whether they are mentioned in the order or not. The practice of mentioning them probably arose in order to give them warning: see *Seaward v. Patterson* [[1897] 1 Ch. 545].

It is accepted in law that it is not necessary to mention servants or agents in the order being sought or granted. The jurisdiction of the Court to exercise its contempt power remains unaffected by that omission. Indeed, in *Marengo v. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406 (H.L.), the corporate defendant took objection to an injunction which restrained "the defendants, their staff servants and agents" from doing certain prohibited acts.

Lord Uthwatt held that the objection was well-founded to the extent that the reference to "staff servants and agents" had the legal effect of enjoining them. It was held that such a reference "is nothing other than a warning against wrongdoing to those persons who may by reason of their situation be thought easily to fall into the error of implicating themselves in a breach of the injunction by the defendant" (at page 407). His Lordship concluded that while it was unnecessary to make reference to such persons it would be desirable to "mark the amplitude of the order" (at page 407). Accordingly, he suggested an alternative form of wording: "the defendants by themselves, their servants, workmen and agents or otherwise". The intended effect of the rewording is to dispel the notion that anyone other than the corporate defendant was a party to the action.

Though the term "aiders and abettors" lacks sophistication, it conveys readily why it has come to pass that a non-party may be held in contempt of an injunction including, for example, the stranger who

juge Farwell a expliqué ce principe ainsi (à la page 191):

[TRADUCTION] Il est vrai que les personnes qui ne sont pas parties à l'action, si bien qu'elles n'encourent pas l'incarcération pour violation de l'injonction qui ne leur est pas opposable, peuvent néanmoins être justiciables du tribunal si l'injonction est négative, c'est-à-dire si elle porte interdiction de faire; cependant, il n'en sera ainsi que si la personne est jugée coupable d'outrage pour avoir entravé le cours de la justice en agissant contrairement à une injonction du tribunal ou en aidant et encourageant quelqu'un à le faire. C'est pour ce motif que les «employés et mandataires» sont tenus coupables d'outrage, qu'ils soient mentionnés ou non dans l'ordonnance. La pratique qui consiste à les mentionner a probablement été instituée pour les avertir: voir *Seaward v. Patterson* [[1897] 1 Ch. 545].

Il est admis en jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire de mentionner les employés ou les mandataires dans l'ordonnance demandée ou accordée. Une omission à ce chapitre n'a aucune incidence sur la compétence du tribunal en matière d'outrage. En effet, dans l'arrêt *Marengo v. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406 (H.L.), la société défenderesse s'était opposée à une injonction qui interdisait [TRADUCTION] «aux défendeurs, à leurs employés et à leurs mandataires» de poser certains actes interdits.

Lord Uthwatt a jugé que l'objection était bien fondée dans la mesure où la mention «employés et mandataires» avait pour effet juridique d'interdire à ceux-ci d'agir de la manière reprochée. Le juge a statué qu'une telle mention [TRADUCTION] «n'(était) rien d'autre qu'un avertissement adressé aux personnes qui, de par leur situation, étaient susceptibles de participer à une violation de l'injonction par le défendeur» (à la page 407). Sa Seigneurie a conclu que, même s'il n'était pas nécessaire de mentionner ces personnes, il était souhaitable de le faire pour [TRADUCTION] «souligner la portée de l'ordonnance» (à la page 407). Par conséquent, le juge a proposé la formule de rechange suivante: [TRADUCTION] «les défendeurs, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire de leurs employés, ouvriers, mandataires ou autres». Cette nouvelle formulation visait à dissiper tout malentendu voulant que d'autres que la société défenderesse aient pu être parties à l'action.

Bien que l'expression «ceux qui aident et qui encouragent» ne soit pas très recherchée, elle permet de bien comprendre pourquoi les tribunaux en sont venus à conclure qu'une personne qui n'est pas partie

knowingly assists a defendant in breaching the terms of an injunction: see *C.P.R. Co. v. Brady et al.* (1960), 26 D.L.R. (2d) 104 (B.C.S.C.) and *Bassel's Lunch Ltd. v. Kick et al.*, [1936] O.R. 445 (C.A.). Against this historical backdrop, it is understandable why Canadian courts have also enforced injunctions against non-parties in the context of labour disputes: see *International Longshoremen's Association, Locals 273, 1039, 1764 v. Maritime Employers' Association et al.*, [1979] 1 S.C.R. 120, where the Supreme Court had the opportunity to examine the wording of an interlocutory injunction issued against three trade unions and in the end settled on the approach of the House of Lords in *Marengo, supra* (per Estey J. at pages 143-144).

Aside from injunctions issued against corporations and trade unions, there are relatively few instances where injunctive relief has had a prohibitory effect on unnamed persons.² Not surprisingly, counsel's intent on circumventing the perceived inflexibility of the substantive law governing joinder of parties has turned to two procedural tactics.

First, they have attempted to structure the proceeding as a class action. In the instant case, the appellants were unable to persuade the Associate Chief Justice to grant an order in which two of the named defendants, who were defending the claims of the appellants, would be appointed representatives of all unidentified persons engaged in selling imitation wares. The reasoning of the Associate Chief Justice is compelling and, as hindsight would prove, prophetic (at page 264):

It is clear . . . that the respondents to this motion resist it, which alone is almost enough to cause the application to fail. In addition, however, it is far from certain that they intend to satisfactorily prosecute their own defence, much less that of their co-defendants. They do not have any office or title which casts them in a position of responsibility for the others. There is nothing to indicate that their defence will be identical to any put forward by the others.

² See generally Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, 1992 (2nd ed.), 6.260—6.310, at pp. 6-14 to 6-17.

à l'instance puisse être jugée coupable de ne pas avoir respecté une injonction, y compris, par exemple, l'étranger qui aide sciemment un défendeur à contrevenir à une injonction: voir *C.P.R. Co. v. Brady et al.* (1960), 26 D.L.R. (2d) 104 (C.S.C.-B.) et *Bassel's Lunch Ltd. v. Kick et al.*, [1936] O.R. 445 (C.A.). Sur cette toile de fond historique, on comprend pourquoi les tribunaux canadiens ont également exécuté des injonctions à l'égard de personnes qui n'étaient pas parties à l'instance dans le contexte des conflits de travail: voir l'arrêt *Association internationale des débardeurs, sections locales 273, 1039, 1764 c. Association des employeurs maritimes et autres*, [1979] 1 R.C.S. 120, où la Cour suprême a eu l'occasion d'examiner le texte d'une injonction interlocutoire décernée contre trois syndicats et a fini par aller dans le sens de la Chambre des lords dans l'arrêt *Marengo*, précité (motifs du juge Estey, aux pages 143 et 144).

À part les injonctions décernées contre les personnes morales et les syndicats, il est relativement rare que des injonctions aient un effet prohibitif sur des personnes non nommées². Comme on pouvait s'y attendre, l'avocat des appelantes, bien décidé à contourner la difficulté apparente que posait le droit positif régissant la jonction des parties, a adopté deux tactiques de procédure.

Premièrement, il a tenté d'intenter l'action sous forme de recours collectif. En l'espèce, les appelantes n'ont pas pu convaincre le juge en chef adjoint de rendre une ordonnance qui aurait constitué deux des défendeurs nommés, qui contestaient l'action des appelantes, représentants de toutes les personnes non identifiées qui faisaient la vente des marchandises d'imitation. Le raisonnement du juge en chef adjoint est convaincant et, avec le recul, même prophétique (à la page 264):

Il est évident . . . que les intimés résistent à cette requête, ce qui en soi est presque suffisant pour que la demande échoue. En outre, il n'est pas du tout certain qu'ils aient l'intention de présenter de façon satisfaisante leur propre défense, encore moins celle de leurs co-défendeurs. Ils n'ont ni bureau ni titre les plaçant dans une position de responsabilité envers les autres. Rien n'indique que leur défense sera identique à celle qu'auraient pu présenter les autres.

² Voir, généralement, Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, 1992 (2^e éd.), N^o 6.260 à 6.310, aux pp. 6-14 à 6-17.

However, the appellants were not content with this finding and at trial argued before Mr. Justice MacKay that the circumstances had changed such that it would now be proper to structure the action as one against a class of defendants. I think it unnecessary to review the appellants' arguments or the extensive and persuasive reasoning proffered by Mr. Justice MacKay for rejecting the appellants' submission [see pages 275-277].

Bluntly put, this is not a proper case to consider one named defendant to be representative of all unknown transgressors. To hold otherwise would be to allow "form" to prevail over "substance". If the appellants are to succeed on this appeal, it is because the law recognizes the validity of the injunctive relief being sought and not because the appellants have chosen to cast their action in a form which suits their purposes.

The appellants being unable to rely on one procedural avenue pursued yet another; adding to the style of cause "John Doe and Jane Doe and all others unknown". Case law reveals that on occasion plaintiffs have been permitted to frame the style of cause by resorting to the fictitious names of "John Doe" and "Jane Doe".

This procedural anomaly has its origin in cases where the name of the defendant was not known to or ascertainable by the plaintiff who could not be expected in the particular circumstance to know the identity of persons involved in the event giving rise to the claim (see *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58 (H.C.)). For example, in *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500 (B.C.C.A.), the plaintiff was unable despite diligent effort to identify the driver involved in a collision. The one-year limitation period about to expire, the plaintiff commenced an action in which the driver of the vehicle was named as a defendant as "John Doe". In time, the style of cause was amended by correcting the name "John Doe" to read "Wallace Bubela".

Toutefois, les appelantes n'ont pas jugé cette conclusion satisfaisante et, à l'instruction, elles ont plaidé devant M. le juge MacKay que les circonstances avaient changé au point où il serait maintenant juste d'intenter l'action sous forme de recours contre une catégorie de défendeurs. J'estime inutile de réexaminer les arguments des appelantes ou le raisonnement exhaustif et convaincant suivi par le juge MacKay pour rejeter la thèse des appelantes (voir pages 275 à 277).

Sans ambages, disons qu'il ne s'agit pas ici d'un cas où un défendeur nommé peut représenter tous les transgresseurs inconnus. Statuer autrement reviendrait à laisser emporter la «forme» sur le «fond». Les appelantes auront gain de cause dans le présent appel si l'injonction demandée est valide sur le plan juridique et non pas parce qu'elles ont choisi d'intenter leur action selon une procédure donnée pour parvenir à leurs fins.

Privées de la possibilité d'employer cette procédure, les appelantes ont tenté d'en suivre une autre, en ajoutant à l'intitulé de la cause les mots «John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues». D'après la jurisprudence, des demandeurs ont parfois été autorisés à rédiger l'intitulé de la cause en employant les noms fictifs «John Doe» et «Jane Doe».

Cette exception aux règles de procédure était d'abord employée dans les cas où le nom du défendeur n'était pas connu ou susceptible d'être connu du demandeur, c'est-à-dire les cas où le demandeur, à cause de circonstances particulières, n'était pas censé connaître l'identité des personnes impliquées dans l'événement qui avait donné lieu à la demande (voir l'arrêt *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58 (H.C.)). Par exemple, dans l'affaire *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500 (C.A.C.-B.), le demandeur, malgré ses efforts diligents, n'était pas en mesure d'identifier le conducteur impliqué dans une collision. Juste avant l'expiration du délai de prescription d'un an, le demandeur a intenté une action dans laquelle le conducteur du véhicule a été constitué défendeur sous le nom de «John Doe». Par la suite, l'intitulé de la cause a été modifié par la substitution du nom «Wallace Bubela» à celui de «John Doe».

A review of the relevant cases leads me to conclude the use of fictitious names has been sanctioned by the courts as a stopgap measure and therefore restricted to interlocutory³ and pre-trial proceedings: see *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (B.C.S.C.); *Cartier, Inc. v. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (F.C.T.D.) and the reasons of MacKay J. at pages 277-279.

As noted earlier, the appellants were successful in having the style of cause amended by the addition of "John Doe and Jane Doe and all others unknown" as defendants to the action. In so doing, they are able to analogize the present facts with those present in *Jackson, supra*. As in *Jackson*, the appellants have made diligent efforts to identify the defendants and therefore should not be thwarted by the fact that these defendants cannot be identified by name. Of course, the analogy breaks down once it is recognized that the order being sought is to have post-trial effect.

The one "John Doe" case cited by the appellants in support of an injunction against both types of unnamed defendants is, in my view, the one case that might dissuade some courts from acceding to the appellants' argument. In *Sask. Power Corp. v. Doe*, [1988] 6 W.W.R. 27 (Sask. Q.B.); aff'd [1988] 6 W.W.R. 634 (Sask. C.A.), the plaintiffs sought an interim "John Doe" injunction in response to people seeking to thwart a construction project by picketing and intimidating anyone who attempted to enter the construction site. As well, the plaintiffs alleged that property damage had occurred. In the main action the plaintiffs were seeking a permanent injunction on the same terms as sought in the interim order.

The immediate question in *Sask. Power Corp., supra*, was whether the interim injunction should be

³ Even when fictitious names have not been used, an injunction against unidentified persons is invariably of an interim nature: See *Attorney-General of British Columbia v. Couillard et al.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 567 (B.C.S.C.).

Un examen de la jurisprudence pertinente m'amène à conclure que les tribunaux ont sanctionné l'utilisation de noms fictifs comme mesure intérimaire, c'est-à-dire limitée aux procédures interlocutoires³ et préalables à l'instruction: voir les décisions *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (C.S.C.-B.); et *Cartier, Inc. v. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (C.F. 1^{re} inst.), ainsi que les motifs du juge Mackay, aux pages 277 à 279.

Comme nous l'avons déjà vu, les appelantes ont réussi à faire modifier l'intitulé de la cause par l'ajout de «John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues» comme défendeurs à l'action. Ce faisant, elles peuvent faire une analogie entre les faits en l'espèce et ceux de l'arrêt *Jackson*, précité. Comme dans l'affaire *Jackson*, les appelantes ont fait des efforts diligents pour identifier les défendeurs, si bien que l'impossibilité d'identifier ces défendeurs par leurs noms ne devrait pas être un obstacle. Bien sûr, l'analogie ne tient plus dès que l'on reconnaît que l'ordonnance demandée doit avoir un effet postérieur à l'instruction.

L'unique arrêt «John Doe» cité par les appelantes au soutien d'une injonction contre les deux catégories de défendeurs non nommés est justement, à mon avis, l'arrêt qui pourrait dissuader certains tribunaux d'accepter l'argument des appelantes. Dans l'arrêt *Sask. Power Corp. v. Doe*, [1988] 6 W.W.R. 27 (B.R. Sask.); confirmé par [1988] 6 W.W.R. 634 (C.A. Sask.), les demandeurs avaient sollicité une injonction provisoire de type «John Doe» à l'encontre de gens qui cherchaient à bloquer un projet de construction en faisant du piquetage et en intimidant quiconque tentait de pénétrer sur le chantier. Les demandeurs avaient également allégué des dommages matériels. Dans l'action principale, les demandeurs cherchaient à obtenir une injonction permanente dont la teneur était identique à celle de l'ordonnance provisoire.

Dans l'affaire *Sask. Power Corp.*, précitée, le tribunal devait d'abord décider s'il y avait lieu d'accor-

³ Même lorsque des noms fictifs n'ont pas été utilisés, l'injonction prononcée contre des personnes non identifiées est invariablement de nature provisoire: voir le jugement *Attorney-General of British Columbia v. Couillard et al.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 567 (C.S.C.-B.).

granted on the plaintiffs' terms. The defendants were designated as "John Doe and all persons . . . who were congregating on or about a roadway located . . .". The draft order also extended to (at page 28):

. . . any person acting on or under their or under any of his or their instructions, or anyone having knowledge or notice of the Order herein requested . . .

In these circumstances, the Court held that such an order would be "convenient" from the standpoint of the plaintiffs, but not "just". The net, cast by the order was deemed too wide and understandably so once it is recognized that anyone having knowledge of the order, including a disinterested observer, would presumably be caught. In my opinion, *Sask. Power Corp.*, *supra*, stands for the proposition that an interim injunction will not be granted where it could conceivably extend to innocent persons. Nonetheless, it remains to be determined whether, for other cogent reasons, the relief being sought by the appellants has been cast too wide.

With respect to the "unknown defendants", Mr. Justice MacKay concluded that only in exceptional circumstances could a permanent injunction issue against such persons. He had no difficulty in summarizing the circumstances warranting a permanent injunction as against this class of defendants (at pages 279-280):

These circumstances include the difficulty faced by the plaintiffs, and others in their position, in seeking to protect their exclusive trademark interests through the usual legal remedies under the *Trade Marks Act* for the remedies are largely frustrated by the activities of those who knowingly infringe upon the plaintiffs' interests including the importation of imitation wares bearing the plaintiffs' registered trade marks or facsimiles of them. They do this in the expectation that the nature and mobility of their operations effectively reduces the likelihood that legal remedies will seriously affect them adversely. At the same time, by infringing activities they seriously undercut the exclusive rights of the plaintiffs and for the long term the plaintiffs' claim to exclusive use under registered trade marks.

der l'injonction provisoire aux conditions sollicitées par les demandeurs. Les défendeurs étaient désignés [TRADUCTION] «John Doe et quiconque . . . se réunissait sur la route située . . . ou dans les alentours». Le projet d'ordonnance s'étendait également à (à la page 28):

[TRADUCTION] . . . quiconque agit sous leurs directives ou quiconque a connaissance de l'ordonnance demandée en l'espèce, notamment à la suite d'un avis . . .

Dans le cas précité, le tribunal a statué qu'une telle ordonnance aurait été [TRADUCTION] «pratique», du point de vue des demandeurs, mais non pas [TRADUCTION] «juste». La portée de l'ordonnance a été jugée trop vaste, ce qui n'a rien de surprenant dès que l'on admet que quiconque avait connaissance de l'ordonnance, y compris un spectateur désintéressé, était vraisemblablement visé. À mon avis, le principe qui se dégage de l'arrêt *Sask. Power Corp.*, précité, veut qu'une injonction provisoire ne soit pas accordée lorsqu'elle est susceptible de s'étendre à des personnes sans reproche. Néanmoins, il reste à décider si, pour d'autres motifs convaincants, la réparation demandée par les appelantes est d'une portée excessive.

En ce qui a trait aux «défendeurs inconnus», M. le juge MacKay a conclu qu'une injonction permanente pouvait être décernée contre eux seulement dans des circonstances exceptionnelles. Il n'a eu aucune difficulté à résumer les circonstances qui justifiaient la délivrance d'une injonction permanente contre cette catégorie de défendeurs (aux pages 279 et 280):

Ces circonstances comprennent les problèmes que les demanderesse et d'autres personnes dans leur position ont éprouvés lorsqu'elles ont tenté de protéger leurs droits exclusifs liés aux marques de commerce en intentant les recours habituels prévus à la *Loi sur les marques de commerce*, étant donné que les redressements ne permettent à peu près pas de mettre un terme aux activités de ceux qui violent sciemment les intérêts des demanderesse, notamment l'importation de marchandises d'imitation portant les marques de commerce déposées des demanderesse ou des reproductions de celles-ci. Ils le font en sachant qu'en raison de la nature et de la mobilité de leurs activités, il y a peu de chances que les recours juridiques leur causent un grave préjudice. Au même moment, leurs activités constituent une entrave sérieuse aux droits exclusifs des demanderesse et, à long terme, à la revendication de celles-ci relativement à l'utilisation exclusive des marques de commerce déposées.

I am in agreement that the circumstances are sufficiently exceptional to warrant a post-trial injunction issuing against “unknown defendants”. It is incontrovertible that the itinerate nature of the street vending business enables a few to exploit certain procedural and substantive limitations which the law places on plaintiffs. Consequently, elusive street vendors are able to render themselves immune from the intended effect of legal remedies which otherwise are usually effective in curtailing unlawful conduct.

In as much as the law has seen fit to enjoin those it considers “aiders and abettors”, so too should it restrain those who conduct themselves in accordance with the tenets of “The Artful Dodger”. I do not believe that the appellants should be frustrated in their attempt to redress deliberate breaches of their legal rights because they are unable to identify such defendants prior to trial. In the instant case that omission is occasioned by the fault of the “unknown defendants”, not the appellants.

Although prepared to extend the reach of the injunction to “unknown defendants”, I am of the opinion that the net to be cast remains, in one significant respect, too wide. In my opinion, the injunction should be restricted to curtailing the unlawful activities of our “Artful Dodger”. The reasons underlying the decision to extend the reach of the injunction are predicated on the failure of the existing law to respond adequately to the evasion tactics adopted by street vendors. On the other hand, the appellants are not to be rewarded for failing to take reasonable steps in identifying and joining persons to the action. Accordingly, paragraph 3 of the order under appeal should be amended to apply only to street vendors or others with no fixed business address or premises. I am confident that the panoply of legal remedies available to the appellants, in the case of infringement by “established” merchants, is more than adequate.

It is evident from Mr. Justice MacKay’s reasons that while he was prepared to break new ground in the law of injunctive relief, he was not prepared to do so without extending adequate protection to those

Je conviens que les circonstances sont suffisamment exceptionnelles pour justifier la délivrance d’une injonction postérieure à l’instruction contre des «défendeurs inconnus». Il est indéniable que, de par la nature itinérante de leur entreprise, des marchands ambulants peuvent profiter de certaines limites que le droit impose aux demandeurs, tant sur le plan de la procédure que sur le plan des règles de fond. Par conséquent, les marchands ambulants, insaisissables, peuvent se soustraire à l’effet escompté des recours judiciaires qui sont par ailleurs efficaces pour empêcher une conduite illégale.

Dans la mesure où les tribunaux ont jugé opportun d’empêcher ceux qui, à leur sens, «aident et encouragent», ils doivent également empêcher ceux qui se conduisent en «fins renards». Je ne crois pas que les appelantes doivent être privées du redressement de violations délibérées de leurs droits du fait qu’elles sont incapables de prévoir avant l’instruction qui seront les défendeurs. En l’espèce, cette omission est attribuable aux «défendeurs inconnus», et non aux appelantes.

Bien que je sois disposé à étendre la portée de l’injonction pour inclure des «défendeurs inconnus», j’estime que cette portée demeure trop large sous un rapport important. À mon avis, l’injonction devrait se limiter à empêcher les activités illicites de notre «fin renard». Si la portée de l’injonction est étendue, c’est parce que le droit existant ne permet pas de contrer adéquatement les tactiques de dérobade adoptées par les marchands ambulants. Par ailleurs, il ne faut pas que les appelantes soient récompensées pour avoir omis de prendre les mesures raisonnables afin d’identifier certaines personnes et les joindre à l’action. Par conséquent, le paragraphe 3 de l’ordonnance dont il est fait appel devrait être modifié pour qu’il s’applique seulement aux marchands ambulants ou à d’autres personnes qui n’ont pas d’adresse ou d’établissement commercial fixe. Je suis persuadé que la panoplie de recours judiciaires dont peuvent se prévaloir les appelantes en cas de violation par des marchands «établis» est amplement suffisante.

À la lecture des motifs du juge MacKay, il est évident que, même s’il était disposé à innover dans le domaine du droit des injonctions, il n’était pas prêt à le faire sans accorder une protection suffisante à ceux

who might ultimately be found in violation. Paragraph 3 of his order reveals the protection afforded “unknown defendants” and is worthy of replication (at page 288):

3. The defendants John Doe, Jane Doe and all others unknown to the plaintiffs, who before or at the date of trial in this matter sold, imported, advertised, manufactured or distributed any wares in association with the name Rolex or Crown Design where those goods were not of the plaintiffs’ manufacture or merchandise, are enjoined from all of the same activities from which the defendants Redman and Pahmer are enjoined; provided that any person identified within six years after the date of trial herein as one to whom this clause may apply shall be served, *inter alia*, with notice that they have opportunity to apply upon motion for a determination that there are lawful reasons why this clause should not apply to him or her.

Of particular significance is the requirement that “unknown defendants” be served with a copy of the judgment and given the opportunity to challenge the applicability of the injunction as it impacts upon them. These conditions, of course, do not detract from the fact that in the event contempt proceedings are initiated, the onus remains on the appellants to discharge the requisite burden of proof. This is true regardless of whether an “unknown defendant” responds to service of the judgment within 30 days. I might add that one need not cite any legal authority for the proposition that a non-party cannot be held in contempt for breach of an injunction of which he or she had no knowledge. Hence, in the present circumstances, it is more likely that the injunction will have a deterrent effect once served, assuming that the injunction is of some practical benefit to the appellants. However, the appellants themselves have cast doubt on the efficacy of an injunction against “unknown defendants”.

Notwithstanding the appellants’ success at trial, they appealed to this Court on the basis that paragraph 3 of the order dealing with injunctive relief against the “unknown defendants” was vague and therefore unenforceable. The relevant portion of that paragraph reads as follows: “The defendants John Doe, Jane Doe and all others unknown to the plaintiffs who before or at [February 7, 1989] the date of

qui risquaient éventuellement d’être trouvés coupables de violation. La protection accordée aux «défendeurs inconnus» est prévue au paragraphe 3 de son ordonnance (à la page 288); ce paragraphe mérite d’être reproduit:

3. Il est interdit aux défendeurs John Doe, Jane Doe et à toutes les autres personnes inconnues des demanderessees qui, à la date du procès en l’espèce ou auparavant, ont vendu, importé, promu, fabriqué ou distribué des marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, alors que ces marchandises n’étaient pas fabriquées ou promues par les demanderessees, de poursuivre les activités interdites aux défendeurs Redman et Pahmer; cependant, toute personne identifiée dans les six ans suivant la date du procès aux présentes comme une personne à laquelle la présente clause peut s’appliquer recevra, par voie de signification, entre autres choses, un avis indiquant qu’elle a la possibilité de demander à la Cour, par requête, de déclarer qu’il existe des motifs légitimes pour lesquels la présente clause ne devrait pas s’appliquer à elle.

L’obligation de signifier une copie du jugement aux «défendeurs inconnus» et la possibilité pour eux de contester l’opposabilité de l’injonction à leur égard revêtent une importance particulière. Bien entendu, ces conditions ne changent rien au fait qu’en cas de poursuite pour outrage au tribunal, les appelantes devront quand même s’acquitter du fardeau de la preuve qui leur incombe. Telle est la situation, que le «défendeur inconnu» comparaisse ou non dans les trente jours qui suivent la signification du jugement. J’ajouterais qu’il n’est pas nécessaire de citer de jurisprudence pour affirmer que celui qui n’est pas partie à l’instance ne saurait être jugé coupable d’avoir violé une injonction dont il n’a pas connaissance. Par conséquent, en l’espèce, il est plus probable que l’injonction aura un effet dissuasif une fois signifiée, en admettant que les appelantes en tireront un avantage pratique quelconque. Cependant, les appelantes elles-mêmes ont jeté le doute sur l’efficacité d’une injonction prononcée contre des «défendeurs inconnus».

Même si les appelantes ont eu gain de cause en première instance, elles ont interjeté appel à cette Cour pour le motif que le paragraphe 3 de l’ordonnance portant injonction contre les «défendeurs inconnus» était vague et donc non susceptible d’exécution. Le passage pertinent de ce paragraphe se lit ainsi: «Il est interdit aux défendeurs John Doe, Jane Doe et à toutes les autres personnes inconnues des

trial in this matter sold . . .”. The appellants argued that as they could not identify anyone who had sold imitation wares prior to the date of trial, paragraph 3 of the order is meaningless.

During oral argument, counsel for the appellants conceded that the order would be effective if a street vendor admitted that he or she had been infringing the registered trade-marks on or before the trial date. I am in agreement with counsel, however, that it is simply naive to assume that such confessions will be commonplace. At the same time, it was acknowledged that the injunction would be “meaningful” in the event a street vendor found to be engaging in the prohibited activities was identified as having sold imitation wares prior to the trial date.

Ultimately, counsel conceded that the true objection to paragraph 3 of the order stemmed from his conviction that the order granted was of no practical consequence. Even if I were to accede to that conclusion, it does not affect the jurisdiction of the Court to grant the injunction. Whether or not any order of a court will produce the intended results is a matter to be speculated on in the circumstances of each case. Notwithstanding the fact that the appellants sought the order in the first instance, they found it problematic in application and thus suggested ways in which this Court could obviate their concerns.

One of the solutions offered by the appellants is to “amend” paragraph 3 to include “potential defendants”. Alternatively, counsel argued that that paragraph should be amended so as to place on street vendors presently selling imitation wares the burden of establishing that they were not selling such prior to the trial date. Needless to say, I find the alternate solution objectionable. The notion of placing the burden on persons, not defendants to an action, to establish their innocence as of a date which is of no significance to them is simply antithetical to legal thinking and wisdom.

demandereses qui, à la date du procès en l’espèce [soit le 7 février 1989] ou auparavant ont vendu . . . ». Les appelantes ont prétendu que le paragraphe 3 de l’ordonnance était dénué de sens puisqu’elles ne pouvaient identifier qui que ce soit ayant vendu des marchandises d’imitation avant la date de l’instruction.

Pendant la plaidoirie orale, l’avocat des appelantes a admis que l’ordonnance serait efficace si un marchand ambulant avouait avoir violé les marques de commerce déposées à la date de l’instruction ou auparavant. Cependant, à l’instar de l’avocat des appelantes, j’estime qu’il est simplement naïf de présumer que de tels aveux seront monnaie courante. Par ailleurs, l’avocat des appelantes a reconnu que l’injonction serait [TRADUCTION] «significative» s’il était établi qu’un marchand ambulant, pris à exercer les activités prohibées, avait vendu des marchandises d’imitation avant la date de l’instruction.

À la fin, l’avocat des appelantes a admis que s’il s’opposait au paragraphe 3 de l’ordonnance, c’était en réalité parce qu’il était convaincu que l’ordonnance accordée n’aurait aucun effet en pratique. Même si je devais souscrire à cette conclusion, cela n’aurait aucune incidence sur la compétence de la Cour pour accorder l’injonction. La question de savoir si l’ordonnance rendue par un tribunal produira les résultats escomptés relève de conjectures dans chaque cas. Bien que les appelantes aient sollicité l’ordonnance dans un premier temps, elles ont constaté qu’elle était d’application difficile; elles ont donc proposé des moyens par lesquels cette Cour pourrait calmer leurs inquiétudes.

Une des solutions proposées par les appelantes consiste à «modifier» le paragraphe 3 pour y inclure les «défendeurs éventuels». À titre subsidiaire, leur avocat a soutenu que le paragraphe devait être modifié de manière à obliger les marchands ambulants qui vendent actuellement des marchandises d’imitation à établir qu’ils ne les vendaient pas avant la date de l’instruction. Il va sans dire que je juge cette seconde solution inacceptable. L’idée d’obliger ceux qui ne sont pas défendeurs à une action à établir leur innocence à compter d’une date qui ne les concerne pas s’oppose tout simplement à la pensée et à la sagesse juridiques.

While at first blush the notion of injecting efficacy into paragraph 3 of the order by the inclusion of "potential defendants" appears motivated by an overriding concern for the interests of the appellants, the suggested solution does have a legal nexus. In effect, I take the appellants to be arguing that the itinerant street vendors, who could not be identified for the purposes of this action, continue to operate immune from any realistic prospect of being exposed to enforcement proceedings. Therefore, if the injunction is to achieve its intended effect then by necessity it must be over-inclusive to the extent that it will ensnare those guilty of trade-mark infringement after the trial date.

In my opinion, that argument loses its persuasiveness once it is recognized that the reason underlying the decision to extend injunctive relief to "unknown defendants" is based on the appellants' inability to identify such persons prior to the trial date. This problem is not solved by extending the injunction to "potential defendants". For the purposes of identification and service of legal documents, our "Artful Dodgers" will remain as elusive after the trial date as they were before. If the appellants are to succeed on this appeal, the rationale must lie elsewhere.

Counsel for the appellants was quick to point out that any concern that this Court might have with respect to the potential breadth of the order being sought should be evaluated in light of, and contrasted with, the order granted by Mr. Justice MacKay pursuant to subsection 52(4) of the Act. That order prohibits the future importation of imitation wares bearing the appellants' registered trade-marks. As fate would have it, section 52 raises a number of issues not all of which have been addressed or resolved by the courts (see generally *Canadian Trade-marks Act—Annotated*, H. G. Richard, Editor-in-Chief, Vol. 2, at pages 52-1 *et seq.*). Section 52 reads in part:

52. (1) Where it is made to appear to a court of competent jurisdiction that any registered trade-mark or any trade-name has been applied to any wares that have been imported into Canada or are about to be distributed in Canada in such a manner that the distribution of the wares would be contrary to this Act, or that any indication of a place of origin has been unlawfully applied to any wares, the court may make an order for the

Bien qu'à première vue, en rendant plus efficace le paragraphe 3 de l'ordonnance par l'ajout des «défendeurs éventuels», on semble chercher avant tout à protéger les intérêts des appelantes, la solution proposée comporte néanmoins un fondement juridique. À mon sens, les appelantes plaident donc que les marchands ambulants qui ne pouvaient être identifiés aux fins de la présente action continuent d'exercer leurs activités sans vraiment risquer de faire l'objet de procédures d'exécution. Par conséquent, pour que l'injonction ait l'effet escompté, elle doit nécessairement avoir une portée assez large pour permettre d'attraper ceux qui violent les marques de commerce après la date d'instruction.

À mon avis, cet argument perd de son poids une fois que l'on reconnaît que la décision d'étendre l'injonction à des «défendeurs inconnus» est fondée sur l'incapacité des appelantes d'avoir identifié ces personnes avant la date d'instruction. Le fait d'étendre l'injonction à des «défendeurs éventuels» ne règle pas ce problème. Aux fins de l'identification et de la signification des documents juridiques, nos «fins renards» demeureront aussi insaisissables après la date d'instruction qu'ils ne l'étaient avant. Pour que les appelantes puissent avoir gain de cause dans le présent appel, il leur faudra trouver un autre motif.

L'avocat des appelantes a vite fait remarquer que toute inquiétude que pourrait avoir cette Cour à l'égard de la portée éventuelle de l'ordonnance demandée devait être soupesée à la lumière de l'ordonnance rendue par le juge MacKay, en application du paragraphe 52(4) de la Loi. Cette ordonnance interdit l'importation future de marchandises d'imitation portant les marques de commerce déposées des appelantes. Or, l'article 52 soulève justement un certain nombre de questions dont certaines n'ont pas encore été abordées ou résolues par les tribunaux (voir généralement *Canadian Trade-marks Act—Annotated*, H. G. Richard, éditeur en chef, vol. 2, aux pages 52-1 et suivantes). L'article 52 dispose en partie:

52. (1) Lorsqu'il est démontré à un tribunal compétent qu'une marque de commerce enregistrée ou un nom commercial a été appliqué à des marchandises importées au Canada ou qui sont sur le point d'être distribuées au Canada de telle façon que la distribution de ces marchandises serait contraire à la présente loi, ou qu'une indication de lieu d'origine a été illégalement appliquée à des marchandises, le tribunal peut rendre

interim custody of the wares, pending a final determination of the legality of their importation or distribution in an action commenced within such time as is prescribed by the order.

(4) Where in any action under this section the court finds that the importation is or the distribution would be contrary to this Act, it may make an order prohibiting the future importation of wares to which the trade-mark, trade-name or indication of origin has been applied.

The case law surrounding subsection 52(4) has focused on whether a court must actually rule on the legality of the importation before an order can issue under that subsection. In that regard, the law is clear that neither a consent nor default judgment satisfies the requirement of a final determination: see *Adidas Sportschuhfabriken Adi Dassler K.G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., Third Party* (1971), 19 D.L.R. (3d) 680 (Ex. Ct.) and *Montres Rolex S.A. v. M.N.R.*, *supra*. Without such a determination, customs officers have refused to enforce the prohibition against importation of offending wares.

While the appellants satisfied the condition precedent described above, they are faced with yet another legal issue: whether an order under subsection 52(4) must be directed at specific or named defendants. If not, the order is effective as against anyone seeking to import such wares; that is as against all the world.

After canvassing the authorities, Mr. Justice MacKay concluded that an order, not directed to specific defendants, prohibiting importation for "commercial purposes"⁴ of imitation wares was warranted. Once again I find the reasoning of the learned Trial Judge unassailable. After noting the ongoing saga in which the appellants had become embroiled; the fact that

⁴ It may well be that this aspect of Mr. Justice MacKay's order will, as he suggests, require discussion as between the appellants and customs officers and if necessary a further application to the Court. I presume that the learned Trial Judge restricted the ban to importation for "commercial purposes" because the importation, for example, of a single watch would not contravene sections 20 and 22 of the Act.

une ordonnance décrétant la rétention provisoire des marchandises, en attendant un prononcé final sur la légalité de leur importation ou distribution, dans une action intentée dans le délai prescrit par l'ordonnance.

a

(4) Lorsque, au cours de l'action, le tribunal trouve que cette importation est contraire à la présente loi, ou que cette distribution serait contraire à la présente loi, il peut rendre une ordonnance prohibant l'importation future de marchandises auxquelles a été appliqué cette marque de commerce, ce nom commercial ou cette indication de lieu d'origine.

b

La jurisprudence intéressant le paragraphe 52(4) a surtout porté sur la question de savoir si un tribunal devait effectivement statuer sur la légalité de l'importation avant de pouvoir rendre une ordonnance en application de ce paragraphe. À cet égard, il est clairement établi en jurisprudence qu'un jugement rendu par consentement des parties ou par défaut ne répond pas à l'exigence voulant qu'une décision finale ait été rendue: voir *Adidas Sportschuhfabriken Adi Dassler K.G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., Third Party* (1971), 19 D.L.R. (3d) 680 (C. de l'É.) et *Montres Rolex S.A. c. M.N.R.*, précité.

e En l'absence d'une telle décision, les agents des douanes ont refusé de faire respecter l'interdiction d'importer les marchandises contrefaites.

c

d

e

Bien que les appelantes aient rempli la condition préalable énoncée ci-dessus, une autre question juridique se pose: une ordonnance rendue en application du paragraphe 52(4) doit-elle être dirigée contre des défendeurs particuliers ou nommés? Dans la négative, l'ordonnance est exécutoire contre quiconque cherche à importer de telles marchandises, autrement dit, contre tout le monde.

f

g

Après avoir examiné la jurisprudence, le juge MacKay a conclu qu'il était justifié de rendre une ordonnance, qui n'était pas dirigée contre des défendeurs précis, interdisant l'importation «à des fins commerciales»⁴ de marchandises d'imitation. Encore une fois, le raisonnement du juge de première instance me semble inattaquable. Après avoir noté l'histoire sans

h

i

⁴ Comme le suggère le juge MacKay, il est fort possible que cet aspect de son ordonnance oblige les appelantes et les agents des douanes à discuter entre eux, et il faudra peut-être une autre requête à la Cour. Je présume que le juge de première instance a limité l'interdiction aux cas d'importation «à des fins commerciales» parce que l'importation d'une seule montre, par exemple, ne violerait pas les articles 20 et 22 de la Loi.

subsection 52(4) does not require that a defender be named and; that importation from abroad of imitation Rolex wares has seriously affected the appellants' rights to exclusive use in Canada of their registered trade-marks, he stated his reasons concisely (at page 286):

In the scheme of the *Trade Marks Act* the purpose of s. 52(4) is to support the efforts of the registered owner or registered user of a trademark registered under the Act to protect their exclusive rights, created by ss. 19 and 50 respectively, in a case like this one where the wares bearing their registered trademarks or facsimiles of them, without authorization, originate abroad and are brought or shipped into Canada for commercial purposes. In these circumstances an order under s. 52(4) not directed to specific defendants but prohibiting the future importation for commercial purposes of imitation watches and wares bearing the trade mark name Rolex or the Crown Design is warranted.

I might add that had the appellants been able to stem the flow of imitation Rolex watches, to the extent that that is administratively possible, much of the litigation which has arisen might have been rendered inconsequential.

The similarity between a subsection 52(4) order and a permanent injunction which extends to "potential defendants" is undoubtedly irresistible in the appellants' eyes. Their argument is as follows: if the Court may issue an order prohibiting outright the importation of wares infringing one's trade-marks and without identifying defendants, then surely it can issue a similar order prohibiting sales of the contraband. While any analogy can be found to be flawed, I believe a valid distinction can be drawn between the two orders. A brief explanation is required.

The jurisdiction of the Court to issue an equitable order prohibiting future importation by specified (named) defendants remains unaffected by the provisions of the *Trade-marks Act*. In the event an injunctive order is breached, the method of enforcement requires the plaintiff to initiate contempt of court proceedings against the named defendants. As discussed

fin dans laquelle les appelantes avaient été entraînées, après avoir signalé que le paragraphe 52(4) n'exigeait pas qu'un défendeur soit nommé et après avoir fait remarquer que l'importation de l'étranger de marchandises d'imitation Rolex avait fortement nuí aux droits des appelantes à l'égard de l'utilisation exclusive au Canada de leurs marques de commerce déposées, il a succinctement exposé ses motifs en ces termes (à la page 286):

Le paragraphe 52(4) de la *Loi sur les marques de commerce* vise à aider le propriétaire ou l'utilisateur inscrit d'une marque de commerce déposée en vertu de la Loi à protéger ses droits exclusifs, créés respectivement par les articles 19 et 50, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les marchandises portant ses marques de commerce déposées ou des reproductions de celles-ci, sans autorisation, proviennent de l'étranger et sont transportées ou expédiées au Canada à des fins commerciales. Dans ces circonstances, une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4) qui n'est pas rendue contre des défendeurs précis, mais qui interdit l'importation ultérieure, à des fins commerciales, de montres et marchandises d'imitation portant la marque de commerce Rolex ou le motif représentant une couronne est justifiée.

J'ajouterais que si les appelantes avaient pu endiguer le flot de montres d'imitation Rolex dans la mesure où il était possible de le faire, au plan administratif, une bonne partie du présent litige aurait perdu de son importance.

La similitude entre une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) et une injonction permanente qui s'étendrait aux «défendeurs éventuels» est sans doute concluante aux yeux des appelantes. Leur argument est le suivant: si la Cour peut rendre une ordonnance portant interdiction absolue d'importer des marchandises qui violent des marques de commerce et ce, sans identifier les défendeurs, elle peut à plus forte raison rendre une ordonnance semblable interdisant la vente de la contrebande. Bien que toute analogie soit imparfaite, je crois qu'une véritable distinction peut être faite entre les deux ordonnances. Une brève explication s'impose.

Les dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* n'ont aucune incidence sur la compétence de la Cour pour rendre une ordonnance en *equity* interdisant l'importation future par des défendeurs particuliers, c'est-à-dire des défendeurs nommés. En cas d'infraction à l'injonction, le demandeur doit intenter des procédures en outrage au tribunal contre les

earlier, such an order can have no effect on non-parties, such as customs officers, and therefore is ineffective as a means of ensuring that imitation wares do not enter the country.

Recognizing this limitation, Parliament has seen fit to respond. Thus a subsection 52(4) order serves as the basis on which customs officers derive their authority to stop the flow of banned wares, irrespective of the identity of the importer. If need be, that order can be enforced by a plaintiff through *mandamus* proceedings. Those whose goods are seized pursuant to the Act are free to challenge the legality of the order. But at no time do they run the risk of incarceration because of a failure to abide by a court order issued in an action to which they were not a party.⁵ Simply stated, a subsection 52(4) order does not raise the same kind of issues or concerns which arise in the context of a permanent injunction. I hasten to add that the failure to appreciate the distinct purposes served by each order may explain why customs officers have refused to enforce a subsection 52(4) order directed at specified defendants.

Having disposed of the appellants' argument, the onus is on them to circumscribe the legal rationale which would justify a court in extending the scope of a permanent injunction to embrace "potential defendants". Certainly, the jurisdiction of this Court to consider the relief being sought is, in my opinion, strengthened by section 53 of the Act:

53. Where it is made to appear to a court of competent jurisdiction that any act has been done contrary to this Act, the court may make any such order as the circumstances require, including provision for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits, and may give directions with respect to the disposition of any offending wares, packages,

⁵ It is to be noted that neither the Act nor the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, (see sections 110 and 114), makes it an offence to import prohibited goods.

défendeurs nommés pour faire respecter l'injonction. Comme nous l'avons mentionné précédemment, une telle ordonnance ne saurait être opposable aux personnes qui ne sont pas partie à l'action, par exemple les agents des douanes. Par conséquent, l'ordonnance est inefficace comme moyen d'empêcher les marchandises d'imitation d'entrer au pays.

Reconnaissant cette limite, le législateur a jugé bon d'intervenir. Ainsi, une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) accorde aux agents des douanes le pouvoir d'intercepter les marchandises interdites, indépendamment de l'identité de l'importateur. Au besoin, un demandeur peut faire respecter cette ordonnance par le biais d'une requête en *mandamus*. Ceux dont les marchandises sont saisies conformément à la Loi peuvent toujours contester la légalité de l'ordonnance. Cependant, ils ne courent jamais le risque d'être incarcérés parce qu'ils ont omis de se conformer à une ordonnance de la Cour rendue dans une action à laquelle ils n'étaient pas parties⁵. Bref, une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) ne soulève pas le même type de questions ou de préoccupations qu'une injonction permanente. Je m'empresse d'ajouter que le défaut de comprendre en quoi chacune des ordonnances est distincte de l'autre quant aux fins visées explique peut-être pourquoi les agents des douanes ont refusé de faire respecter une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) dirigée contre des défendeurs particuliers.

L'argument des appelantes ayant été rejeté, il incombe maintenant à ces dernières de préciser les motifs juridiques sur lesquels un tribunal pourrait s'appuyer pour étendre la portée d'une injonction permanente qui engloberait des «défendeurs éventuels». À mon avis, la compétence de cette Cour pour accorder la réparation demandée est certainement confirmée par l'article 53 de la Loi:

53. Lorsqu'il est démontré à un tribunal compétent qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, le tribunal peut rendre l'ordonnance que les circonstances exigent, y compris une stipulation portant un redressement par voie d'injonction et le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et peut donner des instructions quant à la disposition des mar-

⁵ Il convient de noter que ni la Loi, ni le *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, articles 110 et 114, ne créent l'infraction d'importer des marchandises prohibées.

labels and advertising material and of any dies used in connection therewith. [Emphasis is mine.]

In searching for a rationale, one could argue, for example, that the present law fails to recognize the reality that an inordinate amount of the court's time and the appellants' resources will be consumed by the pursuit of myriad legal proceedings, even though it has already been determined that the trade-marks in question are valid and that infringement of such constitutes a breach of the Act. A refusal to extend injunctive relief to "potential defendants" will require the appellants to initiate a series of actions against those they are able to snag in future.

One cannot help but sympathize with the appellants. It has taken them nearly seven years to reach the stage where a final determination is in hand. Moreover, the history of the litigation which I outlined earlier is by no means complete (e.g., *Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (F.C.T.D.)). Time after time, the appellants have had to pursue costly legal proceedings only to experience delays in an effort to ensure that the legal rights of the infringers are respected. I think it is fair to state that "The Artful Dodger" has scored as many, if not more, legal points than the appellants without having to resort to either legal counsel or argument. An injunction against "potential defendants" may not be the panacea for trade-mark infringement, but its utility cannot be denied.

Sympathy, however, is not of itself sufficient justification for granting the relief sought and, of course, there are always opposing arguments. It could be asserted, for example, that there are more conventional methods for redressing any inadequacies in the law governing civil procedure. Unfortunately, the appellants did not pursue such avenues.

As much as I am prepared to accept a principle of law which recognizes the validity of a permanent injunction against "potential defendants", I think it unwise for an appellate court to adjudicate on opposing arguments which were neither raised nor addressed at trial or on appeal. In effect, the Court

chandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard. [C'est moi qui souligne.]

Parmi les motifs possibles, on pourrait prétendre, par exemple, que le droit actuel ne reconnaît pas que la myriade de procédures judiciaires intentées encombrera les rôles et coûtera cher aux appelantes et ce, même s'il a été jugé que les marques de commerce en cause étaient valides et que la violation de ces marques était contraire à la Loi. Le refus d'étendre l'injonction aux «défendeurs éventuels» obligera les appelantes à intenter une série d'actions contre ceux qu'elles pourront attraper à l'avenir.

On ne peut s'empêcher d'éprouver de la compassion pour les appelantes. Il leur a fallu presque sept ans pour obtenir un jugement final. En outre, l'histoire du litige que j'ai réité précédemment n'est absolument pas exhaustif (voir, par exemple, *Montres Rolex S.A. c. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (C.F. 1^{re} inst.)). Maintes fois, les appelantes ont dû intenter des procédures judiciaires coûteuses et dans chaque cas, elles ont connu des retards parce qu'il fallait s'assurer que les droits juridiques des contrefacteurs allaient être respectés. Je crois qu'il est juste d'affirmer que le «fin renard» a marqué plusieurs points dans ce litige, voire plus que les appelantes et ce, sans l'aide d'un avocat et sans avoir eu à plaider. Une injonction prononcée contre des «défendeurs éventuels» n'est peut-être pas une panacée contre la violation de marques de commerce; cependant, son utilité ne peut être niée.

Toutefois, la compassion ne constitue pas, en soi, une justification suffisante pour accorder la réparation demandée et, bien entendu, il y a toujours des arguments contraires. Par exemple, on pourrait affirmer qu'il existe des méthodes plus courantes pour redresser les lacunes éventuelles du droit régissant la procédure civile. Malheureusement, les appelantes ne s'en sont pas prévaluées.

Bien que je sois disposé à accepter un principe juridique qui reconnaît la validité d'une injonction permanente prononcée contre des «défendeurs éventuels», j'estime qu'il serait imprudent qu'un tribunal d'appel statue sur des arguments contraires qui n'ont pas été soulevés ou abordés à l'instruction ou en

would have to assume the additional role of advocate and adversary. As well, no consideration has been given to the task of ensuring that the interests of such defendants are recognized and dealt with appropriately. As I noted earlier, rarely is the task of achieving the so-called “proper balance” an easy one. I think it only fair that I outline my concerns.

The equitable relief being sought by the appellants is, for all intents and purposes, tantamount to a summary procedure designed to curtail trade-mark infringement by persons who have no “real” defence. That summary procedure is derived from the power of the Court to hold a person in contempt. What is obvious to all is that such persons will not have been parties to the action. Dean Robert Sharpe cautions against holding non-parties in contempt. He writes (R. Sharpe, *supra*, 6.270, at page 6-15):

... the court must be cautious not to hold in contempt a party who acts independently of the defendant and who may exercise a right distinct from that of the defendant. Such a person has not yet had his or her day in court and should not be bound by an order made in an action to which he or she was not a party.

His concern for “due process” is reflected in a recent decision of our Supreme Court, *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.* ([1992] 2 S.C.R. 1065). In that case the issue was whether the respondent, in a motion for contempt of court based on failure to comply with a permanent injunction, was a compellable witness. While the legal issue turned on the law of civil contempt under the *Code of Civil Procedure* [R.S.Q., c. C-25], it is evident that the Court was not willing to characterize such proceedings as purely civil in nature. The public law aspect of contempt of court stems from one of the methods of enforcement—imprisonment.

Writing for the majority, Mr. Justice Gonthier held that on the basis of the *Code of Civil Procedure* the respondent was not a compellable witness. His Lordship also noted that the non-compellability of the

appel. En fait, le tribunal aurait à assumer le rôle supplémentaire de plaider le pour et le contre. Qui plus est, la tâche de veiller à ce que les intérêts de ces défendeurs soient dûment reconnus et sanctionnés n’a pas été prise en considération. Comme nous l’avons déjà vu, il est rarement facile d’atteindre le «juste milieu». J’estime qu’il est bien normal que j’exprime mes préoccupations.

La réparation que demandent les appelantes en *equity* équivaut pratiquement à une procédure sommaire destinée à empêcher ceux qui n’ont pas de «véritable» défense de violer les marques de commerce. Cette procédure sommaire découle du pouvoir de la Cour de juger quelqu’un coupable d’outrage au tribunal. Il est évident pour tout le monde que ces gens n’auront pas été parties à l’action. Le doyen Robert Sharpe met en garde contre les jugements pour outrage au tribunal prononcés contre ceux qui ne sont pas parties à l’instance. Il écrit ce qui suit (R. Sharpe, précité, N° 6.270, à la page 6-15:

[TRADUCTION] ... le tribunal doit prendre garde de ne pas juger coupable d’outrage au tribunal une partie qui agit indépendamment du défendeur et qui peut exercer un droit distinct de celui du défendeur. Cette personne n’a pas encore eu l’occasion d’être entendue par le tribunal et une ordonnance rendue dans une action à laquelle elle n’était pas partie ne devrait pas lui être opposable.

Son souci de la «procédure équitable» est reflété dans un arrêt récent de notre Cour suprême, *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.* ([1992] 2 R.C.S. 1065). Dans cette affaire, il s’agissait de décider si l’intimé pouvait être contraint à témoigner à l’audition d’une requête en outrage au tribunal fondée sur le défaut de respecter une injonction permanente. Bien que la question juridique en cause portât sur le droit régissant l’outrage au tribunal dans une instance civile en application du *Code de procédure civile* [L.R.Q., ch. C-25], il est évident que la Cour n’était pas prête à caractériser ces procédures comme purement civiles. L’outrage au tribunal relève du droit public du fait de l’une des méthodes employées pour le sanctionner, savoir l’emprisonnement.

Écrivant pour la majorité, M. le juge Gonthier a statué que sous le régime du *Code de procédure civile*, l’intimé n’était pas un témoin contraignable. Le juge a également noté que la non-contraignabilité

respondent is consistent with 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]] which protects against self-incrimination. Chief Justice Lamer was more direct. In concurring reasons he stated [at page 4]:

The fact that it [the legislature] chose to deal with contempt of court in the *Code of Civil Procedure* does not in any way alter the fact that, having regard to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, a person cited for contempt is a person charged with an offence within the meaning of s. 11 of the *Charter* and enjoys the constitutional guarantee contained in s. 11(c), which specifically provides that a person charged with an offence may not be compelled to testify.

I mention the Supreme Court's decision in *Vidéotron* because it forces one to be cognizant of the need to ensure that the terms of a permanent injunction against "potential defendants" are carefully crafted in accordance with the "rules of fundamental justice". The objective is to eliminate any ground of challenge that one could reasonably anticipate being raised during contempt proceedings and which could have been avoided had the terms of the injunction been subjected to meticulous scrutiny in the first instance. In the case at bar, I am not satisfied that the terms of the Trial Judge's order (paragraph 3) are either appropriate or adequate when applied to "potential defendants".

Finally, Mr. Justice Gonthier's reasons contain one paragraph which may well cause the appellants some concern and, in my opinion, reinforces the need to draft an order which is as detailed as it is wide with respect to the net that it casts [at page 11]:

Furthermore, because of the public law aspects of contempt of court, particularly that of imprisonment, it must be subject to certain rules of fundamental justice, even if its effectiveness might thereby be reduced. I entirely share the opinion of the Court of Appeal that contempt of court cannot be reduced to a simple means of enforcing judgments. If contempt of court (and the attendant possibility of imprisonment) were found to be inadequate in some cases, precisely because it is being used essentially to enforce judgments, it would then be for the legislature to provide for other means of enforcement, if necessary.

For the moment, judicial restraint must overtake any perceived need to tip the scales in an attempt to

de l'intimé était conforme à 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]] qui protège contre l'auto-incrimination. Le juge en chef Lamer a été plus direct dans ses propos. Dans ses motifs concordants, il a affirmé ce qui suit [à la page 4]:

Le fait que [le législateur] ait choisi de traiter de l'outrage au tribunal dans le *Code de procédure civile* ne change en rien le fait que, en regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la personne citée pour outrage au tribunal est une inculpée au sens de l'art. 11 de la *Charte*, et qu'elle jouit de la garantie constitutionnelle prévue à l'al. 11c) qui prévoit spécifiquement la non-contrainctibilité d'un inculpé.

Si je mentionne l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Vidéotron*, c'est parce qu'il nous oblige à veiller à ce que les termes d'une injonction permanente décernée contre des «défendeurs éventuels» soient soigneusement rédigés, conformément aux «règles de la justice fondamentale». Il s'agit d'éliminer tout motif de contestation vraisemblablement susceptible d'être soulevé pendant l'instance en outrage au tribunal, motif qui aurait pu être évité si les termes de l'injonction avaient été méticuleusement examinés de prime abord. En l'espèce, je ne suis pas convaincu que les termes de l'ordonnance du juge de première instance (paragraphe 3) soient appropriés ou adéquats lorsqu'ils sont appliqués à des «défendeurs éventuels».

Enfin, il y a un paragraphe des motifs du juge Gonthier qui pourrait très bien inquiéter quelque peu les appelantes; à mon avis, ce paragraphe confirme le besoin de rédiger une ordonnance qui soit aussi détaillée que large dans sa portée [à la page 11]:

En outre, il reste que l'outrage au tribunal, de par les éléments de droit public qu'il comporte, dont en particulier l'emprisonnement, doit être soumis à certaines règles de justice fondamentale, même si son efficacité pourrait en être diminuée. Je partage entièrement l'avis de la Cour d'appel que l'outrage au tribunal ne peut se réduire à un simple moyen d'exécution des jugements. S'il était constaté que l'outrage au tribunal (et la possibilité d'emprisonnement qui l'accompagne) est inadéquat dans certains cas où justement il est employé essentiellement pour assurer l'exécution des jugements, il appartiendrait plutôt au législateur d'y pourvoir au besoin.

Pour le moment, la retenue judiciaire doit l'emporter sur le besoin perçu de faire pencher la balance en

achieve a legal balance as between the legitimate interests of the appellants and those intent on infringing their trade-marks.

In summary, I would dismiss the appeal and vary paragraph 3 of Mr. Justice MacKay's order to read as follows:

Street vendors or others with no fixed business address or premises, who before or at the date of trial in this matter sold, imported, advertised, manufactured or distributed any wares in association with the name Rolex or Crown Design where those wares were not of the plaintiffs' manufacture or merchandise, are enjoined from all of the same activities from which the defendants Redman and Pahmer are enjoined; provided that any person identified within six years after the date of trial herein as one to whom this clause may apply shall be served, inter alia, with notice that they have opportunity to apply upon motion for a determination that there are lawful reasons why this clause should not apply to him or her.

It remains to be seen whether the ban on importation imposed pursuant to the section 52 order, coupled with the injunctive relief granted by the learned Trial Judge, will be effective in curtailing the incidence of trade-mark infringement. While "The Artful Dodger" may have won a partial victory, I suspect that time will prove the appellants to be as persistent as their adversaries.

This is one of those instances in which costs cannot follow the event.

MAHONEY J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

vue de ménager un équilibre juridique entre les intérêts légitimes des appelantes et les intérêts de ceux qui sont résolus à violer leurs marques de commerce.

En somme, je rejeterais l'appel et je modifierais le paragraphe 3 de l'ordonnance du juge MacKay pour qu'il se lise comme suit:

Il est interdit aux marchands ambulants ou à d'autres personnes qui n'ont pas d'adresse ou d'établissement commercial fixe qui, à la date du procès en l'espèce ou auparavant, ont vendu, importé, promu, fabriqué ou distribué des marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, alors que ces marchandises n'étaient pas fabriquées ou promues par les demanderesse, de poursuivre les activités interdites aux défendeurs Redman et Pahmer; cependant, toute personne identifiée dans les six ans suivant la date du procès aux présentes comme une personne à laquelle la présente clause peut s'appliquer recevra, par voie de signification, entre autres choses, un avis indiquant qu'elle a la possibilité de demander à la Cour, par requête, de déclarer qu'il existe des motifs légitimes pour lesquels la présente clause ne devrait pas s'appliquer à elle.

Il reste à voir si l'interdiction d'importer imposée conformément à l'ordonnance fondée sur l'article 52, jumelée à l'injonction accordée par le juge de première instance, permettront de mettre un frein à la violation des marques de commerce. Bien que le «fin renard» ait pu gagner une victoire partielle, j'ai l'impression que les appelantes se révéleront aussi tenaces que leurs adversaires.

Il s'agit d'un cas où il n'y a pas lieu d'adjudger de dépens en l'instance.

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

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

T-160-90

T-160-90

Michelle Douglas (Plaintiff)**Michelle Douglas (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**Sa Majesté la Reine (défenderesse)***INDEXED AS: DOUGLAS v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: DOUGLAS c. CANADA (1^{re} INST.)*

Trial Division, MacKay J.—Toronto, October 27; Ottawa, December 1, 1992.

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 27 octobre; Ottawa, 1^{er} décembre 1992.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Armed forces officer admitting to being lesbian — Accepting release, alternative being retention subject to severe career restrictions — Action for damages, declarations — Crown, following out-of-court settlement, consenting to judgment plaintiff's Charter s. 15 rights denied — While case law concerning application of s. 15 to homosexuals unsettled, declarations agreed to supportable in current state of law.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Un officier des Forces armées reconnaît être lesbienne — Elle accepte sa libération, plutôt que de rester en voyant sa carrière assujettie à de sérieuses restrictions — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire — La Couronne, à la suite d'un arrangement à l'amiable, a consenti au jugement concluant au déni des droits de la demanderesse garantis par l'art. 15 de la Charte — Bien que la jurisprudence sur l'applicabilité de l'art. 15 aux homosexuels ne soit pas fixée, les déclarations auxquelles la Couronne a consenti sont défendables dans l'évolution actuelle de la jurisprudence.

Armed forces — Officer admitting to being lesbian — Accepting release, alternative under interim policy then applicable being retention with severe career restrictions — Action for damages, declarations — Parties agreeing to settlement providing for judgment plaintiff's Charter s. 15 rights denied, defendant's interim policy as to homosexuals contrary to Charter.

Forces armées — Un officier reconnaît être lesbienne — Elle accepte sa libération, l'autre solution en vertu de la politique temporaire alors applicable étant de rester en voyant sa carrière assujettie à de sérieuses restrictions — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire — Les parties consentent à un arrangement prévoyant un jugement qui conclut qu'il y a eu déni des droits de la demanderesse garantis à l'art. 15 de la Charte, et qui déclare contraire à la Charte la politique temporaire de la défenderesse à l'égard des homosexuels.

Practice — Judgments and orders — Consent judgment — Action for damages, declaration plaintiff's Charter s. 15 rights infringed by Canadian Forces' interim policy regarding homosexuals — Out-of-court settlement — Draft judgment submitted to Court — Judgment signed as presented without reference to parties' consent — Judgment binding parties only — Where case settled, Court ordinarily not looking beyond terms of judgment agreed upon if within scope of relief sought, might have been granted at trial — Consent not questioned, even where Crown a party — Whether process here followed appropriate to resolution of Charter issues open to debate.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sur consentement — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire portant que la politique temporaire des Forces armées à l'égard des homosexuels a violé les droits de la demanderesse conférés par l'art. 15 de la Charte — Arrangement à l'amiable — Projet de jugement soumis à la Cour — Jugement signé tel que soumis sans mention du consentement des parties — Le jugement ne lie que les parties — Lorsque l'affaire est réglée, le tribunal ne regarde ordinairement pas au-delà des termes du jugement auquel ont consenti les parties s'il reste dans les limites de la réparation recherchée, et qu'il aurait pu être accordé dans le cadre d'un procès — Le consentement n'est pas mis en cause, même lorsque la Couronne est une partie — La question de savoir si la façon de procéder en l'espèce convient au règlement des affaires fondées sur la Charte est sujette à débat.

This was an action for damages and declaratory relief following the plaintiff's release from the Armed Forces. The plaintiff, an officer, accepted release from the Canadian Armed Forces after admitting that she was a lesbian. The alternative was to be retained with severe career restrictions: ineligibility for promotion, conversion of existing terms of service, posting outside the geographic area, further training, and transfer to the reserve force. Although, shortly before trial, the parties agreed

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire à la suite de la libération de la demanderesse des Forces armées. Cette dernière, qui était officier, a accepté sa libération des Forces armées canadiennes après avoir reconnu être lesbienne. Son autre choix était de rester dans les Forces armées et de voir sa carrière assujettie à de sérieuses restrictions: inadmissibilité à l'avancement, à la conversion de ses états de service, aux mutations dans une autre région ou dans la

upon a disposition including terms of a declaratory judgment which provided that plaintiff's Charter, section 15 rights had been denied and that the defendant's policies regarding service of homosexuals in the Canadian Forces were contrary to the Charter, reasons for judgment were prepared in that this case may take on greater significance than the typical out-of-court settlement.

Held, the draft judgment as agreed upon by the parties should be signed.

The judgment binds only the parties, and only in relation to the issues raised in this action and settled by the terms of the judgment agreed upon. Normally, if the relief granted is within the scope of that prayed for in the pleadings and might have been granted after trial, a court does not look beyond the terms of the judgment agreed upon. The Court does not have any duty to question a consent by the parties to the judgment, even where the Crown is one of the parties represented by its legal advisors. The process adopted herein and judgment now rendered resolve difficult issues on which public opinion appears deeply divided, on the basis of a decision made by the executive branch of government in relation to a claim by one citizen. There was no decision of Parliament to be assessed. Nor was there a considered decision by this Court after adjudication of facts and argument in relation to the Charter. Whether the process here followed is an appropriate one for the resolution of Charter issues remains open to debate. There is authority supporting the proposition that declaratory relief should not be lightly refused when there is agreement between the parties that it should be granted, unless the Court finds that to do so would not be justified on the facts or would constitute a miscarriage of justice. Consideration of the case law relating to the application of section 15 to homosexual rights revealed that the issue is not yet settled, but the declarations granted herein were supportable in the current state of evolving case law.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.
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, 2(b),(d), 3, 7, 15(1).
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 3.
Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 340, 341.
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.

réserve, à d'autres cours de formation. Bien que peu avant le procès, les parties aient convenu d'un arrangement comprenant notamment les termes d'un jugement déclaratoire qui prévoyait que les droits de la demanderesse garantis par l'article 15 de la Charte avaient été violés et que la politique de la défenderesse à l'égard du service des homosexuels dans les Forces canadiennes était contraire à la Charte, des motifs de jugement ont été rédigés parce que cette affaire peut revêtir une plus grande importance que le règlement typique entre parties.

Jugement: le projet de jugement dont ont convenu les parties doit être signé.

Le jugement ne lie que les parties, et seulement en ce qui concerne les questions soulevées en l'espèce et réglées par les modalités du jugement dont ont convenu les parties. Normalement, si la réparation accordée reste dans les limites de celle que recherchaient les actes de procédure et si elle avait pu être accordée à l'issue d'un procès, le tribunal ne va pas au-delà des modalités convenues du jugement. Il n'est pas tenu de mettre en question le consentement au jugement des parties, même lorsque la Couronne est l'une des parties, représentée par ses conseillers juridiques. La façon de procéder dans cette affaire et le jugement actuellement rendu apportent une solution à des questions délicates sur lesquelles l'opinion publique semble profondément partagée, essentiellement sur le fondement de la décision de la branche exécutive du gouvernement à l'égard des prétentions d'une citoyenne. Il n'existe aucune décision du Parlement à apprécier, ni aucune décision de cette Cour après mise en délibéré, conclusions de faits et débat sur la Charte. La question de savoir si le processus suivi en l'espèce convient au règlement d'affaires relatives à la Charte reste une question susceptible de débat. Des décisions appuient la proposition voulant que l'on ne devrait pas refuser sans motifs sérieux un jugement déclaratoire lorsque les parties s'entendent pour qu'il soit accordé, à moins que le tribunal ne conclue que cela n'est pas justifié par les faits ou constitue un déni de justice. L'étude de la jurisprudence ayant trait à l'application de l'article 15 aux droits des homosexuels a révélé que la question n'est pas encore réglée, mais les déclarations accordées en l'espèce sont défendables compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence qui évolue.

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, 2(b),(d), 3, 7, 15(1).
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 3.
Loi électorale du Canada, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 14.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), ch. E-21.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 340, 341.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Muldoon v. Canada, [1988] 3 F.C. 628; (1988), 21 F.T.R. 154 (T.D.); *Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 600; [1974] C.T.C. 454; (1974), 74 D.T.C. 6355; 2 N.R. 317 (C.A.); *Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 593; [1974] C.T.C. 313; (1974), 74 D.T.C. 6247; 2 N.R. 317 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Haig v. Canada (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; (1991), 86 D.L.R. (4th) 617 (Gen. Div.).

CONSIDERED:

Canadian Parks and Wilderness Society v. Superintendent of Wood Buffalo National Park, T-272-92, MacKay J., judgment dated 23/6/92, 9 pp., F.C.T.D., not yet reported; *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74 (T.D.); *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 109 N.R. 300 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); leave to appeal granted *sub nom. Canadian Human Rights Commission v. Department of Secretary of State*, [1991] S.C.R. vi; *Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305 (T.D.); *Neilsen v. Canada (Human Rights Commission)*, [1992] 2 F.C. 561; (1992), 9 C.R.R. (2d) 289 (T.D.).

REFERRED TO:

Elliott v. The Queen and four other actions (1979), 17 L.C.R. 97 (F.C.T.D.); *The Queen v. Stevenson Construction Co Ltd et al*, [1979] CTC 86; (1979), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (F.C.A.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 655; (1976), 11 L.C.R. 316 (T.D.); *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1.

ACTION for damages and declaratory relief following release from Canadian Armed Forces after plaintiff admitted to being a lesbian. Declaratory judgment granted in accordance with draft judgment reflecting out-of-court settlement.

COUNSEL:

Clayton Ruby and Harriet Sachs for plaintiff.

Kenneth C. Cancellara for defendant.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Muldoon c. Canada, [1988] 3 C.F. 628; (1988), 21 F.T.R. 154 (1^{re} inst.); *Galway c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 600; [1974] C.T.C. 454; (1974), 74 D.T.C. 6355; 2 N.R. 317 (C.A.); *Galway c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 593; [1974] C.T.C. 313; (1974), 74 D.T.C. 6247; 2 N.R. 317 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Haig v. Canada (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; (1991), 86 D.L.R. (4th) 617 (Div. Gén.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Société pour la protection des parcs et de sites naturels du Canada c. Directeur du parc national Wood Buffalo, T-272-92, juge MacKay, jugement en date du 23-6-92, 9 p., C.F. 1^{re} inst., encore inédit; *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74 (1^{re} inst.); *Veysey c. Canada (Service Correctionnel)* (1990), 109 N.R. 300 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); autorisation de pourvoi accordée *sub nom. Commission canadienne des droits de la personne c. Secrétariat d'État*, [1991] 1 R.C.S. vi; *Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305 (1^{re} inst.); *Neilsen c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 C.F. 561; (1992), 9 C.R.R. (2d) 289 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Elliott c. La Reine et quatre autres actions (1979), 17 L.C.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.); *La Reince c. Stevenson Construction Co Ltd et autres*, [1979] CTC 86; (1979), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (C.A.F.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 655; (1976), 11 L.C.R. 316 (1^{re} inst.); *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1.

ACTION en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire à la suite de la libération de la demanderesse des Forces armées après qu'elle eût admis être lesbienne. Le jugement déclaratoire est accordé conformément au projet de jugement qui reflète l'arrangement à l'amiable survenu.

AVOCATS:

Clayton Ruby et Harriet Sachs pour la demanderesse.

Kenneth C. Cancellara pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Ruby & Edwardh, Toronto, for plaintiff.

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAC KAY J.: In this action, commenced by statement of claim filed in January 1990, the plaintiff claims damages and declaratory relief following her severance from the Canadian Armed Forces in which she had formerly served as an officer.

Shortly before trial of the action was scheduled to commence, the parties through counsel agreed on settlement of the matter including the terms of a declaratory judgment relating in part to the relief claimed by the plaintiff. The draft judgment as agreed upon between them was presented to me at the hearing scheduled for the trial and after brief consideration, I signed that judgment as presented and requested by the parties.

I did not render oral reasons at the time. However, because the circumstances are somewhat unusual, because the judgment might hereafter be given more significance than a resolution between parties ordinarily warrants, and because the process raises an issue of policy where Charter [*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]] questions are raised, these reasons are now recorded and filed.

The plaintiff joined the Armed Forces on November 26, 1986 as a direct entry officer. In the following March she graduated from basic training at the top of her class, received a senior parade appointment and was promoted to the rank of 2nd Lieutenant. From March to August 1987 she successfully completed French language training, and in September she was posted to the Military Police following her earlier top secret security clearance, essential for that posting. From November 1987 to May 1988 she

PROCUREURS:

Ruby & Edwardh, Toronto, pour la demanderesse.

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, pour la défenderesse.

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

LE JUGE MAC KAY: Dans cette action, introduite par une déclaration déposée en janvier 1990, la demanderesse réclame des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire suite à son départ des Forces armées canadiennes dans lesquelles elle avait servi en qualité d'officier.

Peu avant le moment où devait débiter l'instruction de l'action, les parties, par l'entremise de leurs avocats, ont convenu d'un règlement de l'affaire, y compris les modalités d'un jugement déclaratoire portant en partie sur la réparation recherchée par la demanderesse. Le projet de jugement dont avaient convenu les parties m'a été soumis à l'audience prévue pour l'instruction de l'affaire, et après un bref examen, j'ai signé ce jugement tel que les parties l'ont soumis et l'ont demandé.

Je n'ai pas rendu de motifs oraux à l'époque. Cependant, les circonstances étant quelque peu inusitées, parce que le jugement pourrait par la suite revêtir une plus grande importance que ne le justifie ordinairement un règlement entre parties, et parce que cet acte de procédure soulève une question de politique qui à son tour soulève des questions fondées sur la Charte [*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]], ces motifs sont maintenant enregistrés et déposés.

La demanderesse s'est jointe aux Forces armées le 26 novembre 1986 directement en qualité d'officier. Au mois de mars suivant, elle a terminé sa formation de base à la tête de sa classe, on lui a donné une fonction de commandement supérieur lors d'un défilé et elle a été promue au rang de sous-lieutenant. De mars à août 1987, elle a suivi avec succès une formation en langue française, et en septembre elle a été affectée à la Police militaire après avoir obtenu son habilitation aux informations classées très secret, obligatoire pour

was posted to basic security officer training, a course from which she graduated first in her class. She ought then to have been appointed to the rank of 1st Lieutenant but was not at that time, the defendant says by a mere oversight. In June 1988 she was assigned to central detachment of the Special Investigations Unit as an operations officer. In late June and July of that year she was interviewed on more than one occasion by senior officers concerning her sexual orientation and in July she admitted she was a lesbian, after having earlier denied this. She was then transferred from the Military Police and was transferred to Toronto as base protocol officer/information officer/co-ordinator of official languages.

In February 1989 a special career review board was convened to consider the effect on her career of her admission of having engaged in homosexual activities. That Board's recommendation that she be released from the Canadian Armed Forces, in accordance with the Forces' interim policy then applicable, was accepted by the Forces on April 19, 1989. Then on May 16 the plaintiff was given notice of intent to recommend her release from the Canadian Forces because of her admitted homosexual activities, in accordance with the then interim policy of the Forces.

That interim policy applicable at the time provided that administrative action might be taken to release a member of the Canadian Forces who acknowledges that he or she is a homosexual and the member concerned does not object to being released. If the member did not agree to be released he or she would be retained with career restrictions which, in the plaintiff's case, would have meant she was ineligible for promotion, for conversion of her existing terms of service, for posting outside the geographic area, for transfer to the reserve force or for any further qualification courses or training except that required to carry out restricted employment.

The policy applicable in the Canadian Armed Forces is described in the statement of claim, and

occuper un tel poste. De novembre 1987 à mai 1988, elle a suivi le cours de formation de base des officiers de sécurité, dont elle est sortie la première de sa classe. Elle aurait dû alors être promue au rang de lieutenant mais elle ne l'a pas été à ce moment-là à la suite d'un simple oubli, selon la défenderesse. En juin 1988, elle a été affectée au détachement central de l'Unité des enquêtes spéciales en qualité d'officier des opérations. À la fin de juin et en juillet de cette année, elle a été interrogée plus d'une fois par des officiers supérieurs à l'égard de son orientation sexuelle et en juillet, elle a admis être lesbienne après l'avoir initialement nié. Elle a ensuite dû quitter la police militaire pour assumer, à Toronto, les fonctions d'officier du protocole/officier d'information/coordonnateur—langues officielles.

En février 1989, un conseil spécial de révision des carrières a été convoqué pour étudier les conséquences qu'avait sur sa carrière son aveu d'avoir eu des relations homosexuelles. La recommandation de ce conseil de rendre la demanderesse à la vie civile, conformément à la politique temporaire alors en vigueur dans les Forces armées, a été acceptée par celles-ci le 9 avril 1989. Puis, le 16 mai, la demanderesse a été avisée de la décision de recommander sa libération des Forces armées en raison de ses activités homosexuelles avouées, conformément à la politique temporaire alors en vigueur dans les Forces armées.

La politique temporaire applicable à l'époque prévoyait que l'on pouvait prendre des mesures administratives en vue de rendre à la vie civile un membre des Forces armées qui reconnaissait être homosexuel et qui ne s'opposait pas à recevoir son congé. En cas d'opposition, la personne en cause restait dans les Forces armées, mais sa carrière était assujettie à des restrictions qui, dans le cas de la demanderesse, signifiaient que des avantages lui étaient inaccessibles, par exemple les promotions, la conversion de ses états de service, les mutations dans une autre région ou dans la réserve et tous autres cours de formation ou d'aptitude professionnelle sauf ceux nécessaires à l'exécution de fonctions assujetties à des restrictions.

La politique applicable aux Forces armées canadiennes est exposée dans la déclaration, et reconnue

admitted by the statement of defence filed on behalf of Her Majesty the Queen, in the following terms.

15. The Canadian Armed Forces Administrative Order (CFAO) 19-20 provides in paragraph 7 thereof:

“Service policy does not allow homosexual members or members with a sexual abnormality to be retained in the CF.”

and further provides in paragraph 8 thereof that in such a case a member is to be released under Item 5(d) of the table to Queen’s Regulations and Orders (Q.R.+ O.) 15.01, made pursuant to the National Defence Act.

16. Item 5(d) of Q.R.+ O. 15.01 is a category under “Reasons for Release” headed “Not Advantageously Employable”. The “Special Instructions” incorporated as part of Item 5(d) of Q.R.+ O. 15.01 indicate that this item:

“applies to the release of an officer or man because of an inherent lack of ability or aptitude to meet military classification or trade standards, or who is unable to adapt to military life; or who, either wholly or chiefly because of the conditions of military life or other factors beyond his control, develops personal weaknesses or has domestic or other personal problems that seriously impair his usefulness to or impose an excessive administrative burden on the Canadian Forces.”

17. On the 11th of February, 1987 CFAO 19-20 was modified to provide that if a member of the Canadian Forces refuses to take a release under Item 5(d) of Q.R.+O. 15.01 then that member will be retained “with career restrictions” in the Canadian Forces while the policy is being reviewed. As a career restricted officer the Plaintiff would have been ineligible for promotion, conversion of her present terms of service, posting outside the geographic area or transfer to the Reserve Force. In addition she would have been ineligible for further qualification courses or training except that required for her to carry out restricted employment.

While her release from the Forces because of engaging in homosexual activities was under consideration, a separate investigation was initiated with respect to the plaintiff’s security clearance. This was initiated because it was believed the plaintiff accessed and reviewed a classified report and divulged information regarding the contents of the report, contrary to security procedures. On April 4, 1989 a security clearance review board recommended that, because of a demonstrated disregard for security regulations and apparent strong loyalty to members of the homosexual community, the plaintiff be denied any level of security clearance. This recommendation

par la défense déposée pour le compte de Sa Majesté la Reine, dans les termes suivants.

[TRADUCTION] 15. Le paragraphe 7 des Ordonnances administratives des Forces canadiennes (O AFC) 19-20 prévoit ce qui suit:

a «Les règlements militaires ne permettent pas de garder des militaires homosexuels ou des militaires souffrant d’une déviation sexuelle dans les FC.»

b et le paragraphe 8 prévoit en outre que dans ce cas le membre doit être libéré conformément au motif 5d) du tableau de l’article 15.01 des Ordonnances et règlements royaux (ORFC), pris conformément à la Loi sur la défense nationale.

c 16. Le motif 5d) du Tableau de l’article 15.01 des ORFC est une catégorie qui relève des «Motifs de libération» sous la rubrique «Ne peut être employé avantageusement». Les «Instructions spéciales» énoncées au motif 5d) du Tableau de l’article 15.01 des ORFC disent notamment ce qui suit:

d «S’applique à la libération d’un officier ou d’un membre sans brevet d’officier: à cause d’un manque inhérent d’habilité ou d’aptitude afin de répondre aux normes militaires de l’emploi ou du métier; ou qui est incapable de s’adapter à la vie militaire; ou qui, soit entièrement soit principalement à cause des conditions de la vie militaire ou d’autres facteurs hors de son pouvoir, manifeste des faiblesses personnelles ou a des problèmes de famille ou personnels, qui compromettent gravement son utilité ou imposent un fardeau excessif à l’administration des Forces canadiennes.»

e 17. Le 11 février 1987 les O AFC 19-20 ont été modifiées de façon à prévoir que le membre des Forces armées qui refuse sa libération en vertu du motif 5d) du Tableau de l’article 15.01 des ORFC peut demeurer dans les Forces armées canadiennes, sous réserve de restrictions attachées à sa carrière, tandis que la politique est à l’étude. En tant qu’officier dont la carrière était assujettie à des restrictions, la demanderesse n’aurait pu être promue, ni convertir ses états de service, ni être mutée en dehors de la région ou passer aux forces de la réserve. Elle aurait été en outre inadmissible à suivre d’autres cours de formation ou d’aptitude professionnelle sauf ceux lui permettant de remplir ses fonctions frappées de restrictions.

f Tandis que l’on considérait la libération éventuelle de la demanderesse en raison de ses activités homosexuelles, une enquête distincte était tenue à l’égard de son habilitation de sécurité. On avait pris cette mesure parce que l’on croyait que la demanderesse avait obtenu et examiné un rapport classifié et divulgué des renseignements sur son contenu, contrairement aux règles de sécurité. Le 4 avril 1989, un conseil de révision de l’habilitation de sécurité de la demanderesse recommandait de lui refuser son habilitation, à quelque niveau que ce soit, en raison de son inobservation avérée des règles de sécurité et de sa loyauté évidente envers le milieu homosexuel.

was approved on April 17 and on April 20 the plaintiff was advised that her security clearance had been revoked. On May 25 a career review board was convened to consider the effect of this decision on the plaintiff's career and it recommended that she be released from the Canadian Forces since she was not employable because of the loss of her security clearance, a recommendation approved on June 16, 1989. No action was taken directly in relation to this recommendation since the plaintiff was then in the process of being released pursuant to the Canadian Forces' interim policy.

On June 8, 1989 the plaintiff, in writing, indicated her acceptance of release from the Canadian Forces but noted

... the inability of the CF to clearly define an equitable policy on homosexuality, and the decision to invoke an interim policy that is archaic, discriminatory and blatantly unjust reveals the true ignorance of the CF on this issue. As there is no alternative, I reluctantly accept a 5d release.

The plaintiff was released from the Armed Forces on August 20, 1989. About a month prior to her release she was promoted to the rank of Lieutenant with a retroactive pay increase effective May 1988, when she ought to have been promoted.

This review of the facts I draw from the pleadings. In the statement of claim filed in the action the plaintiff claimed general damages, punitive or exemplary damages and declaratory relief. Three declarations were sought, first, that the plaintiff's rights as provided in the Charter and in particular, paragraphs 2(b) and (d) and subsection 15(1) and section 7 have been denied by the defendant; secondly, that the defendant's policies and practices with respect to homosexuality and homosexuals in the Canadian Armed Forces are contrary to the Charter; and thirdly, that the defendant is to adopt and carry out policies and practices which do not discriminate against homosexuals in the Canadian Armed Forces.

By the statement of defence filed March 21, 1990, on behalf of the defendant Her Majesty the Queen, the Deputy Attorney General of Canada admits that the Canadian Forces are subject to the requirements

Cette recommandation a été approuvée le 17 avril, et le 20 avril la demanderesse a été avisée que son habilitation de sécurité lui avait été retirée. Le 25 mai, un conseil de révision des carrières a été convoqué pour étudier les conséquences de cette décision sur la carrière de la demanderesse, et il a recommandé qu'elle soit libérée des Forces canadiennes puisqu'elle ne pouvait plus travailler vu la perte de son habilitation de sécurité; cette recommandation a été approuvée le 16 juin 1989. Il n'a pas été donné suite directement à cette recommandation, la demanderesse étant alors sur le point d'être libérée conformément à la politique provisoire des Forces canadiennes.

Le 8 juin 1989, la demanderesse a accepté par écrit sa libération des Forces armées, mais elle a souligné

[TRADUCTION] ... l'incapacité des FC à établir une politique équitable en matière d'homosexualité, et la décision d'invoquer une politique provisoire archaïque, discriminatoire et manifestement injuste révèle la véritable ignorance des FC sur cette question. Comme il n'existe aucune autre possibilité, j'accepte à contrecœur ma libération en vertu du motif 5d.

La demanderesse a été libérée des Forces armées le 20 août 1989. Environ un mois avant d'être libérée, elle a été promue au rang de lieutenant avec une augmentation de salaire rétroactive au mois de mai 1988, date où elle aurait dû être promue.

Je tire des actes de procédure le résumé de ces faits. Dans la déclaration déposée dans l'action, la demanderesse réclamait des dommages-intérêts généraux, punitifs ou exemplaires et un jugement déclaratoire. Trois déclarations étaient recherchées, portant respectivement tout d'abord que les droits de la demanderesse prévus par la Charte, et plus précisément les alinéas 2b) et 2d), le paragraphe 15(1) et l'article 7, n'avaient pas été respectés par la défenderesse; ensuite, que les politiques et pratiques de cette dernière en matière d'homosexualité et d'homosexuels dans les Forces armées canadiennes étaient contraires à la Charte; et enfin, que la défenderesse devait adopter et appliquer des politiques et des pratiques qui n'étaient pas discriminatoires à l'égard des homosexuels dans les Forces armées canadiennes.

Dans la défense déposée le 21 mars 1990 pour le compte de la défenderesse Sa Majesté la Reine, le sous-procureur général du Canada reconnaît que les Forces canadiennes doivent respecter les exigences

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He denies that the Forces' interim policy and actions infringe the plaintiff's rights and freedoms pursuant to those sections of the Charter identified by the plaintiff, and submits that in the alternative, if the Forces' policy and actions have infringed the plaintiff's rights and freedoms pursuant to the Charter, then "they constitute a reasonable limit which is demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the Charter".

In April 1992, trial of the action was scheduled, on the joint application of counsel, to commence October 26, 1992, and it was expected to last some 15 days. In September 1992, counsel for the plaintiff filed a notice of constitutional question, indicating that the plaintiff intended to question the constitutional validity of an administrative order of the Canadian Forces, and also of section 39 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] under which it was said the defendant had withheld disclosure of material relevant to this action on the basis of Cabinet privilege. That notice was addressed to the Attorney General of Ontario, the Attorney General of Canada and to counsel for the defendant, Her Majesty the Queen.

One week before trial was scheduled to commence, counsel for the parties advised the Court that they expected this action would be settled on agreed terms, which it was proposed would not become part of the record except for a judgment which might include declaratory relief. Arrangements were made for counsel to meet with me on October 27. The previous afternoon a proposed draft judgment was submitted to me with a covering letter indicating that the terms of the draft judgment were agreed upon.

The Court convened on October 27, in open court, with counsel for the parties and members of the public in attendance. Counsel advised me formally that issues between the parties had been settled on terms that it was agreed would not be part of the public record of the Court, except for a judgment, the terms of which were agreed on between the parties and which was submitted to the Court. The draft judgment as presented made no reference to consent of the parties or to their agreement to settle matters

de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il nie que la politique provisoire et les actes des Forces armées portent atteinte aux droits et libertés de la demanderesse que lui confèrent les articles de la Charte qu'elle a mentionnés, et il avance subsidiairement que si le contraire était vrai, [TRADUCTION] «ils constituent alors une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la Charte».

En avril 1992, sur demande commune des avocats, l'action a été inscrite au rôle pour audition le 26 octobre 1992, et on s'attendait à ce que le procès dure une quinzaine de jours. En septembre 1992, l'avocat de la demanderesse a déposé un avis de question constitutionnelle indiquant l'intention de sa cliente de contester la validité constitutionnelle d'une ordonnance administrative des Forces canadiennes et aussi de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5], en vertu duquel on a dit que la défenderesse avait invoqué le privilège du Cabinet pour ne pas communiquer des documents pertinents à cette action. Cet avis était adressé au procureur général de l'Ontario, au procureur général du Canada et à l'avocat de la défenderesse, Sa Majesté la Reine.

Une semaine avant la date prévue pour le début du procès, les avocats des parties ont avisé la Cour qu'ils s'attendaient à ce que l'affaire se règle par un arrangement à l'amiable, qui ne ferait pas partie du dossier sauf pour un jugement qui pourrait contenir une déclaration. On a pris des mesures pour que les avocats me rencontrent le 27 octobre. La veille de ce jour, dans l'après-midi, on m'a soumis un projet de jugement accompagné d'une lettre de couverture laissant entendre que les parties avaient consenti au projet en question.

La Cour s'est réunie, le 27 octobre, en séance publique, les avocats des parties et le public étant présents. Les avocats m'ont avisé de façon formelle que les questions litigieuses entre les parties avaient été réglées selon des modalités dont il avait été convenu qu'elles ne feraient pas partie du dossier public de la Cour, sauf pour un jugement dont le libellé, sur lequel s'étaient entendu les parties, avait été soumis à la Cour. Le projet de jugement, tel qu'il a été présenté, ne faisait pas mention du consentement des

between them. I raised with counsel whether it would be appropriate to insert in the judgment reference to consent of the parties, a reference I would ordinarily include where the parties requested a judgment on agreed terms. After consultation between themselves, I was advised by each of counsel that it was appropriate the judgment be signed in the form in which it had been presented, which reflected the terms of a part of the settlement between them. I considered the matter briefly and then signed the judgment as presented, without making reference to consent of the parties.

The judgment as signed provides as follows:

This Court doth order and adjudge that the said plaintiff shall be granted by the Court:

(a) A declaration that the plaintiff's rights, as provided for in the Canadian Charter of Rights and Freedoms ("the Charter") and in particular s. 15(1) thereof, have been denied by the defendant; and

(b) A declaration that the defendant's policy and any interim policies that have evolved regarding the service of homosexuals in the Canadian Armed Forces are contrary to the Charter.

By its terms the judgment grants to the plaintiff two declarations. The first is that her rights under the Charter, in particular subsection 15(1) have been denied by the defendant. The second goes beyond the rights claimed by the plaintiff and declares the defendant's policies regarding service of homosexuals in the Canadian Armed Forces to be contrary to the Charter. I note that both declarations are within the scope of somewhat wider declaratory orders sought as relief by the plaintiff's statement of claim.

It should be understood that this judgment binds the parties only, and then only in relation to the issues as they were raised in this action and settled by the terms of the judgment as agreed upon. Legally the declarations included have no effect for any other claims by other parties. This is, of course, the result of any judgment rendered, whether or not that be at the request of both parties or expressed to be on their

parties ni du fait qu'elles s'étaient entendues pour régler l'affaire entre elles. J'ai demandé aux avocats s'il ne serait pas approprié de mentionner dans le jugement le consentement des parties, mention que j'inclurais normalement lorsque les parties demandent un jugement dont elles ont convenu du libellé. Après s'être consultés, les avocats m'ont avisé qu'il était approprié que le jugement soit signé en la forme dans laquelle il avait été soumis, qui reflétait les modalités d'une partie de l'entente intervenue entre leurs clients. Après avoir étudié brièvement la question, j'ai signé le jugement comme il m'était présenté, sans faire mention du consentement des parties.

Le jugement, tel qu'il a été signé, prévoit ce qui suit:

La Cour susdite statue que la dite demanderesse obtiendra de la Cour:

a) Une déclaration portant que la défenderesse a enfreint les droits conférés à la demanderesse par la Charte canadienne des droits et libertés («la Charte») et plus particulièrement par le paragraphe 15(1); et

b) Une déclaration portant que la politique de la défenderesse et toutes politiques provisoires qui puissent s'être développées à l'égard du service des homosexuels dans les Forces armées canadiennes sont contraires à la Charte.

Par son dispositif, le jugement accorde à la demanderesse deux déclarations. La première dit que la défenderesse a enfreint les droits que la Charte reconnaît à la demanderesse, en particulier au paragraphe 15(1). La seconde déclaration va au-delà des droits que revendique la demanderesse, et déclare contraires à la Charte les politiques de la défenderesse visant le service des homosexuels dans les Forces armées canadiennes. Je note que ces deux déclarations restent dans les limites d'ordonnances déclaratoires d'une portée un peu plus grande sollicitées comme réparation par la demanderesse dans sa déclaration.

Il y a lieu de souligner que ce jugement ne lie que les parties, et qui plus est, seulement en ce qui concerne les questions telles qu'elles ont été soulevées dans cette action et réglées par les modalités du jugement dont ont convenu les parties. En droit, les déclarations insérées n'ont aucune incidence sur toutes autres revendications que pourraient avoir d'autres parties. Tel est, évidemment, l'effet de tout autre

consent, though this may not always be understood by the interested observer.

jugement, rendu ou non à la demande des deux parties ou déclaré être prononcé sur consentement, bien que cela puisse ne pas toujours être compris par l'observateur intéressé.

a

The manner in which the claims here raised were resolved leaves open for debate an issue of policy. In the ordinary course of settlement of issues that are the subject of litigation between private parties, the court called upon to play a role in that settlement by pronouncing a judgment on consent of the parties does not look beyond the terms of judgment agreed upon, provided the relief granted is within the scope of that prayed for in pleadings and might have been granted after trial of the action. If that is the case, the court does not have any duty to question a consent by the parties to the judgment, even where the Crown is one of the parties represented by its legal advisors (*Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 600 (C.A.), reconsidering [1974] 1 F.C. 593 (C.A.)). Rule 340 of this Court's Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] provides that where there is an attorney or solicitor on the record for the defendant, no judgment shall be given by consent unless the consent of the defendant is given by that attorney or solicitor. That Rule was met on this occasion with the joint submission of counsel for both parties that judgment be granted in the terms agreed upon between them. The only other limitation on possible judgments on consent, apparent from some of the jurisprudence of this Court, concerns consent judgments against the Crown for the payment of money, including judgments in relation to the amount of compensation to be paid under the *Expropriation Act* [R.S.C., 1985, c. E-21], where cases suggest that at the very least the Court should be satisfied that the facts and the law warrant the conclusion represented by the judgment (See, e.g. *Elliott v. The Queen and four other actions* (1979), 17 L.C.R. 97 (F.C.T.D.); *The Queen v. Stevenson Construction Co Ltd et al*, [1979] CTC 86 (F.C.A.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 655 (T.D.)).

La façon dont les prétentions soulevées en l'espèce se sont réglées permet de poursuivre le débat sur une question de politique. Dans le cours ordinaire du règlement des questions en litige entre des particuliers, le tribunal appelé à jouer un rôle dans ce règlement en prononçant un jugement sur consentement des parties ne va pas au-delà des modalités convenues du jugement, pourvu que la réparation accordée reste dans les limites de celle que recherchaient les actes de procédure et qu'elle aurait pu être accordée s'il y avait eu procès. Si tel est le cas, le tribunal n'est pas tenu de mettre en question le consentement des parties au jugement, même lorsque la Couronne est l'une des parties et représentée par ses conseillers juridiques (*Galway c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 600 (C.A.), qui étudie de nouveau [1974] 1 C.F. 593 (C.A.)). La Règle 340 des Règles de cette Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] prévoit que dans toute action dont le défendeur a un avocat ou procureur inscrit au dossier, aucun jugement ne doit être rendu sur consentement à moins que le consentement du défendeur ne soit donné par l'avocat ou le procureur inscrit au dossier. Cette Règle a été observée en l'espèce, étant donné que les avocats des deux parties ont demandé que le jugement soit accordé selon les modalités dont ils avaient convenu entre eux. La seule autre limite imposée aux jugements possibles sur consentement, qui ressort de la jurisprudence de cette Cour, vise les jugements sur consentement rendus contre la Couronne à l'égard du versement de deniers, y compris les jugements portant sur le montant de l'indemnité payable en vertu de la *Loi sur l'expropriation* [L.R.C. (1985), ch. E-21]; selon la jurisprudence en question, il semblerait qu'à tout le moins la Cour doit être convaincue que les faits et le droit justifient la conclusion concrétisée par le jugement (Voir par exemple *Elliott c. La Reine et quatre autres actions* (1979), 17 L.C.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.); *La Reine c. Stevenson Construction Co Ltd et autres*, [1979] CTC 86 (C.A.F.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 655 (1^{re} inst.)).

j

In an action for a declaration and other relief against federal government officers, where counsel jointly submitted a proposed consent judgment for a declaration that a long standing renewable contract concluded by a Minister of the Crown, and an order in council approving that agreement, were invalid as beyond the statutory authority of the Minister and the Governor in Council, I ordered that detailed written submissions of counsel for the Crown that supported the conclusion set out in the judgment be signed and filed as admissions. In that case the application for judgment was pursuant to Rule 341, providing for such an application in respect of any matter upon any admission in the pleadings or other documents filed in the Court. Because of the terms of that Rule and because the contract in question was between the Minister and a third party, who had notice but was not represented at the hearing, it seemed to me important that the Court's record be complete by filed admissions on behalf of the respondents that supported the conclusions of the judgment granted on consent (*Canadian Parks and Wilderness Society v. Superintendent of Wood Buffalo National Park*, T-272-92, MacKay J., judgment dated 23/6/92, F.C.T.D., not yet reported).

That case involved an issue of public law. So also does this case, but here the issue concerns the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The process in this case and the judgment now rendered resolve difficult issues on which opinion among members of the public appears deeply divided, essentially on the basis of a decision made by the executive branch of government in relation to a claim by one citizen. There is no decision of Parliament to be assessed. There is no considered decision by this Court after adjudication of facts and argument in relation to the Charter. Whether the process here followed is appropriate in resolving Charter issues, even though the resolution and the judgment rendered are technically binding only for the benefit of the plaintiff, is an issue open for debate that may yet require appropriate refinement.

Dans une action visant à obtenir un jugement déclaratoire et d'autres réparations de la part de fonctionnaires fédéraux, dans laquelle les avocats avaient soumis conjointement le projet d'un jugement sur consentement déclarant qu'un contrat renouvelable établi de longue date et conclu par un ministre de la Couronne, ainsi que le décret qui approuvait cette entente, étaient invalides parce qu'ils excédaient les pouvoirs légaux du ministre et du gouverneur en conseil, j'ai ordonné que les observations écrites détaillées de l'avocat de la Couronne qui appuyaient la conclusion exposée dans le jugement soient signées et déposées en qualité d'aveux. Dans cette affaire, la demande de jugement se fondait sur la Règle 341, qui prévoit une telle demande à l'égard de toute question après une admission faite dans les plaidoiries ou d'autres documents déposés à la Cour. Étant donné les termes utilisés dans cette Règle, et parce que le contrat en cause avait été conclu par le ministre et un tiers, qui avait été avisé mais n'était pas représenté à l'audience, il me semblait important que le dossier de la Cour soit complet en y versant les aveux faits pour le compte des intimés qui appuyaient les conclusions du jugement accordé sur consentement (*Société pour la protection des parcs et de sites naturels du Canada c. Directeur du parc national Wood Buffalo*, T-272-92, juge MacKay, jugement en date du 23-6-92, C.F. 1^{re} inst., encore inédit).

Cette affaire mettait en cause une question de droit public. Il en est de même en l'espèce, mais ici la question porte sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. La façon de procéder dans cette affaire et le jugement actuellement rendu apportent une solution aux questions délicates sur lesquelles l'opinion publique semble profondément partagée, essentiellement sur le fondement de la décision de la branche exécutive du gouvernement à l'égard des prétentions d'une citoyenne. Il n'existe aucune décision du Parlement à apprécier. Il n'y a aucune décision de cette Cour après mise en délibéré, conclusions de faits et débat sur la Charte. La question de savoir si le processus suivi en l'espèce convient au règlement des questions relatives à la Charte, bien que la solution apportée et le jugement rendu ne soient exécutoires en principe qu'au profit de la demanderesse, reste une question discutable qui peut nécessiter d'être d'avantage explicitée.

In *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.), the applicants sought a declaration that the prohibition against voting by judges included in the *Canada Elections Act* [R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14] was of no force and effect in light of section 3 of the Charter. The Deputy Attorney General on behalf of Her Majesty admitted all facts alleged and conceded that the prohibition was not defensible under section 1 of the Charter and that the plaintiffs were entitled to the declaration sought. Mr. Justice Walsh granted declaratory relief sought after raising and discussing issues that, in his view, were relevant. He concluded (at page 636):

... the granting of declaratory relief is discretionary. It should not, however, lightly be refused when there is agreement between the parties that it should be granted unless the Court finds that to do so would not be justified by the facts or would constitute a miscarriage of justice. I cannot so find on the facts before me in the present case. It could well have been decided either way had there been a full contestation.

Of course, the Charter issue in that case differs from those raised in this one. In *Muldoon* the issue was whether an express statutory prohibition from voting by judges appointed by the Governor in Council was valid in light of section 3 of the Charter which provides that "Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly . . ." Here the policies and actions taken under them which give rise to the plaintiff's claims for relief are not directly dealt with by express words of the Charter, in particular subsection 15(1) which provides:

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.

There are recent decisions in this Court and others which deal with treatment of persons with an admitted homosexual orientation differently from others, under federal laws, in light of subsection 15(1) of the Charter. In *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.), Mr.

Dans l'affaire *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.), les requérants sollicitaient un jugement déclaratoire portant que l'interdiction de voter faite aux juges dans la *Loi électorale du Canada* [S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 14] était inopérante en raison de l'article 3 de la Charte. Le sous-procureur général du Canada, pour le compte de Sa Majesté, a reconnu tous les faits allégués, il a concédé que l'interdiction n'était pas défendable en vertu de l'article premier de la Charte et que les demandeurs avaient droit au jugement déclaratoire recherché. Le juge Walsh le leur a accordé après avoir soulevé et discuté des points qui, à son avis, étaient pertinents. Il a conclu (à la page 636):

... l'octroi d'un jugement déclaratoire est discrétionnaire. On ne devrait cependant pas refuser de l'accorder sans motifs sérieux lorsque les parties s'entendent pour qu'il soit ainsi accordé, à moins que le tribunal ne conclue que cela n'est pas justifié par les faits ou constitue un déni de justice. Je ne peux arriver à une telle conclusion à la lumière des faits qui m'ont été présentés en l'espèce. La décision aurait fort bien pu favoriser l'une ou l'autre partie s'il y avait eu une véritable contestation.

Naturellement, la question relative à la Charte débattue dans cette affaire diffère de celles qui sont soulevées en l'espèce. Dans l'affaire *Muldoon*, il s'agissait de savoir si l'interdiction légale expresse de voter faite aux juges nommés par le gouverneur en conseil était valide, étant donné l'article 3 de la Charte qui prévoit que «Tout citoyen canadien a le droit de vote . . . aux élections législatives fédérales ou provinciales.» En l'espèce, les politiques et les mesures auxquelles elles ont donné lieu, causes de la demande de réparation de la demanderesse, ne sont pas directement visées par les mots précis de la Charte, plus particulièrement le paragraphe 15(1) qui prévoit ce qui suit:

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.

De récentes décisions de cette Cour et d'autres tribunaux sur le traitement de ceux qui admettent leurs tendances homosexuelles diffèrent de celles rendues à l'égard d'autres traitements en vertu des lois fédérales, étant donné le paragraphe 15(1) de la Charte. Dans l'arrêt *Veysey c. Canada (Commissaire du Ser-*

Justice Dubé held that refusal to accord visiting privileges to the homosexual partner of a prisoner under a Private Family Visiting Program established by a Commissioner's Directive for the Penitentiary Service was an infringement of equality rights as a result of discrimination on a ground analogous to those prohibited under subsection 15(1) of the Charter. That refusal infringed the applicant's rights under subsection 15(1) in a manner not established as permissible within section 1 of the Charter. On appeal the relief granted, *certiorari* and *mandamus*, was upheld and the appeal dismissed, on other grounds. In its reasons the Court of Appeal noted that counsel for the appellant had formally advised that the Attorney General of Canada took the position that sexual orientation is a ground covered by section 15 of the Charter, an admission not made before the Trial Judge (*Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (F.C.A.), at page 322).

In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.) (leave granted to appeal, January 25, 1991 [*sub nom. Canadian Human Rights Commission v. Department of Secretary of State*, [1991] S.C.R. vi], the Court of Appeal set aside a decision of a tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] which had found that failure to accord bereavement leave to a person in a continuing homosexual relationship on the same basis as provided to a person in a heterosexual spousal relationship constituted discrimination proscribed in relation to "family status" under that Act. The Court declined to consider that limiting "family status" as excluding homosexual relationships, constituted discrimination prohibited under the Act, which did not expressly prohibit discrimination on grounds of sexual orientation. Assuming (without deciding this issue) that discrimination on the basis of sexual orientation was prohibited under subsection 15(1) of the Charter, the Court found this would not permit reading into the *Canadian Human Rights Act* such a proscription which that Act did not include.

vice correctionnel), [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.), le juge Dubé a conclu que le refus d'accorder à l'amant d'un prisonnier le droit de lui rendre visite en vertu du Programme des visites familiales privées établi par une directive du commissaire à l'intention du Service pénitentiaire, constituait une atteinte aux droits à l'égalité en raison d'un traitement discriminatoire fondé sur un motif analogue aux motifs prohibés au paragraphe 15(1) de la Charte. Ce refus portait atteinte aux droits conférés au requérant au paragraphe 15(1) d'une façon qui ne se justifiait pas en vertu de l'article premier de la Charte. En appel, la réparation accordée, soit des brefs de *certiorari* et de *mandamus*, a été confirmée et l'appel rejeté, pour d'autres motifs. Dans ses motifs, la Cour d'appel a souligné que l'avocat de l'appelant avait révélé officiellement que le procureur général du Canada estimait que l'orientation sexuelle était un motif visé par l'article 15 de la Charte, un aveu qui n'avait pas été fait en première instance. (*Veysey c. Canada (Service correctionnel)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (C.A.F.), à la page 322.)

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.) (autorisation d'interjeter appel accordée le 25 janvier 1991 [*sub nom. Commission canadienne des droits de la personne c. Secrétaire d'État*, [1991] 1 R.C.S. vi], la Cour d'appel a annulé la décision d'un tribunal constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, ch. 33], qui avait conclu que le refus d'accorder un congé de deuil à une personne qui entretenait depuis longtemps une relation homosexuelle de la même façon qu'il était accordé à une personne qui entretenait une relation conjugale hétérosexuelle constituait un motif de distinction illicite prévu à l'égard de la «situation de famille» dans la Loi. La Cour a refusé de considérer que l'interprétation de l'expression «situation de famille» qui ne s'étendait pas aux relations homosexuelles constituait une distinction illicite prohibée par la Loi, laquelle n'interdisait pas expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Tenant pour acquis (sans statuer sur la question) que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle était prohibée en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte, la Cour a conclu que cela ne permettait pas de voir dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* une telle interdiction, que la Loi ne prévoyait pas.

In *Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.), Mr. Justice Martin dismissed an application for a declaration that the *Old Age Security Act* [R.S.C., 1985, c. O-9], was unconstitutional. Its limitation of a spouse's allowance to a person of the opposite sex living with another if the two have publicly represented themselves as husband and wife, which was found to exclude persons living in a continuing homosexual relationship as well as other persons living together, was found not to be discriminatory on the basis of sex or sexual orientation within subsection 15(1). Martin J. found that Act did not infringe the plaintiffs' subsection 15(1) rights for it was not discriminatory within the meaning of subsection 15(1).

In *Neilsen v. Canada (Human Rights Commission)*, [1992] 2 F.C. 561 (T.D.), Mr. Justice Muldoon declined to issue orders in the nature of *certiorari* and *mandamus* in relation to action by the Human Rights Commission to suspend investigation or hearing of a complaint of discrimination in employment on the grounds of sex, sexual orientation, marital status and family status. The Commission had held action on the complaint pending determination by the Supreme Court of Canada in *Mossop, supra*, whether the Commission's jurisdiction should be interpreted to proscribe discrimination on grounds of sexual orientation. The *Canadian Human Rights Act* did not, and does not now, expressly prohibit discrimination in employment on grounds of sexual orientation. The relief sought required the reading into, or interpretation of the Act as including such a prohibition, a step Muldoon J. declined.

Of particular significance in relation to the judgment here rendered is the decision of the Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), decided August 6, 1992. That case concerned the application of the same interim policy of the Canadian Armed Forces as in issue in the action of Ms. Douglas. There the Motions Judge had allowed an application and granted a declaration that the "absence of sexual orientation from the list of proscribed grounds of discrimination in s. 3(1) of the

Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1^{re} inst.), le juge Martin a rejeté une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnelle la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [L.R.C. (1985), ch. O-9]. Il a statué qu'il n'y avait pas discrimination fondée sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle au sens du paragraphe 15(1) parce que l'allocation de conjoint ne pouvait être versée qu'à une personne vivant avec un pensionné du sexe opposé, les deux se présentant publiquement comme mari et femme, situation dont le juge a conclu qu'elle excluait les personnes qui entretiennent depuis longtemps une relation homosexuelle de même que d'autres personnes vivant ensemble. Le juge Martin a statué que la Loi ne portait pas atteinte aux droits conférés aux demandeurs au paragraphe 15(1) car elle ne faisait pas de discrimination au sens de ce paragraphe.

Dans l'arrêt *Neilsen c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 C.F. 561 (1^{re} inst.), le juge Muldoon a refusé de décerner des brefs de *certiorari* et de *mandamus* relativement à la décision de la Commission des droits de la personne de suspendre l'étude ou l'audition d'une plainte fondée sur la discrimination dans l'emploi en raison du sexe, de l'orientation sexuelle, de la situation de famille et de l'état matrimonial. La Commission avait suspendu la plainte en attendant que la Cour suprême du Canada décide dans l'affaire *Mossop* (précitée) si la compétence de la Commission devrait s'interpréter de façon à interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'interdisait pas ni n'interdit expressément aujourd'hui la discrimination dans l'emploi fondée sur l'orientation sexuelle. La réparation recherchée exigeait que la Loi soit interprétée comme contenant une telle interdiction, solution à laquelle s'est refusé le juge Muldoon.

La décision que la Cour d'appel de l'Ontario a rendue le 6 août 1992 dans l'affaire *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.) a une importance particulière pour le jugement en l'espèce. Cette affaire visait l'application de la même politique provisoire des Forces armées canadiennes que celle qui est contestée dans l'action de M^{me} Douglas. Dans cette affaire, le juge des requêtes avait accueilli une demande et accordé un jugement déclaratoire portant que «l'absence de l'orientation sexuelle de la liste des

Canadian Human Rights Act is discriminatory as being contrary to the guarantee of equal benefit of the law set out in s. 15 of the *Charter*" (*Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.), at page 248, *per* McDonald J.). On appeal, counsel for the Crown conceded that sexual orientation is an analogous ground to those expressly set out in subsection 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal held that the omission of sexual orientation as a proscribed ground of discrimination under subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*, and the resulting failure to provide an avenue for redress, with the possible inference from the omission that discriminatory treatment based on sexual orientation is acceptable, created an effect of discrimination contrary to subsection 15(1) of the *Charter*. The Crown disavowed reliance on section 1 of the *Charter* to support the *Canadian Human Rights Act* as enacted. In light of *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, the Court of Appeal found that the appropriate remedy was reading in, which it directed by a declaration that the Act be interpreted and applied as though it included sexual orientation as a proscribed ground of discrimination. In effect the Ontario Court of Appeal reached a result that the Federal Court of Appeal declined to reach in *Mossop, supra*, and Muldoon J. declined to reach in *Neilsen, supra*. While I have noted that the same policy of the Canadian Armed Forces in question in *Haig* is the basis of the action by Ms. Douglas, the issues in *Haig* concerned the *Canadian Human Rights Act* which was not raised by the pleadings in this case.

In my view the evolving jurisprudence relating to subsection 15(1) of the *Charter* as it applies to rights claimed by persons of a homosexual or lesbian orientation is by no means settled. In the circumstances of this case, had the trial been held, the Court might have concluded on the basis of the evidence and argument that the relief included in the judgment, rendered on the joint request of the parties, was warranted. Thus, on the basis of facts admitted in the pleadings, evidence adduced at trial, and argument, the Court might well have been persuaded to exercise

motifs de distinction illicite au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est discriminatoire car elle est contraire à la garantie du même bénéfice de la loi prévue à l'article 15 de la *Charte*» (*Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Div. Gén.), à la page 248, motifs du juge McDonald). En appel, l'avocat de la Couronne a concédé que l'orientation sexuelle était un motif analogue à ceux qui sont formellement exposés au paragraphe 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a conclu que l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de discrimination illicite au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et l'absence consécutive de moyens de recours jointe à l'inférence possible de cette omission que le traitement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle est acceptable, créaient une discrimination incompatible avec le paragraphe 15(1) de la *Charte*. La Couronne a refusé de s'appuyer sur l'article premier de la *Charte* pour soutenir la validité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* telle qu'édifiée. Étant donné l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la Cour d'appel a conclu que la réparation appropriée résidait dans l'interprétation, solution qu'elle a imposée en déclarant que la Loi devait être interprétée et appliquée comme si elle comprenait l'orientation sexuelle au nombre des motifs de distinction illicite. De fait, la Cour d'appel de l'Ontario est parvenue à une conclusion à laquelle la Cour d'appel fédérale s'est refusée dans l'arrêt *Mossop*, précité, tout comme l'a fait le juge Muldoon dans l'arrêt *Neilsen*, précité. Bien que j'aie souligné que la politique des Forces armées canadiennes contestée dans l'affaire *Haig* est à la source de l'action de M^{me} Douglas, les questions litigieuses dans l'affaire *Haig* avaient trait à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, que l'on n'a pas invoquée dans les actes de procédure en l'espèce.

À mon sens, la jurisprudence qui évolue au sujet du paragraphe 15(1) de la *Charte* dans la mesure où il s'applique aux droits revendiqués par les homosexuels et les lesbiennes, n'est nullement fixée. Dans les circonstances de l'espèce, si le procès avait eu lieu, la Cour aurait pu conclure en se fondant sur la preuve et les plaidoiries, que la réparation comprise dans le jugement, prononcé à la demande commune des parties, était justifiée. Ainsi, en raison des faits reconnus dans les actes de procédure, de la preuve produite au procès, et des plaidoiries, la Cour aurait

its discretion to grant the first of the declarations included in the judgment granted, concerning the plaintiff's rights in light of subsection 15(1) of the Charter. While the exercise of discretion to grant the second of the declarations might have required more persuasive argument, for that declaration deals with general policies of the defendant within the Canadian Armed Forces and not merely with the plaintiff's rights as affected by the application of those policies, since the general application of those policies in light of the Charter was clearly in issue, the second of the declarations would have been within the Court's discretion to grant after trial, had it been held.

In these circumstances, on the basic facts here admitted, if the plaintiff were successful after trial of the issues, the declarations as granted by the judgment herein are, in my view, supportable in the current state of evolving jurisprudence.

The question of the appropriate role of the executive branch of government, represented by the Attorney General of Canada, in the resolution of Charter issues raised in litigation, with particular regard to consenting to judgment, is left for consideration in a case where evolving jurisprudence is even less definitive of the rights in issue, and the judgment sought is more questionable than, in my view, is the case in this action.

fort bien pu être persuadée d'accorder, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la première des déclarations comprises dans le jugement rendu, ayant trait aux droits de la demanderesse compte tenu du paragraphe 15(1) de la Charte. Bien que des arguments plus persuasifs auraient pu être nécessaires pour inciter la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à accorder la seconde déclaration sollicitée, celle-ci ayant trait aux politiques générales de la défenderesse applicables aux Forces armées canadiennes et non simplement aux droits de la demanderesse dans la mesure où ils sont touchés par ces politiques, puisque l'application générale de ces politiques compte tenu de la Charte était clairement contestée, s'il y avait eu procès, la Cour aurait pu accorder la seconde des déclarations dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Dans ces circonstances, d'après les faits essentiels reconnus en l'espèce, si la demanderesse avait gain de cause une fois jugées les questions litigieuses, les déclarations accordées dans le jugement en l'espèce sont, à mon sens, défendables dans l'évolution actuelle de la jurisprudence.

La question du rôle approprié de la branche exécutive du gouvernement, représentée par le procureur général du Canada, dans le règlement des questions litigieuses relatives à la Charte, particulièrement en ce qui concerne le consentement à jugement, reste à être étudiée dans une affaire où la jurisprudence en évolution est encore moins décisive à l'égard des droits contestés, et le jugement recherché est plus discutabile, à mon avis, que ce n'est le cas dans cette action.

ITA-6861-91

In the Matter of the *Income Tax Act, Canada Pension Plan, Unemployment Insurance Act, 1971*

And in the Matter of an Assessment or Assessments by the Minister of National Revenue under one or more of the *Income Tax Act, Canada Pension Plan, Unemployment Insurance Act, Against*

Murray Michael Bruce Boyce (sometimes known as Murray Bruce David Michael Boyce)

INDEXED AS: BOYCE (RE) (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, November 3; Ottawa, November 24, 1992.

Practice — Judgments and orders — Enforcement — Motion for order directing Bank to deliver up to sheriff contents of safety deposit box — Certificate, registered in Federal Court certifying indebtedness to Crown, deemed judgment — Writs of fieri facias issued and served on Bank — Bank refusing access to safety deposit box unless "drilling order" obtained as was usual practice at Winnipeg — "Drilling order" not required in addition to writ of fieri facias — Nothing new to be addressed by Court when sheriff instructed to obtain contents of safety deposit box — Sheriff not trespassing if box empty — Writs of fieri facias sufficient to authorize sheriff to gain entry to safety deposit box — Bank, as third party, justified in insisting upon indemnification for cost of drilling and restoring box to usable condition.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Eccles v. Bourque et al., [1975] 2 S.C.R. 739; (1974), 50 D.L.R. (3d) 753; [1975] 1 W.W.R. 609; 19 C.C.C. (2d) 129; 27 C.R.N.S. 325; 3 N.R. 259.

APPLICATION for an order directing a Bank to deliver up to the sheriff the contents of judgment debtor's safety deposit box. Application allowed.

ITA-6861-91

Affaire intéressant la *Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*

Et les cotisations établies par le ministre du Revenu national en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu, du Régime de pensions du Canada, ou de la Loi sur l'assurance-chômage, contre*

Murray Michael Bruce Boyce (parfois connu sous le nom de Murray Bruce David Michael Boyce)

RÉPERTORIÉ: BOYCE (RE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Winnipeg, 3 novembre; Ottawa, 24 novembre 1992.

Pratique — Jugements et ordonnances — Exécution — Requête en ordonnance enjoignant à la banque de remettre au shérif le contenu d'un coffre — Un certificat enregistré auprès de la Cour fédérale attestant une dette envers Sa Majesté est réputé être un jugement — Des brefs de fieri facias ont été décernés et signifiés à la banque — La banque a interdit l'ouverture du coffre tant qu'une «ordonnance de perçage» n'était pas obtenue, conformément à ce qui se faisait d'habitude à Winnipeg — Il n'est pas nécessaire d'obtenir une «ordonnance de perçage» en sus du bref de fieri facias — Il n'y a rien de nouveau sur lequel la Cour doit statuer lorsque le shérif est prié d'obtenir le contenu d'un coffre — Le shérif ne commet pas une violation de propriété si le coffre est vide — Les brefs de fieri facias suffisaient pour autoriser le shérif à ouvrir le coffre — La banque, en tant que tierce partie, a raison d'exiger une indemnité pour les frais engagés pour percer le coffre et le remettre en état d'utilisation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Eccles c. Bourque et autres, [1975] 2 R.C.S. 739; (1974), 50 D.L.R. (3d) 753; [1975] 1 W.W.R. 609; 19 C.C.C. (2d) 129; 27 C.R.N.S. 325; 3 N.R. 259.

REQUÊTE en ordonnance enjoignant à une banque de remettre au shérif le contenu du coffre du débiteur saisi. Requête accueillie.

COUNSEL:

Gerald L. Chartier for Minister of National Revenue.

David R. M. Jackson for Canadian Imperial Bank of Commerce. ^a

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for Minister of National Revenue. ^b

Pitblado & Hoskin, Winnipeg, for Canadian Imperial Bank of Commerce.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.: This is a motion by the Attorney General of Canada on behalf of the Minister of National Revenue for an order directing the Canadian Imperial Bank of Commerce to deliver up to the sheriff of the Winnipeg Judicial District the contents of the safety deposit box. These reasons apply to both this action and to the action in respect of Sharon Asselin in Court file ITA-1256-92. ^d

On September 30, 1991, a certificate was registered in the Federal Court certifying as payable by Murray Michael Bruce Boyce to Her Majesty the Queen the sum of \$174,842.27 plus interest. On February 13, 1992, a similar certificate was registered in the Federal Court in respect of Sharon Asselin certifying that she was indebted to Her Majesty for the sum of \$17,077.36 plus interest. These certificates are deemed to be judgments of the Federal Court. The indebtedness appears to arise under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8] and the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]. ^e

On February 13, 1992 writs of *fieri facias* were issued by the Federal Court with respect to Boyce and Asselin. The writs were served on the Manager, Canadian Imperial Bank of Commerce, 1075 Autumnwood Drive branch, Winnipeg, on February 14, 1992. ^f

When the sheriff attended at the branch on February 24, 1992 to access the contents of the safety deposit box under contract to Boyce and Asselin, the sheriff was advised by the bank manager that she ^g

AVOCATS:

Gerald L. Chartier, pour le ministre du Revenu national.

David R. M. Jackson, pour la Banque Canadienne Impériale de Commerce. ^a

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour le ministre du Revenu national. ^b

Pitblado & Hoskin, Winnipeg, pour la Banque Canadienne Impériale de Commerce.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: Il s'agit d'une requête du procureur général du Canada, au nom du ministre du Revenu national, pour obtenir une ordonnance enjoignant à la Banque Canadienne Impériale de Commerce de remettre au shérif du district judiciaire de Winnipeg le contenu d'un coffre. Les présents motifs s'appliquent également à l'action intentée contre Sharon Asselin dans le dossier ITA-1256-92. ^d

Le 30 septembre 1991, le ministère public a fait enregistrer, auprès de la Cour fédérale, un certificat attestant que Murray Michael Bruce Boyce devait à Sa Majesté la Reine la somme de 174 842,27 \$ et les intérêts. Le 13 février 1992, un certificat semblable a été enregistré, auprès de la Cour fédérale, à l'égard de Sharon Asselin, attestant que cette dernière devait à Sa Majesté la somme de 17 077,36 \$ et les intérêts. Ces certificats sont réputés être des jugements de la Cour fédérale. Les dettes semblent découler de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63], du *Régime de pensions du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8] et de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48]. ^e

Le 13 février 1992, la Cour fédérale a décerné des brefs de *fieri facias* à l'égard de Boyce et d'Asselin. Les brefs ont été signifiés à la gérante de la succursale de la Banque Canadienne Impériale de Commerce, sise au 1075, Autumnwood Drive, à Winnipeg, le 14 février 1992. ^f

Lorsque le shérif s'est rendu à la succursale, le 24 février 1992, pour prendre possession du contenu du coffre loué par Boyce et Asselin, la gérante l'a informé qu'elle ne l'autoriserait pas à ouvrir le cof- ^g

would not allow access to the safety deposit box by the sheriff unless a “drilling order” was obtained.

Counsel for the bank asserted that in the case of access to a safety deposit box a writ of *feri facias* is insufficient. A specific “drilling order” is necessary. No authority was cited in support of this proposition, although counsel produced certain correspondence with the sheriff which indicated that the practice, at least in Winnipeg, is for the sheriff to obtain a “drilling order” when a bank refuses access to a safety deposit box.

Counsel for the bank further argued that based upon the authority in *Eccles v. Bourque et al.*, [1975] 2 S.C.R. 739 that if the safety deposit box is empty, the sheriff will be guilty of trespass. Counsel asserted that the law in this area derives from a balancing of rights between debtors and creditors and that the balance requires a specific “drilling order” in the case of a safety deposit box.

Counsel for the Attorney General makes the following argument which I take from the written statement of fact and law submitted:

6. The eminent jurist, G.V. La Forest, now with the Supreme Court of Canada, published, as a member of the Faculty of Law at the University of New Brunswick, the following with respect to the Writ of *Fieri Facias*:

The writ of *feri facias* (or *fi fa*) is the maid of all work in the law of execution. So much is this so that in ordinary parlance when we speak of issuing execution we mean the *feri facias*. It commands the sheriff to cause to be made (*feri facias*) out of the lands and chattels of the judgment debtor an amount sufficient to pay the judgment creditor with costs. The writ has been the most usual mode of execution for a long time, it is of great antiquity, dating to the earliest days of the common law.

Some Aspects of the Writ of Fieri Facias, G.V. La Forest, 1959, U.N.B. Law Journal, p. 38.

7. In Halsbury's Laws of England, 4th Edition, Volume 17, at paragraph 468, the text reads as follows:

The writ is said to “bind” the property in the goods of the judgment debtor in the bailiwick. When it is said that the goods, or the property in them, are “bound”, what is meant is that the sheriff acquires a legal right to seize the goods.

8. It is the submission of Her Majesty the Queen that it is the Sheriff's duty under a Writ of *Fieri Facias* to ascertain where the judgment debtor's goods are and to seize them. For this purpose, the Sheriff can legally enter the dwelling house and

fre, tant qu'il n'aura pas obtenu une «ordonnance de perçage».

L'avocat de la banque a affirmé qu'un bref de *feri facias* ne suffisait pas pour ouvrir un coffre. Selon lui, il fallait obtenir une «ordonnance de perçage» expresse. Il n'a pas cité de jurisprudence au soutien de cette thèse. Cependant, il a produit certaines lettres échangées avec le shérif, selon lesquelles ce dernier avait l'habitude, à Winnipeg du moins, d'obtenir une «ordonnance de perçage» lorsque la banque ne lui permettait pas d'ouvrir un coffre.

L'avocat de la banque a également soutenu que, d'après l'arrêt *Eccles c. Bourque et autres*, [1975] 2 R.C.S. 739 si le coffre était vide, le shérif serait coupable d'atteinte. Selon lui, le droit en la matière résulte d'un équilibre entre les droits des débiteurs et ceux des créanciers; or, cet équilibre exige une «ordonnance de perçage» expresse dans le cas d'un coffre.

L'avocat du procureur général plaide comme suit, dans ce que j'ai extrait de son exposé des faits et du droit:

[TRADUCTION] 6. Lorsqu'il était professeur à la faculté de droit de l'université du Nouveau-Brunswick, l'éminent juriste, G.V. La Forest, maintenant juge à la Cour suprême du Canada, a publié ce qui suit, à propos du bref de *feri facias*:

[TRADUCTION] Le bref de *feri facias* (ou *fi fa*) est la «bonne à tout faire» du droit en matière d'exécution forcée, à telle enseigne que dans le langage courant, l'expression «bref d'exécution» désigne le bref de *feri facias*. Il ordonne au shérif de réaliser (*feri facias*), sur les terres et les biens meubles du débiteur saisi, un montant suffisant pour payer le créancier saisissant et les dépens. Depuis longtemps, ce bref est le moyen le plus couramment utilisé pour l'exécution forcée; il est très ancien, puisqu'il remonte aux origines de la common law.

Some Aspects of the Writ of Fieri Facias, G.V. La Forest, 1959, U.N.B. Law Journal, p. 38.

7. Le passage suivant est tiré de l'ouvrage Halsbury's Laws of England, 4^e édition, volume 17, au paragraphe 468:

[TRADUCTION] On dit que le bref «grève» le droit de propriété sur les biens du débiteur saisi situés dans le ressort. Lorsqu'on dit que les biens, ou le droit de propriété sur ces biens, sont «grevés», on veut dire que le shérif est également en droit de saisir les biens.

8. Sa Majesté la Reine soutient qu'il incombe au shérif muni d'un bref de *feri facias* de trouver les biens du débiteur saisi et de les saisir. À ces fins, le shérif peut légalement pénétrer dans la maison d'habitation et dans les locaux du débiteur saisi ou

premises of the judgment debtor, or of any stranger to whose premises the debtor's property has been removed, but the law dealing with the Sheriff's right of entry under civil process is subject to the overriding rule that he must not gain entry by force against the will of the judgment debtor or such stranger.

Halsbury's, *supra*, at para. 465.

9. In regard to the last phrase of the previous paragraph, the Halsbury's text goes on to state the following:

The privilege is confined to dwelling houses. The outer door premises occupied by the debtor, but not being his dwelling house, nor within the curtilage of his dwelling house, may lawfully be broken open.

Halsbury's, *supra*, para. 466.

10. Once an entry has been made, the doors of particular rooms, cupboards or trunks may be broken open, in order to complete the execution. It is not necessary to demand that inner doors, cupboards or trunks be opened but for the breaking.

Halsbury's, *supra*, para. 467.

11. The Canadian Imperial Bank of Commerce is not objecting to the drilling of the safety deposit box because it is not leased to the judgment debtors. It is clear from the Affidavit of Francine Hollingworth, sworn November 2, 1992, that she is, in fact, satisfied that the safety deposit box is leased to the judgment debtors.

Affidavit of Francine Hollingworth, para. 3.

12. There does not appear on the face of the Affidavit material, nor, indeed, does it appear to be the contention of the Canadian Imperial Bank of Commerce that the bank premises located at 1075 Autumnwood Drive, Winnipeg, Manitoba, is a dwelling. As indicated in the text from Halsbury's, the privilege only extends to dwelling houses.

Hodder v. Williams, [1895] 2 Q.B. 663 (C.A.).

13. Although there appears to be no case exactly on point, the learned authors of *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine*, Springman and Gertner, 1985, Butterworth & Co. (Canada) Ltd., state the following at page 152 of the text:

Property owned by the debtor but secreted in the hands of third parties is seizable by the sheriff. Even the dwelling house of such a stranger could be broken into by the sheriff if the debtor had hidden himself or his goods there and commercial premises have no such protection at common law. The legality of the entry is determined by an actual finding of the debtor's property. Applying these principles, there is no reason in law to prevent the sheriff from breaking a safety deposit box. Practically, however, depositing a certificate in a safety deposit box guarantees virtual immunity, because even if the sheriff happens to learn of the box and its contents, the costs of executing must be balanced against possible returns from seizure and sale. Even the most co-operative bank has no choice but to drill the box if the debtor does not disgorge the key, and debtors are not known

du tiers chez qui se trouvent les biens du débiteur; cependant, le droit qui permet au shérif d'entrer quelque part en matière civile est assujéti au principe supérieur qui lui interdit de pénétrer dans un local par la force contre le gré du débiteur saisi, ou du tiers.

^a Halsbury's, précité, au paragraphe 465.

9. Relativement à la dernière phrase du paragraphe précédent, le Halsbury's poursuit:

[TRADUCTION] Le privilège est limité aux maisons d'habitation. On peut légalement pénétrer de force dans les locaux occupés par le débiteur et les dépendances, sauf s'il s'agit de sa maison d'habitation.

Halsbury's, précité, au paragraphe 466.

10. Une fois qu'il est entré dans un local, l'officier chargé de l'exécution peut forcer les portes intérieures, les armoires ou les malles s'il y a lieu. Il n'a pas à obtenir d'autorisation spéciale à cet effet.

Halsbury's, précité, au paragraphe 467.

^d 11. Si la Banque Canadienne Impériale de Commerce s'oppose à ce que le shérif perce le coffre, ce n'est pas parce que les débiteurs saisis n'en seraient pas les locataires. En effet, d'après l'affidavit de Francine Hollingworth, fait sous serment le 2 novembre 1992, cette dernière est manifestement convaincue que le coffre est loué aux débiteurs saisis.

Affidavit de Francine Hollingworth, paragraphe 3.

12. À la lecture de l'affidavit, la succursale bancaire, située au 1075, Autumnwood Drive, Winnipeg (Manitoba), n'est pas un logement et la Banque Canadienne Impériale de Commerce ne le prétend pas non plus, apparemment. D'après le Halsbury's, le privilège s'étend seulement aux maisons d'habitation.

Hodder v. Williams, [1895] 2 Q.B. 663 (C.A.).

^g 13. Bien que les tribunaux ne semblent pas avoir statué précisément sur cette question, les éminents auteurs de l'ouvrage *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine*, Springman et Gertner, 1985, Butterworth & Co. (Canada) Ltd., affirment ce qui suit, à la page 152:

[TRADUCTION] Le shérif peut saisir les biens qui appartiennent au débiteur mais qui sont cachés chez des tiers. Le shérif pourrait même entrer de force dans la maison d'habitation du tiers, si le débiteur s'y cachait ou y cachait ses biens; en outre, les locaux commerciaux ne jouissent pas d'une telle protection en vertu de la common law. Il sera légal d'entrer dans un lieu si on y trouve effectivement les biens du débiteur. À partir de ces principes, il n'y a aucun motif juridique qui empêche le shérif de forcer un coffre. Cependant, en pratique, celui qui dépose un certificat dans un coffre est pratiquement assuré d'immunité car, même si le shérif trouve le coffre et son contenu, il faut prendre en considération les frais d'exécution par rapport au produit éventuel de la saisie et de la vente. Même la banque la plus complaisante ne peut pas éviter de percer le coffre si le débi-

for their co-operation. The best the bank can do is seal the box.

14. This excerpt from the Springman and Gertner text is apposite here, as well. If the Canadian Imperial Bank of Commerce's position is accepted, then the execution creditor must, in addition to paying the costs of the drilling of the safety deposit box, pay for a solicitor to make an application to the Court to obtain a further Order. Neither the present state of the law, nor public policy, should dictate such a result.

While I cannot fault counsel for the bank for wishing to proceed cautiously in view of the fact that this precise issue has not been specifically decided (at least neither counsel were unable to refer me to any authorities directly on point) I am unable to accede to his position.

There does not seem to be any special reason why in addition to a writ of *feri facias* a judgment creditor must also obtain a "drilling order". There is nothing new that must be addressed by a Court when the sheriff is instructed to obtain the contents of a safety deposit box. Counsel mentioned that to obtain a "drilling order" it would be necessary to establish that a judgment had been obtained, and that the specific location of the safety deposit box be ascertained. However, the writ of *feri facias* could not be obtained without a preceding judgment. Nor has any cogent reason been advanced for requiring the Court to have specific evidence of the location of a safety deposit box before it could be accessed. Under the circumstances, I see no purpose nor necessity for obtaining a further "drilling order" in addition to a writ of *feri facias*.

Nor am I of the view that the sheriff would be trespassing if the safety deposit box was empty. There is no dispute in this case that the judgment debtors did have a safety deposit box at the branch of the bank in question. The judgment debtors have the right to the use of the safety deposit box. That right is itself an asset which is present at the branch in question. In my opinion, this is not a circumstance analogous to that referred to by Dickson J. (as he then was) in *Eccles v. Bourque et al.* (*supra*).

I am therefore of the opinion that the writs of *feri facias* were sufficient to authorize the sheriff to gain entry to the safety deposit box in this case. Having said this, it must recognize that the bank is a third

teur ne produit pas la clé. Or, les débiteurs ne se distinguent pas par leur complaisance. La meilleure chose qu'une banque puisse faire est de sceller le coffre.

14. Cet extrait de l'ouvrage de Springman et Gertner est également pertinent en l'espèce. Si l'on accepte la thèse de la Banque Canadienne Impériale de Commerce, le créancier saisissant doit, en plus de payer les frais pour percer le coffre, payer un avocat pour qu'il présente une requête à la Cour en vue d'obtenir une autre ordonnance. Une telle obligation n'est imposée, ni par le droit positif, ni par l'ordre public.

Bien que je ne puisse pas reprocher à l'avocat de la banque de vouloir agir prudemment, vu que les tribunaux ne se sont pas prononcés sur cette question en particulier (du moins, aucun des avocats n'a été en mesure de me citer de jurisprudence qui portait directement sur cette question), je dois rejeter sa thèse.

Aucune raison particulière ne semble obliger un créancier saisissant à obtenir, en plus d'un bref de *feri facias*, une «ordonnance de perçage». Il n'y a rien de nouveau sur lequel la Cour doit statuer lorsque le shérif est prié d'obtenir le contenu d'un coffre. L'avocat de la banque a affirmé que, pour obtenir une «ordonnance de perçage», il faudrait prouver qu'un jugement avait été obtenu et préciser l'endroit où se trouvait exactement le coffre. Cependant, le bref de *feri facias* ne pouvait être obtenu sans un jugement préalable. Qui plus est, l'avocat de la banque n'a pas donné de motif convaincant pour lequel la Cour devrait avoir une preuve précise de l'endroit où se trouve un coffre avant qu'il ne puisse être ouvert. Compte tenu des circonstances, il me semble inutile d'obtenir une «ordonnance de perçage», en plus d'un bref de *feri facias*.

Je ne suis pas non plus d'avis que le shérif serait coupable d'atteinte si le coffre était vide. Il n'est pas contesté en l'espèce que les débiteurs saisis avaient effectivement un coffre à la succursale de la banque en cause. Les débiteurs saisis ont le droit d'utiliser le coffre. Ce droit est lui-même un bien qui se trouve à la succursale en question. À mon avis, il ne s'agit pas d'un cas analogue à celui qu'a mentionné le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Eccles c. Bourque et autres* (précité).

Je suis donc d'avis que les brefs de *feri facias* suffisaient pour autoriser le shérif à ouvrir le coffre en l'espèce. Ceci dit, je dois reconnaître que la banque est une tierce partie par rapport aux créanciers saisis-

party as between the judgment creditor and the judgment debtors. It should be kept “whole” by the judgment creditor where it co-operates to allow the sheriff to execute the writ of *fieri facias*. In these circumstances, a bank would be justified in insisting that it be indemnified for the reasonable cost of drilling the safety deposit box and restoring it to usable condition thereafter. Since drilling must be a fairly common practice, e.g., where customers lose their keys, the cost involved should be readily ascertainable.

Counsel for the Attorney General argued that the bank would incur the cost of drilling and restoration in any event because the judgment debtors were not co-operating and eventually the bank would have to drill the box to secure its return to its own use. On the material before me, I have no basis for making these assumptions, and I am of the view that the bank should not be “out-of-pocket” when it co-operates to allow access by a sheriff to the safety deposit box.

The application of the Attorney General is granted.

Considerable argument took place with respect to the matter of costs. While the Attorney General was successful in this case, and there was little to support the bank’s position, the bank is an innocent third party. In the absence of precedents and the apparent practice of obtaining “drilling orders” in Winnipeg in some circumstances, it was not unreasonable, in my opinion, for the bank to be uncertain of its position in this case. Accordingly, I will make no order as to costs.

sants et aux débiteurs saisis. Le créancier saisissant doit dédommager la banque lorsqu’elle aide le shérif à exécuter le bref de *fieri facias*. Dans ce cas, une banque aurait raison d’exiger une indemnité pour les frais raisonnables engagés pour percer le coffre et le remettre en état d’utilisation par la suite. Puisqu’il doit être assez fréquent de devoir percer des coffres, par exemple lorsque des clients perdent leur clé, il devrait être assez facile d’évaluer le coût de ces opérations.

L’avocat du procureur général a soutenu que la banque aurait à supporter les frais de perçage et de remise en état de toute façon, parce que les débiteurs saisis ne collaboraient pas et parce que la banque devra un jour percer le coffre pour pouvoir le réutiliser. Vu la preuve dont j’ai connaissance, je ne suis pas fondé à faire de telles hypothèses, et j’estime que la banque ne devrait pas avoir à supporter de frais lorsqu’elle aide le shérif à ouvrir le coffre.

La requête du procureur général est accueillie.

Les parties ont longuement débattu de la question des dépens. Bien que le procureur général ait eu gain de cause en l’espèce et bien que la banque n’ait pas réussi à faire valoir beaucoup d’arguments au soutien de sa thèse, la banque est une tierce partie qui n’a rien à se reprocher. En l’absence de jurisprudence et compte tenu de la pratique à Winnipeg qui consiste apparemment à obtenir des «ordonnances de perçage» dans certains cas, il n’était pas déraisonnable, à mon avis, que la banque soit incertaine de sa position en l’espèce. Par conséquent, je n’adjugerai pas de dépens.

T-20-92

In the matter of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, Chapter C-29

And in the Matter of an appeal from the decision of a Citizenship Judge

And in the Matter of Chee Chow David Koo (*Appellant*)

INDEXED AS: KOO (RE) (T.D.)

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 11; Ottawa, December 3, 1992.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Naturalization — Residency requirements — Citizenship Act, s. 5(1)(c) requiring accumulation of at least three years of residence in Canada within four years immediately preceding date of application — Parliamentary debates, committee proceedings not supporting conclusion removal of qualifications based on domicile from Act in 1978 indicating intention not to require physical presence for whole three-year period — Physical presence for 1,095 days contemplated as minimum — Case law not requiring physical presence during whole 1,095 days to fulfil residence requirement — Appellant present in Canada 232 days during four-year period preceding citizenship application — Questions formulated and applied to determine whether Canada place where appellant “regularly, normally or customarily lives” or whether country in which centralized mode of existence — Court not to interpret statute more liberally if of view applicant would make excellent citizen — Appellant’s activities said to be of “exceptional value to Canada” merely sound business practice — Making of s. 5(4) recommendation discretionary, not subject to appeal.

This was an appeal from the denial of citizenship for failure to fulfil the residence requirement of the *Citizenship Act*. Paragraph 5(1)(c) requires an applicant to have accumulated at least three years of residence in Canada within the four years immediately preceding the date of his application. The appellant fled to Hong Kong from China in 1949 and is a stateless citizen. He was physically present within Canada for 232 days during the four-year period preceding his application, consisting mostly of visits of little more than one-week duration. The absences were necessary to run the family shipping company in Hong Kong. He has a Canadian social insurance number, B.C. medical coverage, B.C. driver’s licence, Visa and Mastercard. He jointly owns a home in British Columbia with his wife, who is now a Canadian citizen. An aunt, uncle, cousin, mother-in-law, and younger brother live in Vancouver. The appellant has

T-20-92

Affaire intéressant la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), chapitre C-29

Et un appel de la décision d’un juge de la citoyenneté

Et Chee Chow David Koo (*appellant*)

RÉPERTORIÉ: KOO (RE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 11 septembre; Ottawa, 3 décembre 1992.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Naturalisation — Conditions en matière de résidence — L’art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté exige que la personne ait, dans les quatre ans précédant la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans — Les débats parlementaires et les délibérations de comité n’étayaient pas la conclusion selon laquelle la suppression, en 1978, des restrictions fondées sur le lieu de domicile imposées par la Loi dénote l’intention de ne pas exiger une présence physique au Canada pendant toute la période de trois ans — Une présence physique de 1 095 jours était envisagée comme durée minimale — La jurisprudence n’exige pas que l’on soit physiquement présent pendant toute la période de 1 095 jours pour satisfaire à la condition prescrite en matière de résidence — L’appellant a été présent au Canada pendant 232 jours durant les quatre ans précédant sa demande de citoyenneté — Des questions ont été formulées et appliquées pour déterminer si le Canada était le lieu où l’appellant «vit régulièrement, normalement ou habituellement» ou le pays où il avait centralisé son mode d’existence — La Cour n’a pas à interpréter la Loi d’une manière plus large si elle est d’avis que le requérant ferait un excellent citoyen — Les activités de l’appellant censées constituer «des services exceptionnels rendus au Canada» représentent simplement une saine pratique commerciale — La formulation d’une recommandation en vertu de l’art. 5(4) est une mesure discrétionnaire, non susceptible d’appel.

Il s’agit d’un appel du refus d’accorder la citoyenneté pour inobservation de la condition prescrite par la *Loi sur la citoyenneté* en matière de résidence. L’alinéa 5(1)c) exige que, dans les quatre années précédant la date de sa demande, le requérant ait résidé au Canada pendant une période d’au moins trois ans. L’appellant, qui a quitté la Chine pour Hong Kong en 1949, est apatride. Dans les quatre années précédant la date de sa demande, l’appellant a été physiquement présent au Canada pendant une période de 232 jours, composée surtout de visites d’une durée d’à peine plus d’une semaine. Les absences étaient nécessaires pour diriger l’entreprise familiale de transport maritime à Hong Kong. L’appellant détient un numéro d’assurance sociale canadien, une carte d’assurance-maladie de la C.-B., un permis de conduire de la C.-B., ainsi qu’une carte de crédit Visa et Mastercard. Il est propriétaire d’une maison en

helped lobby to have Canadian tax laws amended to make it more attractive for international shipping companies to locate in Vancouver, and is contemplating moving the head office of the family shipping firm here. He has been an active promoter of Canadian interests in Hong Kong. The appellant has filed Canadian income tax returns and paid income tax as a resident of Canada even though it was not necessary for him to do so.

The appellant also argued that the Citizenship Judge erred in not recommending to the Minister, pursuant to subsection 5(4), that the appellant should be granted citizenship "to reward services of an exceptional value to Canada."

Held, the appeal should be dismissed.

Nothing in the Parliamentary debates and committee proceedings substantiate the conclusion that removal from the Act in 1978 of the qualifications based on domicile indicated a parliamentary intention that physical presence for the whole three-year period was not required. The debates instead suggest that physical presence in Canada for 1,095 days was contemplated as a minimum. Nonetheless, case law does not require actual physical presence within Canada for the whole 1,095 days to fulfil the three-year residence requirement.

The following questions were formulated to assist in the determination of whether Canada is where the applicant "regularly, normally or customarily lives" or is the country in which he has centralized his mode of existence: (1) was the individual physically present in Canada for a long period prior to recent absences which occurred immediately before the application for citizenship? (2) where do the applicant's immediate family and dependants reside? (3) does the pattern of physical presence in Canada indicate a returning home or merely visiting the country? (4) what is the extent of the physical absences? (5) is the physical absence caused by a temporary situation? (6) what is the quality of the connection with Canada: is it more substantial than that which exists with any other country? The quality of the person's connection with Canada must demonstrate a priority of residence in Canada (a more substantial connection with Canada than with any other place). (1) The appellant did not have an extensive period of residence in Canada prior to the more recent extended absences. (2) While his wife had been here long enough to obtain citizenship, the family did not really have "roots" here. (3) The pattern of physical presences was more consistent with visits to this country than demonstrating a return to a place where one "regularly, normally and customarily lives". (4) He fell very far short of the 1,095-day requirement. (5) The possibility of moving his business was speculative. (6) Despite the acquisition of the standard indicia of connection to Canada, the Court was not satisfied that the appellant's residence in Canada was more substantial than the quality of his residence in Hong Kong.

Colombie-Britannique, conjointement avec son épouse, aujourd'hui citoyenne canadienne. Une tante, un oncle, un cousin, sa belle-mère et un frère cadet vivent à Vancouver. L'appelant a contribué à faire pression pour que l'on modifie les lois fiscales canadiennes de manière à ce qu'il soit plus intéressant pour les sociétés internationales de transport maritime de s'établir à Vancouver, et il envisage de déménager dans cette ville le siège de la société familiale de transport maritime. À Hong Kong, il est un ardent promoteur des intérêts du Canada. L'appelant a produit des déclarations de revenus canadiennes et a payé de l'impôt sur le revenu à titre de résident du Canada, même s'il n'était pas tenu de le faire.

L'appelant a fait valoir aussi que le juge de la citoyenneté a commis une erreur en ne recommandant pas au ministre, aux termes du paragraphe 5(4), qu'il fallait lui attribuer la citoyenneté pour «récompenser des services exceptionnels rendus au Canada».

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Rien dans les débats parlementaires et les délibérations de comité ne justifie la conclusion selon laquelle la suppression, en 1978, des restrictions fondées sur le lieu de domicile imposées par la Loi dénotait que, selon le législateur, il n'était pas nécessaire d'être physiquement présent au pays pendant toute la période prescrite de trois ans. Les débats donnent à penser au contraire que la période envisagée de présence physique au Canada était d'au moins 1 095 jours. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence n'exige pas qu'une personne soit physiquement présente au Canada pendant toute la période de 1 095 jours pour satisfaire à la condition des trois années de résidence.

Les questions suivantes ont été formulées pour aider à déterminer si le Canada est le lieu où le requérant «vit régulièrement, normalement ou habituellement» ou s'il s'agit du pays où ce dernier a centralisé son mode d'existence: 1) le requérant était-il physiquement présent au Canada durant une période prolongée avant de s'absenter juste avant la date de sa demande de citoyenneté? 2) Où résident la famille proche et les personnes à charge du requérant? 3) La forme de présence physique du requérant au Canada dénote-t-elle que ce dernier revient dans son pays ou, alors, qu'il n'est qu'en visite? 4) Quelle est l'étendue des absences physiques? 5) L'absence physique est-elle imputable à une situation manifestement temporaire? 6) Quelle est la qualité des attaches du requérant avec le Canada: sont-elles plus importantes que celles qu'il a avec un autre pays? La qualité des attaches du requérant avec le Canada doit montrer le caractère prioritaire de la résidence au Canada (les attaches avec le Canada doivent être plus importantes que celles qu'il peut y avoir avec un autre pays). 1) L'appelant n'a pas eu une longue période de résidence au Canada avant les périodes d'absence prolongée plus récentes. 2) Son épouse est restée au Canada assez longtemps pour acquérir la citoyenneté, mais la famille n'a pas réellement de «racines» au pays. 3) Les présences physiques au Canada s'apparentent davantage à des visites dans ce pays qu'à un retour à un lieu où l'on «vit régulièrement, normalement et habituellement». 4) L'appelant est bien loin de satisfaire à la condition prescrite des 1 095 jours de résidence. 5) La possibilité de déménager l'entreprise familiale est hypothétique. 6) Malgré

Although there is Federal Court case law to the effect that the Act should be given a liberal interpretation in the case of an applicant who would obviously make an excellent citizen, the law should be applied equally and the same criteria met by all applicants regardless of the judge's opinion of the individual's qualities as a potential citizen.

The decision whether to make a recommendation under subsection 5(4) is so highly discretionary that the failure to make one should not be the subject of an appeal. The appellant's activities said to constitute "exceptional value to Canada" are not appreciably different from those in which many businessmen involve themselves for the sake of making and cementing useful business contacts and opportunities.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c),(4).
Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108, s. 5 (as am. by S.C. 1976-77, c. 52, s. 128).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Kleifges (In re) and in re Citizenship Act, [1978] 1 F.C. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Thomson, Percy Walker v. Minister of National Revenue, [1945] Ex. C.R. 17.

CONSIDERED:

Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.); *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209; [1946] 1 D.L.R. 689; [1946] C.T.C. 51; *Leung Re*, (1991), 42 F.T.R. 149 (F.C.T.D.); *Lee Re*, (1988), 24 F.T.R. 188 (F.C.T.D.); *Lau (Re)*, T-136-91, Dubé J., judgment dated 6/2/92, F.C.T.D., not yet reported; *Chien Re*, (1992), 51 F.T.R. 317 (F.C.T.D.); *Law (Re)*, T-1604-91, Reed J., judgment dated 22/5/92, F.C.T.D., not yet reported.

APPEAL from denial of citizenship for failure to meet the residence requirement of *Citizenship Act*, s. 5(1)(c). Appeal dismissed.

COUNSEL:

Gary A. Letcher and Kari D. Boyle for appellant.

l'acquisition des indices types d'attaches avec le Canada, la Cour n'était pas convaincue que la qualité de la résidence de l'appelant au Canada était plus importante que celle de sa résidence à Hong Kong.

Bien que la Cour fédérale ait établi qu'il faudrait interpréter la Loi d'une manière large dans le cas d'un requérant qui serait de toute évidence un excellent citoyen, la Loi devrait s'appliquer d'une manière égale à tous et les requérants doivent tous satisfaire aux mêmes critères, indépendamment de l'opinion du juge quant aux qualités de chacun en tant que citoyen éventuel.

La décision de formuler ou non une recommandation en vertu du paragraphe 5(4) est à ce point discrétionnaire que le fait de ne pas en avoir formulé une ne devrait pas faire l'objet d'un appel. Les activités de l'appelant qui constituent censément «des services exceptionnels rendus au Canada» ne diffèrent pas beaucoup de celles auxquelles se livrent de nombreux hommes d'affaires désireux d'établir et de consolider des occasions et des contacts utiles sur le plan des affaires.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)(c),(4).
Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, ch. 108, art. 5 (mod. par S.C. 1976-77, ch. 52, art. 128).

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Kleifges (In re) et in re Loi sur la citoyenneté, [1978] 1 C.F. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Thomson, Percy Walker v. Minister of National Revenue, [1945] R.C.É. 17.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Papadogiorgakis (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.); *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209; [1946] 1 D.L.R. 689; [1946] C.T.C. 51; *Leung Re*, (1991), 42 F.T.R. 149 (C.F. 1^{re} inst.); *Lee Re*, (1988), 24 F.T.R. 188 (C.F. 1^{re} inst.); *Lau (Re)*, T-136-91, juge Dubé, jugement en date du 6-2-92, C.F. 1^{re} inst., encore inédit; *Chien Re*, (1992), 51 F.T.R. 317 (C.F. 1^{re} inst.); *Law (Re)*, T-1604-91, juge Reed, jugement en date du 22-5-92, C.F. 1^{re} inst., encore inédit.

APPEL du refus d'accorder la citoyenneté pour inobservation de la condition prescrite par l'art. 5(1)(c) de la *Loi sur la citoyenneté* en matière de résidence. Appel rejeté.

AVOCATS:

Gary A. Letcher et Kari D. Boyle pour l'appelant.

J. B. Kowarsky as amicus curiae.

SOLICITORS:

Edwards, Kenny & Bray, Vancouver, for appellant.

J. B. Kowarsky, Vancouver, as amicus curiae.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

REED J.: The appellant appeals, by way of a trial *de novo*, a decision of the Citizenship Judge which denied his application for citizenship because he had not fulfilled the residence requirement of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29. Paragraph 5(1)(c) of that Act states:

5. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who

(c) has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, has not ceased since such admission to be a permanent resident pursuant to section 24 of the *Immigration Act*, and has, within the four years immediately preceding the date of his application, accumulated at least three years of residence in Canada, . . . [Underlining added.]

The appellant was physically present within Canada for a total of 232 days during the four-year period preceding his application for citizenship. This total number of days was accumulated by a number of short periods of physical presence in Canada. Most of these were of little more than one-week duration. At the same time, it is clear from the jurisprudence that actual physical presence within the country is not needed during the whole 1,095 days to fulfil the three-year residence requirement. In the leading case, *Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.), Associate Chief Justice Thurlow [as he then was] said, at pages 213-214:

It seems to me that the words "residence" and "resident" in paragraph 5(1)(b) of the new *Citizenship Act* are not as strictly limited to actual presence in Canada throughout the period as they were in the former statute but can include, as well, situations in which the person concerned has a place in Canada which is used by him during the period as a place of abode to a sufficient extent to demonstrate the reality of his residing there during the material period even though he is away from it part of the time. This may not differ much from what is embraced by the exception referred to by the words "(at least usually)" in

J. B. Kowarsky, amicus curiae.

PROCUREURS:

Edwards, Kenny & Bray, Vancouver, pour l'appelant.

J. B. Kowarsky, Vancouver, amicus curiae.

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

LE JUGE REED: L'appelant, par la voie d'un procès *de novo*, interjette appel d'une décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté sa demande de citoyenneté parce qu'il ne satisfaisait pas à la condition prescrite par la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, en matière de résidence. L'alinéa 5(1)(c) de cette Loi porte que:

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois:

c) a été légalement admise au Canada à titre de résident permanent, n'a pas depuis perdu ce titre en application de l'article 24 de la *Loi sur l'immigration*, et a, dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, . . . [C'est moi qui souligne.]

Dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande de citoyenneté, l'appelant a été physiquement présent au Canada 232 jours en tout. Ce chiffre est le total d'un certain nombre de courtes périodes de présence physique au Canada, d'une durée d'à peine plus d'une semaine dans la plupart des cas. D'un autre côté, il ressort clairement de la jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire d'être présent physiquement au pays durant la période totale prescrite de 1 095 jours pour satisfaire à la condition des trois ans de résidence. Voici ce qu'a déclaré le juge en chef adjoint Thurlow [tel était alors son titre] dans la décision qui fait jurisprudence en la matière, *Papadogiorgakis (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.), aux pages 213 et 214:

Il me semble que les termes «résidence» et «résident» employés dans l'alinéa 5(1)(b) de la nouvelle *Loi sur la citoyenneté* ne soient pas strictement limités à la présence effective au Canada pendant toute la période requise, ainsi que l'exigeait l'ancienne loi, mais peuvent aussi comprendre le cas de personnes ayant un lieu de résidence au Canada, qu'elles utilisent comme un lieu de domicile dans une mesure suffisante fréquente [*sic*] pour prouver le caractère effectif de leur résidence dans ce lieu pendant la période pertinente, même si elles en ont été absentes pendant un certain temps. Cette interprétation

the reasons of Pratte J. but in a close case it may be enough to make the difference between success and failure for an applicant.

A person with an established home of his own in which he lives does not cease to be resident there when he leaves it for a temporary purpose whether on business or vacation or even to pursue a course of study. The fact of his family remaining there while he is away may lend support for the conclusion that he has not ceased to reside there. The conclusion may be reached, as well, even though the absence may be more or less lengthy. It is also enhanced if he returns there frequently when the opportunity to do so arises. It is, as Rand J. appears to me to be saying in the passage I have read, "chiefly a matter of the degree to which a person in mind and fact settles into or maintains or centralizes his ordinary mode of living with its accessories in social relations, interests and conveniences at or in the place in question". [Underlining added.]

In the *Papadogiorgakis* case, a student who had been physically present in Canada for only 79 days during the relevant four-year period was determined to have fulfilled the residence requirement.

Reference was made in *Papadogiorgakis* to the Supreme Court decision in *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209. In that case the concept "ordinarily resident" was discussed for tax purposes, at pages 224-225:

It is held to mean residence in the course of the customary mode of life of the person concerned, and it is contrasted with special or occasional or casual residence. The general mode of life is, therefore, relevant to a question of its application.

For the purposes of income tax legislation, it must be assumed that every person has at all times a residence.

But in the different situations of so-called "permanent residence", "temporary residence", "ordinary residence", "principal residence" and the like, the adjectives do not affect the fact that there is in all cases residence; and that quality is chiefly a matter of the degree to which a person in mind and fact settles into or maintains or centralizes his ordinary mode of living with its accessories in social relations, interests and conveniences at or in the place in question. It may be limited in time from the outset, or it may be indefinite, or so far as it is thought of, unlimited. On the lower level, the expressions involving residence should be distinguished, as I think they are in ordinary speech, from the field of "stay" or "visit". [Underlining added.]

n'est peut-être pas très différente de l'exception à laquelle s'est référé le juge Pratte lorsqu'il emploie l'expression («d'une façon au moins habituelle»), mais, dans un cas extrême, la différence peut suffire pour mener le requérant au succès ou à la défaite.

a

Une personne ayant son propre foyer établi, où elle habite, ne cesse pas d'y être résidente lorsqu'elle le quitte à des fins temporaires, soit pour traiter des affaires, passer des vacances ou même pour poursuivre des études. Le fait que sa famille continue à y habiter durant son absence peut appuyer la conclusion qu'elle n'a pas cessé d'y résider. On peut aboutir à cette conclusion même si l'absence a été plus ou moins longue. Cette conclusion est d'autant mieux établie si la personne y revient fréquemment lorsque l'occasion se présente. Ainsi que l'a dit le juge Rand dans l'extrait que j'ai lu cela dépend [TRADUCTION] «essentiellement du point jusqu'auquel une personne s'établit en pensée et en fait, ou conserve ou centralise son mode de vie habituel avec son cortège de relations sociales, d'intérêts et de convenances, au lieu en question». [C'est moi qui souligne.]

b

c

d Dans l'affaire *Papadogiorgakis*, le juge a déterminé qu'un étudiant qui n'avait été présent physiquement au Canada que 79 jours seulement durant la période applicable de quatre ans satisfaisait à la condition prescrite en matière de résidence.

e

Dans l'affaire *Papadogiorgakis*, le juge a fait référence à un arrêt de la Cour suprême: *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209, où la notion de «résidence ordinaire» avait été analysée à des fins fiscales (aux pages 224 et 225 du recueil):

f

[TRADUCTION] On a jugé qu'il s'agit de résidence au cours du mode habituel de vie de la personne en question, par opposition à une résidence spéciale, occasionnelle ou fortuite. Pour appliquer le critère de la résidence ordinaire, il faut donc examiner le mode général de vie.

g

Aux fins de la législation de l'impôt sur le revenu, il est nécessaire de considérer que chaque personne a, en tout temps, une résidence.

h

Mais dans les différentes situations de prétendues «résidences permanentes», «résidences temporaires», «résidences ordinaires», «résidences principales» et ainsi de suite, les adjectifs n'influent pas sur le fait qu'il y a dans tous les cas résidence; cette qualité dépend essentiellement du point jusqu'auquel une personne s'établit en pensée et en fait, ou conserve ou centralise son mode de vie habituel avec son cortège de relations sociales, d'intérêts et de convenances, au lieu en question. Il se peut qu'elle soit limitée en durée dès le début, ou qu'elle soit indéterminée, ou bien, dans la mesure envisagée, illimitée. Sur un plan inférieur, les expressions comportant le terme résidence doivent être distinguées, comme elles le sont je crois dans le langage ordinaire, du concept de «séjour» ou de «visite». [C'est moi qui souligne.]

i

j

A review of the cases reveals that a number of different formulations of the appropriate test have been set out. *Leung, Re* (1991), 42 F.T.R. 149 (F.C.T.D.), at page 153, it was said that:

... an applicant who has established a residence in Canada, even if only a rented room, leaves Canada, even for extended periods, to complete studies abroad, because of business transfers, or, as in the case of missionaries or people in the foreign service, *temporary postings abroad*... periods so spent abroad can be counted to fulfill [*sic*] the residence requirements... but when on the other hand, the absences are for purely personal reasons and of a voluntary nature they cannot be so counted. [Underlining added.]

The applicant was held not to have fulfilled the residence requirement because she had chosen to go abroad, because she had:

“... followed a business strategy that required me to work outside of Canada [as a public relations consultant] in order to provide me with better opportunities in Canada...”¹

The applicant was held not to have fulfilled the residence requirements even though the Judge did not “have any doubt that it is her intention to make Canada her home.” He also noted, at page 154:

Many Canadian citizens, whether Canadian born or naturalized must spend a large part of their time abroad in connection with their businesses, and this is their choice. An applicant for citizenship, however, does not have such freedom because of the provisions of s. 5(1) of the *Act*.

At the same time *Lee, Re* (1988), 24 F.T.R. 188 (F.C.T.D.), at page 190, the test was expressed to be whether the applicant had “demonstrated his intention to establish and maintain his home in a given place in Canada?” [underlining added] and [at page 196]:

... Parliament intended that the applicant for citizenship demonstrate that he or she has actually resided among Canadians and in effect thrown in his or her lot with us in some Canadian community.

The purpose of the residence provisions is to ensure that the would-be citizen takes the full opportunity—in a vernacular word—to “Canadianize” himself or herself... Those without means or of too modest a fortune to travel outside of Canada

¹ At p. 152.

Il ressort d'un examen des décisions applicables que le critère approprié a été formulé d'un certain nombre de manières différentes. Dans l'affaire *Leung, Re* (1991), 42 F.T.R. 149 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 153, il est dit que:

... lorsqu'un requérant a établi sa résidence au Canada, même s'il s'agit seulement d'une chambre louée, qu'il quitte le Canada, même pour de longues périodes, afin de terminer des études à l'étranger, à cause d'une mutation ou, comme dans le cas des missionnaires ou des gens qui font partie des services diplomatiques, afin d'occuper un poste temporaire à l'étranger... les périodes passées à l'étranger peuvent être considérées comme conformes... Par contre, lorsque les absences sont motivées purement par des raisons personnelles et qu'elles sont de nature volontaire, elles ne peuvent être considérées de la même façon. [C'est moi qui souligne.]

Dans cette affaire, il a été jugé que la requérante ne satisfaisait pas à la condition prescrite en matière de résidence parce qu'elle avait décidé de se rendre à l'étranger, parce qu'elle avait:

«... adopté une stratégie commerciale qui m'obligeait à travailler à l'extérieur du Canada [comme consultante en relations publiques] en vue de m'ouvrir de meilleures possibilités au Canada...»¹

Le juge a statué que la requérante ne satisfaisait pas à la condition prescrite en matière de résidence même s'il n'avait aucun doute que son intention était de faire du Canada son pays. Il a aussi noté ce qui suit, à la page 154:

Un grand nombre de citoyens canadiens, qu'il soient nés au Canada ou naturalisés, doivent passer une grande partie de leur temps à l'étranger en relation avec leur entreprise, et il s'agit là de leur choix. Une personne qui veut obtenir la citoyenneté, toutefois, ne dispose pas de la même liberté, à cause des dispositions du paragraphe 5(1) de la *Loi*.

Dans l'affaire *Lee, Re* (1988), 24 F.T.R. 188 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 190, le critère a été exprimé de la manière suivante: le requérant avait-il «manifesté son intention d'établir et de conserver son foyer à un endroit donné au Canada?» (c'est moi qui souligne) et [à la page 196]:

... le législateur a voulu que la personne qui demande la citoyenneté démontre qu'elle a effectivement résidé parmi les Canadiens et qu'elle partage volontairement notre sort au sein d'une collectivité canadienne.

L'objet des dispositions relatives à la résidence est de s'assurer que celui qui veut devenir un citoyen saisisse pleinement l'occasion—au sens vernaculaire de l'expression—de se «canadianiser»... Ceux qui sont sans ressources ou qui ont

¹ À la p. 152.

for extended periods must perforce comply with Parliament's specifically stated purpose; so, also, must those of sufficient means and an extensive wealth. The law is to be applied equally to, all without discrimination as to means.

In *Lau (Re)*, T-136-91, February 6, 1992, at page 1, the appropriate test was expressed to be:

... physical presence ... is not essential, provided the landed immigrant has established a residence, maintained a pied-à-terre and clearly intends to live in this country. [Underlining added.]

and *Chien, Re* (1992), 51 F.T.R. 317 (F.C.T.D.), at page 318, this was reiterated:

The jurisprudence ... has clearly established that physical presence in Canada is not required throughout the period, provided the applicant has established a residence and kept a pied-à-terre in Canada with the intention to reside in this country. [Underlining added.]

In *Law (Re)*, T-1604-91, May 22, 1992, at page 6, I found I was unable to treat extended absences from Canada as deemed residence because the applicant:

... had not made Canada the place where he "regularly, normally or customarily" lives. [Underlining added.]

In some decisions it has been suggested that the changes in the *Citizenship Act* which were made in 1978 [S.C. 1976-77, c. 52, s. 128] lead to the conclusion that Parliament intended that physical presence for the whole three-year period was not required. This is said to be related to the removal from the Act of qualifications based on domicile. I have read the Parliamentary debates and committee proceedings of that period and can find nothing to substantiate that conclusion. Indeed, quite the contrary seems to be the case. The requirement of three-year residence within a four-year period seems to have been designed to allow for one year's physical absence during the four-year period. Certainly, the debates of the period suggest that physical presence in Canada for 1,095 days was contemplated as a minimum. In any event, as has been noted above, the jurisprudence which is now firmly entrenched does not require physical presence for the whole 1,095 days.

une fortune trop modeste pour voyager à l'extérieur du Canada pour des périodes prolongées doivent forcément respecter l'objectif explicitement déclaré du législateur; il doit en être de même pour ceux qui sont à l'aise et pour ceux qui sont très riches. La loi doit s'appliquer également à tous sans discrimination fondée sur la richesse.

Dans l'affaire *Lau (Re)*, T-136-91, 6 février 1992, à la page 1, le critère approprié a été exprimé en ces termes:

... la présence physique ... n'est pas essentielle, pourvu que l'immigrant qui a obtenu le droit d'établissement ait établi une résidence, ait conservé un pied-à-terre et ait manifestement l'intention de vivre au Canada. [C'est moi qui souligne.]

et, dans l'affaire *Chien, Re* (1992), 51 F.T.R. 317 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 318, le principe suivant a été réitéré:

Il est de jurisprudence constante que la présence physique au Canada n'est pas exigée durant toute la période, pourvu que le requérant ait établi une résidence et ait conservé un pied-à-terre au Canada dans l'intention de résider au Canada. [C'est moi qui souligne.]

Dans la décision *Law (Re)*, T-1604-91, 22 mai 1992, à la page 5, j'ai personnellement jugé qu'il m'était impossible de considérer des absences prolongées du Canada comme une période de résidence réputée parce que le requérant:

... n'avait pas fait du Canada l'endroit où il vivait «régulièrement, normalement ou ordinairement». [C'est moi qui souligne.]

On a laissé entendre dans certaines décisions que les changements apportés à la *Loi sur la citoyenneté* en 1978 [S.C. 1976-77, ch. 52, art. 128] menaient à la conclusion que le législateur envisageait qu'il n'était pas nécessaire d'être physiquement présent au pays pendant toute la période prescrite de trois ans. Cela est lié, a-t-on dit, au fait que les restrictions fondées sur le lieu de domicile ont été supprimées. J'ai lu les débats parlementaires et les délibérations des comités de l'époque et je n'y vois rien qui justifie une telle conclusion. En fait, il semble que ce soit tout le contraire. La condition de trois ans de résidence dans une période de quatre ans semble avoir été conçue pour permettre une absence physique d'une durée d'un an pendant les quatre ans prescrits. Certes, les débats tenus à l'époque donnent à penser que l'on envisageait comme durée minimale une présence physique au Canada de 1 095 jours. Quoiqu'il en soit, comme je l'ai signalé plus tôt, la jurisprudence qui est aujourd'hui

d'hui fermement établie n'exige pas que la personne en question soit physiquement présente pendant toute la période de 1 095 jours.

Another principle which was cited to me from the jurisprudence requires comment. In some decisions it has been said that in the case of an applicant:

... who would very obviously make an excellent citizen the provisions of the Act should be given a liberal interpretation so as to make the granting of citizenship to him possible ...

See, for example, *Kleifges (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 1 F.C. 734 (T.D.), at page 742.

I have difficulty with that admonition. If it means that the requirements of the Act are to be interpreted differently for a person about whom the judge has formed a good opinion (as a potential citizen) from that which applies to a person about whom the judge has not formed this opinion, then, I find I have to reject the rule of interpretation. The same criteria are required to be met by all applicants regardless of the judge's opinion on the individual's qualities as a potential citizen. The law should be applied equally to all.

The conclusion I draw from the jurisprudence is that the test is whether it can be said that Canada is the place where the applicant "regularly, normally or customarily lives". Another formulation of the same test is whether Canada is the country in which he or she has centralized his or her mode of existence. Questions that can be asked which assist in such a determination are:

(1) was the individual physically present in Canada for a long period prior to recent absences which occurred immediately before the application for citizenship?

(2) where are the applicant's immediate family and dependants (and extended family) resident?

(3) does the pattern of physical presence in Canada indicate a returning home or merely visiting the country?

a Un autre principe, tiré de la jurisprudence, qui m'a été cité appelle les observations suivantes. Dans certaines décisions, il a été dit que, dans le cas d'un requérant:

b [TRANSDUCTION] ... qui ferait de toute évidence un excellent citoyen, les dispositions de la Loi devraient être interprétées d'une manière large de manière à pouvoir lui accorder la citoyenneté ...

c Voir, par exemple, l'affaire *Kleifges (In re) et in re Loi sur la citoyenneté*, [1978] 1 C.F. 734 (1^{re} inst.), à la page 742.

d Voilà une recommandation qui me préoccupe quelque peu. Si cela veut dire que le juge doit interpréter différemment les exigences de la Loi selon qu'il a affaire à une personne au sujet de laquelle il s'est fait une opinion favorable (en tant que citoyen éventuel) ou à une personne au sujet de laquelle il ne s'est pas fait la même opinion, je me dois, selon moi, de rejeter la règle d'interprétation. Les requérants doivent tous satisfaire aux mêmes critères, indépendamment de l'opinion du juge quant aux qualités de chacun en tant que citoyen éventuel. La loi doit s'appliquer d'une manière égale à tous.

e La conclusion que je tire de la jurisprudence est la suivante: le critère est celui de savoir si l'on peut dire que le Canada est le lieu où le requérant «vit régulièrement, normalement ou habituellement». Le critère peut être tourné autrement: le Canada est-il le pays où le requérant a centralisé son mode d'existence? Il y a plusieurs questions que l'on peut poser pour rendre une telle décision:

f 1) la personne était-elle physiquement présente au Canada durant une période prolongée avant de s'absenter juste avant la date de sa demande de citoyenneté?

g 2) où résident la famille proche et les personnes à charge (ainsi que la famille étendue) du requérant?

h 3) la forme de présence physique de la personne au Canada dénote-t-elle que cette dernière revient dans son pays ou, alors, qu'elle n'est qu'en visite?

(4) what is the extent of the physical absences—if an applicant is only a few days short of the 1,095-day total it is easier to find deemed residence than if those absences are extensive?

(5) is the physical absence caused by a clearly temporary situation such as employment as a missionary abroad, following a course of study abroad as a student, accepting temporary employment abroad, accompanying a spouse who has accepted temporary employment abroad?

(6) what is the quality of the connection with Canada: is it more substantial than that which exists with any other country?

With respect to this last, it was pointed out to me that legally a person could not have two domiciles at the same time, but that he could have two residences. In *Thomson, Percy Walker v. Minister of National Revenue*, [1945] Ex. C.R. 17, at page 28, it was said:

It is, I think settled that the question of whether a person is ordinarily resident in one country or in another cannot be determined solely by the number of days that he spends in each, he may be ordinarily resident in both if his stay in each is substantial and habitual and in the normal and ordinary course of his routine life. [Underlining added.]

The *Thomson* case, of course, dealt with tax matters. I am not convinced that the quality of residence required to fulfil the requirements of the *Citizenship Act* admits of a similar interpretation. In my view to allow physical absence to be treated as residence within the country for the purposes of obtaining citizenship, the quality of the person's connection with this country must demonstrate a primacy or priority of residence in Canada (a more substantial connection with Canada than with any other place).

I have reviewed some of the residence requirements which exist in the citizenship legislation of some other countries (United Kingdom, United States and Australia). While these are not directly relevant to the interpretation of the Canadian Act, I was inter-

4) quelle est l'étendue des absences physiques (lorsqu'il ne manque à un requérant que quelques jours pour atteindre le nombre total de 1 095 jours, il est plus facile de conclure à une résidence réputée que lorsque les absences en question sont considérables)?

5) l'absence physique est-elle imputable à une situation manifestement temporaire (par exemple, avoir quitté le Canada pour travailler comme missionnaire, suivre des études, exécuter un emploi temporaire ou accompagner son conjoint, qui a accepté un emploi temporaire à l'étranger)?

6) quelle est la qualité des attaches du requérant avec le Canada: sont-elles plus importantes que celles qui existent avec un autre pays?

En ce qui concerne cette dernière question, on m'a fait remarquer que, d'un point de vue légal, une personne ne peut avoir en même temps deux domiciles; elle peut cependant avoir deux résidences. Voici ce qui est dit dans la décision *Thomson, Percy Walker v. Minister of National Revenue*, [1945] R.C.É. 17, à la page 28 du recueil:

[TRADUCTION] Il est un fait établi, je crois, que la question de savoir si une personne réside ordinairement dans un pays ou dans un autre ne peut être tranchée uniquement d'après le nombre de jours qu'elle passe dans chacun; elle peut résider d'une manière ordinaire dans les deux si son séjour dans chacun est considérable et habituel et dans le cours normal de sa vie ordinaire. [C'est moi qui souligne.]

Évidemment, l'affaire *Thomson* se rapportait à des questions de nature fiscale. Je ne suis pas convaincue que la qualité de la période de résidence qui est exigée pour satisfaire aux conditions de la *Loi sur la citoyenneté* permet une interprétation analogue. À mon sens, pour qu'une période d'absence physique soit considérée comme une période de résidence au sein du pays afin d'obtenir la citoyenneté, la qualité des attaches de la personne en question avec le pays doit montrer la primauté ou le caractère prioritaire de la résidence au Canada (les attaches avec le Canada doivent être plus importantes que celles qui peuvent exister avec un autre pays).

J'ai examiné certaines des conditions de résidence que prescrivent les lois de citoyenneté de trois autres pays (Royaume-Uni, États-Unis et Australie). Bien que ces conditions ne s'appliquent pas directement à l'interprétation de la loi canadienne, je voulais véri-

ested to ascertain whether other members of the international community have adopted a test of residency for citizenship which allows what might be called dual residence (equal connection in two countries). While the legislation in some of these countries differs from Canada's in that the grant of citizenship is discretionary and not a right following upon certain qualifications having been met, I did not find a dual residence concept in use.

I have reviewed carefully much of the jurisprudence respecting the residence requirements of the *Citizenship Act* because this appellant very much wants to become a Canadian citizen. He and his family fled to Hong Kong from mainland China (Shanghai) in May of 1949. This was a result of the political upheaval which was taking place in that country at that time. Many of the assets of his family's shipping business were lost when they fled. The family rebuilt their business in Hong Kong. The appellant does not have a passport but travels on a certificate of identity issued by the Hong Kong government. He and his family are clearly concerned about what 1997 might bring.

The appellant and his wife arrived in Canada as landed immigrants on May 10, 1987. The appellant left the country for business reasons 18 days later on May 28, 1987. He returned in October, 1987 and spent 13 days in Canada on that occasion. His son and daughter arrived in Canada in June of 1987. While they return to Vancouver for holidays, they have been out of the country for most of the 1987-1989 period pursuing their educations, either in Boston or elsewhere.

Prior to their arrival as landed immigrants, the appellant's wife bought a residence in West Vancouver. She bought the house in December of 1986 and moved into those premises in July of 1987. Ownership of this property was transferred, approximately one year after the appellant and his wife had been landed in Canada, to joint ownership by the appellant and his wife. This was the first time the appellant had personally owned real estate anywhere. In Hong Kong, he and his family lived in rented accommoda-

fier si d'autres membres de la communauté internationale ont adopté, pour la citoyenneté, un critère qui autorise ce que l'on peut appeler une double résidence (des attaches égales dans deux pays différents). Si la législation en vigueur dans certains de ces pays diffère de celle du Canada, en ce sens que l'attribution de la citoyenneté est une mesure discrétionnaire et non un droit lié au fait de remplir certaines conditions, je n'ai pas trouvé que l'on y appliquait un concept de double résidence.

J'ai soigneusement examiné une grande part de la jurisprudence relative aux conditions prescrites par la *Loi sur la citoyenneté* en matière de résidence parce que l'appelant en l'espèce est fort désireux de devenir citoyen canadien. Les membres de sa famille et lui ont fui la Chine continentale (Shanghai) pour Hong Kong, en mai 1949, à cause des bouleversements politiques qui secouaient le pays à l'époque. La famille a perdu une grande partie des éléments d'actif de l'entreprise de transport maritime qu'elle possédait lorsqu'elle a pris la fuite. La famille a rebâti son entreprise à Hong Kong. L'appelant ne détient pas de passeport mais, pour ses déplacements, utilise un certificat d'identité délivré par le gouvernement de Hong Kong. Les membres de sa famille et lui s'inquiètent manifestement de ce que 1997 leur réserve.

L'appelant et son épouse sont arrivés au Canada le 10 mai 1987, à titre d'immigrants ayant reçu le droit d'établissement. Dix-huit jours plus tard, soit le 28 mai 1987, l'appelant quittait le pays pour des raisons professionnelles. Il est revenu en octobre 1987 et, à cette occasion, a passé 13 jours au Canada. Son fils et sa fille sont arrivés au pays en juin 1987. Ils reviennent à Vancouver pour les vacances, mais, entre 1987 et 1989, ils ont passé le plus clair de leur temps à l'étranger, pour leurs études, à Boston ou ailleurs.

Avant l'arrivée au Canada de l'appelant et de son épouse comme immigrants ayant reçu le droit d'établissement, l'épouse de l'appelant a acheté une résidence à West Vancouver en décembre 1986, et elle y a emménagé en juillet 1987. Environ un an après que le couple a obtenu le droit de s'établir au Canada, la propriété de la maison a été transférée conjointement à l'appelant et à son épouse. C'était la première fois que l'appelant possédait personnellement un bien immobilier à un endroit quelconque. À Hong Kong,

tion provided by the family-owned shipping company, of which the appellant is the chief executive officer. The appellant continues to live in this accommodation when in Hong Kong.

Subsequent to May 10, 1987, the appellant's wife spent the requisite 1,095 days physically present in Canada and has now been granted Canadian citizenship. She and her husband have recently sold the West Vancouver residence and purchased a condominium in Kerrisdale. I note in passing that because the appellant's wife did not have business responsibilities abroad similar to those of her husband she was able to fulfil the 1,095-day residence requirement and is now free to spend as much time abroad as she wishes. The appellant has an uncle, an aunt, a cousin, his mother-in-law and his younger brother living in Vancouver.

As has been noted, the appellant was credited by the Citizenship Judge with having been physically present in Canada for 232 of the required 1,095 days. I will adopt that calculation although it is not immediately apparent that it accurately reflects the actual time spent in Canada. The calculation prepared by the Department of the Secretary of State, for example, states that his absence from February 2, 1990 to April 28, 1990 comprised 49 days. That absence in fact would seem to have exceeded 80 days. Another example of the troublesome calculations is found with respect to the November 2, 1990 to February 11, 1991 period. This was assessed as an absence of 73 days. It would appear to be closer to 110 days. I did not raise these discrepancies with counsel, when counsel were before me, and thus for the purpose of my decision have used the 232-day figure. As has been noted, this number of days was accumulated by numerous short periods of time spent in Canada, most being not much longer than a week in duration.

The appellant explains that his frequent absences from Canada are necessary so that he can look after the interests of the family company, the Valles Steamship Company Ltd., the head office of which is located in Hong Kong. This company is a multi-million dollar shipping company and while the appellant's father is Chairman of the Board of Directors, it

sa famille et lui vivaient dans un logement loué fourni par la compagnie de transport maritime familiale, au sein de laquelle l'appelant exerce les fonctions de directeur général. Ce dernier occupe ce logement lorsqu'il est à Hong Kong.

Après le 10 mai 1987, l'épouse de l'appelant a été physiquement présente au Canada pendant la période requise de 1 095 jours, et elle est aujourd'hui citoyenne canadienne. Son époux et elle ont récemment vendu la maison de West Vancouver et ont acheté un condominium à Kerrisdale. Je signale en passant qu'étant donné que l'épouse de l'appelant n'avait pas à l'étranger de responsabilités professionnelles semblables à celles de son époux, elle a pu satisfaire à la condition des 1 095 jours de résidence et est aujourd'hui libre de passer autant de temps qu'elle veut à l'étranger. Vivent à Vancouver un oncle, une tante, un cousin, la belle-mère et un frère cadet de l'appelant.

Comme je l'ai indiqué plus tôt, le juge de la citoyenneté a déterminé que l'appelant avait été physiquement présent au Canada pendant 232 des 1 095 jours obligatoires. J'utiliserai ce calcul même s'il n'est pas évident à première vue qu'il reflète vraiment le temps réel que l'appelant a passé au Canada. Le calcul qu'a fait le Secrétariat d'État, par exemple, indique que son absence du 2 février 1990 au 28 avril 1990 comprenait 49 jours. Il s'agirait en fait, semble-t-il, de plus de 80 jours. La période du 2 novembre 1990 au 11 février 1991 est un autre exemple de calculs curieux. On a considéré que cette absence était de 73 jours, alors que, semble-t-il, elle serait plus proche de 110 jours. Je n'ai pas parlé de ces écarts avec les avocats lorsqu'ils étaient devant moi, et, par conséquent, pour les besoins de ma décision, j'ai retenu le chiffre de 232 jours. Comme je l'ai signalé, ce chiffre représente le total de nombreuses périodes de courte durée passées au Canada, d'à peine plus d'une semaine dans la plupart des cas.

L'appelant explique qu'il doit souvent s'absenter du Canada pour pouvoir veiller aux intérêts de la société familiale, Valles Steamship Company Ltd., dont le siège social est situé à Hong Kong. Il s'agit d'une entreprise de transport maritime multimillionnaire et, si le père de l'appelant préside le conseil d'administration, c'est l'appelant qui s'occupe d'une

is the appellant who looks after much of the operation of the company on a day-to-day basis. In addition, during the 1988-1991 period, the appellant was Deputy Chairman and then Chairman of the Hong Kong Shipowners Association. This also required his presence in Hong Kong. He had been involved with that organization since 1971. He retired from his position as Chairman in December 1991.

The appellant employed a consulting firm to assist with his application for citizenship. The Citizenship Judge commented on correspondence which had been received from this firm and then described some of the factors which exist in the appellant's case: factors relevant in considering the quality of the appellant's connection with Canada; factors relevant for determining whether or not an individual will be considered to be resident within Canada even though physically absent. I will quote from the Citizenship Judge's decision since much of the same evidence was presented before me:

Your consulting company, following the initial interview, provided the Court with further documentation as well, as requested by Mrs. Glover, the Officer handling this application.

You travel with a Certificate of Identity, issued by the Hong Kong Government because you are stateless. The Certificate of Identity presented to the Court expires November 4, 1992.

You entered Canada under the NV3 category through Employment and Immigration Canada.

Prior to your arrival in Canada, you had opened an account with the Canadian Imperial Bank of Commerce at 1502 Marine Drive, West Vancouver, B.C. Mrs. Anna Koo, even previous to this date, had purchased property in West Vancouver, B.C. on December 6, 1986, five months prior to your initial landing in Canada. This property remained in your wife's name, Mrs. Anna Koo, until a Transfer of an Estate and Fee Simple was processed on May 6, 1988 (one year after landing) to you, Mr. David Koo and your wife, Mrs. Anna Koo, as Joint Tenants.

You applied for and obtained upon entry, a Social Insurance Card, B.C. Medical coverage, B.C. Driver's License, Visa and MasterCard through Canadian Plus.

I was informed by you that you are an individual member (since 1987) of the Canadian Plus President's Club (which you said was because of your extensive travelling). Also, you are a member of the B.C.A.A. You have held a Corporate member-

grande partie des activités ordinaires de la société. De plus, entre les années 1988 et 1991, l'appelant a exercé les fonctions de président adjoint et, ensuite, de président de la Hong Kong Shipowners Association. Ces fonctions exigeaient aussi qu'il soit présent à Hong Kong. Il était associé à cet organisme depuis 1971. Il a quitté son poste de président en décembre 1991.

L'appelant a recouru aux services d'un cabinet d'experts-conseils pour l'aider à solliciter la citoyenneté. Le juge de la citoyenneté a commenté la correspondance qu'il avait reçue de ce cabinet et a ensuite décrit certains des facteurs relevés dans le dossier de l'appelant: des facteurs pertinents pour ce qui est d'examiner la qualité des attaches de l'appelant avec le Canada et de déterminer si l'on considérera ou non qu'une personne réside au Canada, même si elle en est physiquement absente. Le texte qui suit est tiré de la décision du juge de la citoyenneté, puisqu'une grande partie de la preuve qui m'a été présentée est la même:

[TRADUCTION] Suite à l'entrevue initiale, votre cabinet d'experts-conseils a fourni à la Cour des documents supplémentaires, comme l'avait demandé M^{me} Glover, l'agente qui s'occupe de cette demande.

Vous voyagez avec un certificat d'identité, que le gouvernement de Hong Kong vous a délivré parce que vous êtes apatride. Le certificat d'identité présenté à la Cour expire le 4 novembre 1992.

Vous êtes entré au Canada dans la catégorie NV3, par l'entremise d'Emploi et Immigration Canada.

Avant d'arriver au Canada, vous avez ouvert un compte auprès de la Banque Canadienne Impériale de Commerce, à l'adresse suivante: 1502, Marine Drive, West Vancouver, (C.-B.). Avant cette date, M^{me} Anna Koo avait acheté une résidence à West Vancouver (C.-B.), le 6 décembre 1986, soit cinq mois avant que vous obteniez le droit d'établissement au Canada. Cette maison est restée au nom de votre épouse, M^{me} Anna Koo, jusqu'à ce qu'un transfert de domaine en fief simple soit effectué le 6 mai 1988 (un an après l'obtention du droit d'établissement) en votre faveur, M. David Koo et votre épouse, M^{me} Anna Koo, à titre de copropriétaires.

Au moment de votre entrée au pays, vous avez demandé et obtenu une carte d'assurance sociale, une adhésion au régime d'assurance-maladie de la C.-B., un permis de conduire de la C.-B., une carte Visa et une carte MasterCard par l'entremise de Canadian Plus.

Vous m'avez informée que vous êtes membre (depuis 1987) du Canadian Plus President's Club (parce que, avez-vous dit, vous voyagez beaucoup). En outre, vous êtes membre de la B.C.A.A. Depuis juillet 1990, vous détenez une affiliation col-

ship since July of 1990 with the Hong Kong Canadian Business Association and attend these meetings in Hong Kong, not Vancouver. For your children, you took out an individual membership in the West Vancouver Tennis Club (October 1990) and an individual membership in the Terminal City Club. You and Mrs. Koo also obtained membership cards for the West Vancouver Memorial Library in 1991. [Tennis club and library cards have now expired or become not useful with the appellant's move to Kerrisdale. The appellant stated that a new library card would be sought in Kerrisdale.]

In regard to your business investments in Canada, documentation was provided showing that on September 29, 1987, you incorporated ERINDALE HOLDINGS LTD, with yourself as President. On March 25, 1988, there was an investment in joint venture between Park Georgia and Erindale Holdings Ltd. Corporate income tax returns were filed with the real estate market. Two and a half years after the initial entry as a Landed Immigrant, on October 27, 1989, incorporation of No. 66 Taurus Ventures Ltd. (named [*sic*] changed to SURENESS HOLDING INC., March 7, 1990) transpired. You have been the Secretary of this company since November 13, 1989. You informed me at your hearing that this company is a "family" company and owns an office building in Burnaby, B.C.

On November 27, 1989, (two and a half years after initial landing) VALLES STEAMSHIP (CANADA) LTD., was incorporated with you as the Secretary since December 28, 1989. This is a shell company of your family business, VALLES STEAMSHIP COMPANY LTD., you informed me.

You have purchased numerous Retirement Savings Plans, through the Canadian Imperial Bank of Canada, since 1988. Income tax returns have been filed by you for the years 1987, 1988 and 1989 [as well as 1990 and 1991].

Seven letters in support of your application for citizenship were reviewed. They were from Mr. Derril T. Warren, Q.C., Executive Director of the Vancouver Centre for Commercial Disputes; Mr. Richard H. Vogel, President, Western Opportunities Ltd.; Mr. L.M. Little, Q.C., Thorsteinssons; Mr. Cecil O.D. Branson, Q.C., Edwards, Kenny and Bray; Mr. Peter D. Larlee, Edwards, Kenny and Bray; Mr. R.E. Lawless, President and CEO, Canadian National, and Mr. Richard H. Vogel, Director, Secretariat—Overseas Shipping Ltd.

Each writer acknowledged the work done by you, Mr. Koo, in promoting interest in shipping companies relocating in Canada, rather than other deep sea ports somewhere else in the world and also credited you for assisting the lobbying process to have the Income Tax Law rewritten with our Canadian parliamentarians. Each writer stated they felt that you would have

lective auprès de la Hong Kong Canadian Business Association, et vous assistez aux réunions de cet organisme à Hong Kong et non à Vancouver. Vous avez obtenu pour vos enfants une carte de membre individuelle au West Vancouver Tennis Club (octobre 1990) et une carte de membre individuelle au Terminal City Club. M^{me} Koo et vous avez obtenu des cartes d'adhésion à la West Vancouver Memorial Library en 1991. [L'appelant ayant déménagé à Kerrisdale, les cartes d'adhésion à la bibliothèque et au club de tennis sont maintenant expirées ou inutilisables. L'appelant a déclaré qu'il allait obtenir une nouvelle fiche de bibliothèque à Kerrisdale.]

En ce qui concerne vos investissements commerciaux au Canada, selon des documents qui nous ont été fournis, le 29 septembre 1987 vous avez constitué la société ERINDALE HOLDINGS LTD, dont vous êtes le président. Le 25 mars 1988, un placement a été effectué dans une co-entreprise entre Park Georgia et Erindale Holdings Ltd. Des déclarations d'impôt sur les sociétés ont été produites auprès du marché immobilier. Deux ans et demi après avoir été admis comme immigrant ayant reçu le droit d'établissement, le 27 octobre 1989, une société appelée N^o 66 Taurus Ventures Ltd. (nom changé pour SURENESS HOLDING INC., le 7 mars 1990) a été constituée. Vous êtes secrétaire de cette société depuis le 13 novembre 1989. Vous m'avez dit à l'audience qu'il s'agit d'une société «familiale», qui possède un immeuble à bureaux à Burnaby (C.-B.).

Le 27 novembre 1989 (deux ans et demi après que vous avez obtenu le droit d'établissement) VALLES STEAMSHIP (CANADA) LTD., a été constituée en société, et vous en êtes le secrétaire depuis le 28 décembre 1989. Comme vous me l'avez dit, il s'agit d'une société de façade pour votre entreprise familiale, VALLES STEAMSHIP COMPANY LTD.

Vous avez acquis de nombreux régimes d'épargne-retraite, par l'entremise de la Banque Canadienne Impériale de Commerce, depuis 1988. Vous avez produit des déclarations de revenu pour les années 1987, 1988 et 1989 [ainsi que pour 1990 et 1991].

J'ai sept lettres que vous avez envoyées à l'appui de votre demande de citoyenneté; ces lettres provenaient de M. Derril T. Warren, C.R., directeur administratif, Vancouver Centre for Commercial Disputes; M. Richard H. Vogel, président, Western Opportunities Ltd., M. L.M. Little, C.R., Thorsteinssons; M. Cecil O.D. Branson, C.R., Edwards, Kenny and Bray; M. Peter D. Larlee, Edwards, Kenny and Bray; M. R.E. Lawless, président et directeur général de Canadian National, et M. Richard H. Vogel, directeur du secrétariat—Overseas Shipping Ltd.

Chacune des personnes susmentionnées reconnaît les efforts que vous, M. Koo, avez faits pour favoriser le déménagement de compagnies de transport maritime au Canada plutôt que dans d'autres ports en eau profonde ailleurs dans le monde, et vous attribue le mérite d'avoir contribué au lobbying exercé auprès des parlementaires canadiens en vue d'obtenir un rema-

much to offer Canada as a Canadian and you would make an excellent citizen.

Newspaper articles and clippings from papers, magazines and such from publications in Hong Kong and Canada were reviewed. They dealt with the proposed changes in the Canadian Income Tax Law.

As is noted, the appellant filed Canadian income tax returns for the 1987 to 1991 years and paid income tax as a resident of Canada even though it was not necessary for him to do so.

There was evidence both before the Citizenship Judge and before me that the appellant had been an active promoter of Canadian interest in Hong Kong—acting as a contact person there for Canadian businesses and politicians. He had also been involved, in Canada, in helping lobby the Canadian government to obtain changes in the tax laws and thereby make it more attractive for international shipping companies to locate in Vancouver. Such tax changes were in fact implemented in 1991 and at least one Swedish shipping firm has relocated to Vancouver. One moved from Long Beach, California too. In 1991, the appellant was appointed to the Advisory Board of the Canada-Asia Transportation and Trade Forum. This is part of the Asia Pacific Foundation and has as its objective the fostering of business opportunities from the Pacific Rim.

Lastly, the appellant's opening of a small Canadian office of the family business (Valles Steamship (Canada) Ltd.) must be commented upon. The appellant expressed a desire to move the head office of the parent company to Vancouver. He also noted that the recent changes in the tax laws would make that a more viable course of action. At the same time, it is clear from the appellant's evidence that business considerations must dictate the primary location of that business. It would be unreasonable to expect that it would be otherwise. In my view, the intention to move the entire Valles Steamship Company Ltd. to Vancouver is, at present, speculative and lacking in what I would call firm resolve. It cannot be used to characterize the appellant's absences from Canada as

niement de la Loi de l'impôt sur le revenu. Chacune de ces personnes estime que vous auriez beaucoup à offrir au Canada en tant que Canadien et que vous feriez un excellent citoyen.

J'ai aussi examiné des articles de journal et des coupures de journaux, de revues et d'autres publications de Hong Kong et du Canada. Ces documents traitent des changements proposés à la Loi canadienne de l'impôt sur le revenu.

Comme je l'ai mentionné, l'appelant a produit des déclarations de revenu canadiennes pour les années 1987 à 1991, et il a payé de l'impôt sur le revenu à titre de résident du Canada, même s'il n'était pas tenu de le faire.

Selon les preuves dont le juge de la citoyenneté et moi-même avons été saisis, l'appelant était un ardent promoteur des intérêts du Canada à Hong Kong—agissant à cet endroit comme point de contact pour des entreprises et des hommes politiques du Canada. Au Canada, il avait aussi contribué à faire pression auprès du gouvernement canadien en vue d'apporter des changements aux lois fiscales et faire ainsi en sorte qu'il soit plus intéressant, pour les sociétés internationales de transport maritime, de s'établir à Vancouver. En fait, les changements fiscaux en question ont été appliqués en 1991 et au moins une société suédoise de transport maritime s'est installée à Vancouver. Une autre a aussi déménagé de Long Beach (Californie). En 1991, l'appelant a été nommé au Comité consultatif du Canada-Asia Transportation and Trade Forum; ce groupe, qui fait partie du Asia Pacific Foundation, a pour objectif de favoriser les possibilités commerciales depuis la ceinture du Pacifique.

En dernier lieu, il est nécessaire de dire quelques mots sur l'ouverture au Canada, par l'appelant, d'un petit bureau de la société familiale (Valles Steamship (Canada) Ltd.). L'appelant a exprimé le souhait de déménager à Vancouver le siège de la société mère. Il a aussi fait remarquer que les changements récemment apportés aux lois fiscales faciliteraient une telle mesure. Cependant, il ressort clairement de son témoignage que ce sont des considérations d'ordre commercial qui doivent dicter à quel endroit la société sera principalement située. Il serait déraisonnable de s'attendre au contraire. À mon sens, l'intention de déménager à Vancouver l'ensemble de la société Valles Steamship Company Ltd. est, pour l'heure, hypothétique et dénuée de ce que j'appellerais

clearly temporary in nature. From his point of view that is indeed unfortunate.

In assessing the quality of this applicant's connection with this country, by reference to the questions set out above, I note first that his situation is not one in which there has been an extensive period of residence in Canada prior to the more recent extended absences. While his wife has been here long enough to obtain citizenship, it is not possible to say that the family really has "roots" here. Some of the appellant's extended family is here, but it is not possible to say that Canada is the main focus of the appellant's family life. The pattern of physical presences in Canada is more consistent with visits to this country rather than demonstrating a return to a place where one "regularly, normally and customarily lives." He falls very, very far short of the 1,095-day requirement of actual residence. The absences are not related to an obviously temporary cause. While the appellant speaks of the possibility of moving the head office of Valles Steamship Company Ltd. to Canada, as I have noted, this is speculative. In so far as the quality of the appellant's attachment to Canada is concerned, he has acquired many of what I might call the standard indicia, probably on the recommendation of his consultants: property in the form of a residence; a driver's licence; bank accounts; B.C. medical coverage; a library card (which, clearly, he rarely uses); a tennis club membership (which he certainly does not use since he does not play tennis). Despite these formal indicia of connection to Canada, I have not been persuaded that the quality of the appellant's residence in Canada is more substantial than the quality of his residence in Hong Kong. I cannot conclude that the quality of that residence demonstrates that Canada is the place where he regularly, normally and customarily resides. Thus, I reach the same conclusion as that reached by the Citizenship Judge, that the appellant has not fulfilled the 1,095-day residence requirement of the *Citizenship Act*. The appellant is clearly caught in a "catch-22" situation. He wishes to acquire Canadian citizenship but the requirements of doing so mean that he would have to give up or at least relinquish his involvement for a certain period of time in a very substantial business enterprise of which he is the chief executive officer.

une intention ferme. On ne peut utiliser ce projet pour dire des absences de l'appelant du Canada qu'elles étaient manifestement temporaires. Du point de vue de l'appelant, cela est effectivement regrettable.

^a En évaluant la qualité des attaches du requérant avec le Canada, si je me reporte aux questions posées plus tôt, je note tout d'abord que l'on ne relève pas dans la situation dans laquelle se trouve l'appelant ^b une longue période de résidence au Canada avant les périodes d'absence prolongée plus récentes. Son épouse est restée au Canada assez longtemps pour acquérir la citoyenneté, mais on ne peut dire que la famille a réellement des «racines» ici. Une partie de ^c la famille étendue de l'appelant se trouve au Canada, mais on ne peut pas dire que le Canada est le centre de la vie familiale de l'appelant. Les présences physiques au Canada s'apparentent davantage à des ^d visites dans ce pays qu'à un retour à un lieu où l'on «vit régulièrement, normalement et habituellement». L'appelant est bien loin de satisfaire à la condition prescrite des 1 095 jours de résidence effective. Les absences ne sont liées à aucune cause manifestement ^e temporaire. L'appelant parle de la possibilité de déménager au Canada le siège social de Valles Steamship Company Ltd., mais, comme je l'ai fait remarquer, un tel projet est hypothétique. En ce qui ^f concerne la qualité des attaches de l'appelant avec le Canada, ce dernier a acquis un grand nombre de ce que je pourrais appeler les indices types, probablement à la recommandation de ses experts-conseils: un bien sous la forme d'une résidence; un permis de ^g conduire; des comptes en banque; une assurance-maladie de la C.-B.; une fiche de bibliothèque (dont il se sert rarement, de toute évidence); une carte de ^h membre d'un club de tennis (dont il ne se sert sûrement pas puisqu'il ne joue pas au tennis). Malgré ces indices officiels d'attaches avec le Canada, on ne m'a pas convaincue que la qualité de la résidence de l'appelant au Canada est plus importante que celle de sa ⁱ résidence à Hong Kong. Je ne puis conclure que la qualité de cette résidence montre que le Canada est le lieu où il réside régulièrement, normalement et habituellement. Par conséquent, ma conclusion est la même que celle du juge de la citoyenneté, savoir que l'appelant n'a pas satisfait à la condition des 1 095 ^j jours de résidence que prescrit la *Loi sur la citoyenneté*. L'appelant se trouve manifestement dans une impasse. Il souhaite acquérir la citoyenneté cana-

Counsel for the appellant argues that, in any event, the Citizenship Judge erred because she did not make a recommendation to the Minister pursuant to subsection 5(4) of the *Citizenship Act*² that the appellant should be granted citizenship “to reward services of an exceptional value to Canada”. There is jurisprudence which discusses the jurisdiction of both citizenship judges and judges of the Federal Court to make recommendations to the Minister in this regard. In my opinion, it is open to either a citizenship judge or a judge of the Federal Court to make such a recommendation. That being said, however, I do not see how a reviewing Court could censor a citizenship judge for failing to recommend to the Minister that citizenship be granted pursuant to subsection 5(4).

Some judges feel uncomfortable making recommendations of the kind in question because they know that the ultimate decision rests with the executive branch of government. If their recommendation is ignored, they know that their considered and objective judgment has been brushed aside. Other judges are less reticent about making recommendations to the executive even though they know that in a great many cases, those recommendations will go unheeded. Given that the making of a recommendation is so highly discretionary, I am not convinced that the failure to make one is properly the subject of an appeal.

In the present case, the Citizenship Judge did not make a recommendation that the Minister act under subsection 5(4). I certainly would not criticize that decision. In the first place, as I have noted, the deci-

² 5. . . .

(4) In order to alleviate cases of special and unusual hardship or to reward services of an exceptional value to Canada, and notwithstanding any other provision of this Act, the Governor in Council may, in his discretion, direct the Minister to grant citizenship to any person and, where such a direction is made, the Minister shall forthwith grant citizenship to the person named in the direction.

dienne, mais les conditions exigées signifient qu’il lui faudrait laisser tomber ou, du moins, renoncer à s’occuper pendant un certain temps d’une entreprise commerciale de très grande envergure dont il est le directeur général.

Les avocats de l’appellant font valoir que, de toute façon, le juge de la citoyenneté a commis une erreur parce qu’elle n’a pas recommandé au ministre, aux termes du paragraphe 5(4) de la *Loi sur la citoyenneté*², qu’il fallait attribuer la citoyenneté à l’appellant pour, «récompenser des services exceptionnels rendus au Canada». Il existe une jurisprudence qui traite de la compétence qu’ont à la fois les juges de la citoyenneté et les juges de la Cour fédérale pour formuler des recommandations au ministre à cet égard. À mon avis, un juge de la citoyenneté ou un juge de la Cour fédérale est habilité à formuler une telle recommandation. Cela étant dit, toutefois, je ne vois pas comment une cour de révision pourrait critiquer un juge de la citoyenneté pour avoir omis de recommander au ministre d’attribuer la citoyenneté en exécution du paragraphe 5(4).

Certains juges ont de la difficulté à formuler de telles recommandations parce qu’ils savent que la décision ultime relève du pouvoir exécutif du gouvernement. S’il n’est pas tenu compte de leur recommandation, ils savent que l’on a écarté leur jugement motivé et objectif. D’autres juges hésitent moins à soumettre des recommandations au pouvoir exécutif même s’ils savent que, dans un grand nombre de cas, on n’en tiendra pas compte. La formulation d’une recommandation étant à ce point discrétionnaire, je ne suis pas convaincue que le fait qu’on n’en ait pas formulé une est un sujet d’appel valable.

Dans la présente affaire, le juge de la citoyenneté n’a pas recommandé que le ministre agisse en vertu du paragraphe 5(4). Je ne critiquerai certainement pas cette décision. Tout d’abord, comme je l’ai

² 5. . . .

(4) Afin de remédier à une situation particulière et inhabituelle de détresse ou de récompenser des services exceptionnels rendus au Canada, le gouverneur en conseil a le pouvoir discrétionnaire, malgré les autres dispositions de la présente loi, d’ordonner au ministre d’attribuer la citoyenneté à toute personne qu’il désigne; le ministre procède alors sans délai à l’attribution.

sion to make such a recommendation is a very discretionary one. Secondly, I personally would feel uncomfortable making such a recommendation myself. While I recognize the difficult position in which the appellant finds himself, this is not appreciably different from that in which many individuals are placed. The law establishes criteria to be met by all regardless of the personal considerations of each. Some individuals necessarily fall on one side of the line drawn by the law. Others fall on the other side. This is the price we pay for having a system which tries to treat people equally.

In the present case, the activities in which the appellant engaged, which are argued to constitute "exceptional value to Canada", are not appreciably different from those in which many businessmen involve themselves for the sake of making and cementing useful business contacts and opportunities. Obtaining concessions from government in order to make the tax and the governmental regulatory features of the business environment more favourable for their endeavours is not an unusual course of action. While I personally regret the situation in which the appellant finds himself, he does not meet the requirement of the Act.

For the reasons given this appeal will be dismissed.

signalé, la décision de formuler une telle recommandation est fort discrétionnaire. Deuxièmement, je me sentirais personnellement mal à l'aise de formuler moi-même une telle recommandation. Je suis consciente de la situation difficile dans laquelle se trouve l'appelant, mais cette situation n'est pas très différente de celle dans laquelle sont placées nombre de personnes. La loi fixe des critères auxquels tous doivent satisfaire, indépendamment de la situation personnelle de chacun. Certaines personnes se retrouvent forcément d'un côté de la ligne de démarcation que trace la loi, et d'autres se retrouvent de l'autre côté. C'est le prix à payer pour avoir un système qui essaie de traiter les gens d'une manière égale.

Dans la présente espèce, les activités auxquelles l'appelant s'adonnait, lesquelles, est-il dit, constituent «des services exceptionnels rendus au Canada», ne diffèrent pas beaucoup de celles auxquelles s'adonnent un grand nombre d'hommes d'affaires désireux d'établir et de consolider des possibilités et des contacts utiles sur le plan des affaires. Obtenir des concessions du gouvernement pour que les aspects fiscaux et réglementaires gouvernementaux concernant le secteur des affaires soient plus favorables à leurs entreprises n'est pas une démarche qui sort de l'ordinaire. Je déplore personnellement la situation dans laquelle se trouve l'appelant, mais ce dernier ne satisfait pas à l'exigence de la Loi.

Pour les motifs indiqués, l'appel est rejeté.

T-1855-88
British Columbia Telephone Company (Plaintiff)

T-1855-88
British Columbia Telephone Company (demanderesse)

v.

a c.

Her Majesty the Queen (Defendant)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. c. CANADA (1re INST.)

Trial Division, Strayer J.—Toronto, November 17, 18; Ottawa, December 8, 1992.

Section de première instance, juge Strayer—Toronto, 17 et 18 novembre; Ottawa, 8 décembre 1992.

Customs and excise — Excise Tax Act — Plaintiff paying sales tax under Excise Tax Act, s. 27(1)(a)(iii) on telephone directories distributed free to subscribers — S. 27(1)(a)(iii) imposing tax on sale price of all goods produced or manufactured in Canada payable, where goods for use of producer or manufacturer, when goods appropriated for use — Under s. 28(1)(d) Minister may determine “value for tax” of goods for use by manufacturer or producer — Determination of value under s. 28 equivalent to determination of “sale price” for purpose of applying tax imposed by s. 27(1) — Plaintiff did “use” directories — Turning product to own benefit (distribution of free directories condition of licence, attractive to subscribers, saves costs of providing alternative information services) — That directories also used by subscribers not precluding “use” by plaintiff — “Appropriated” not confined to personal use.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Paiement par la demanderesse, en application de l'art. 27(1)(a)(iii) de la Loi sur la taxe d'accise, de la taxe de vente à l'égard d'annuaires téléphoniques remis gratuitement à ses abonnés — L'art. 27(1)(a)(iii) impose une taxe sur le prix de vente de toutes marchandises produites ou fabriquées au Canada, payable, lorsque les marchandises sont destinées à l'usage du producteur ou du fabricant, au moment où il affecte les marchandises à son usage — Aux termes de l'art. 28(1)d, le ministre peut fixer la «valeur pour la taxe» des marchandises destinées à l'usage du fabricant ou du producteur — L'établissement de la valeur en application de l'art. 28 équivaut à celui du «prix de vente» aux fins de l'application de la taxe prélevée aux termes de l'art. 27(1) — La demanderesse a fait «usage» des annuaires — Opération effectuée à son propre bénéfice (la distribution d'annuaires gratuits est une condition de l'octroi du permis d'exploitation de l'entreprise, rend les services de celle-ci plus attrayants et lui évite les coûts liés à la mise sur pied d'un service d'information) — Le fait que les abonnés utilisent aussi les annuaires n'empêche pas que la demanderesse en fasse «usage» — Le mot «affecte» ne désigne pas qu'un usage personnel.

This was an appeal from the Minister's refusal to refund amounts paid under the *Excise Tax Act* based on the production cost of telephone directories. The plaintiff distributed free telephone directories to its subscribers as required by its licensing authority. Approximately 15% of the directories were sold to other telecommunications companies, or were for use by the plaintiff's employees or at public telephones. The Minister considered that the telephone directories had been produced under the conditions outlined in *Excise Tax Act*, subsection 28(1). Subparagraph 27(1)(a)(iii) imposes a “sales tax on the sale price of all goods produced or manufactured in Canada . . . payable, in a case where the goods are for use by the producer or manufacturer thereof . . . at the time the goods are appropriated for use.” Under paragraph 28(1)(d), the Minister may determine the “value for tax” of “goods manufactured or produced in Canada under such circumstances . . . as render it difficult to determine the value thereof for the consumption or sales tax because . . . such goods are for use by the manufacturer or producer and not for sale”. “Sale price” is defined in section 26 in relation to “the amount charged as price”, “any amount the purchaser is liable to pay” and “the

Il s'agit d'un appel du refus du ministre de rembourser les sommes versées en application de la *Loi sur la taxe d'accise* en fonction du coût de production d'annuaires téléphoniques. La demanderesse a distribué à ses abonnés des annuaires gratuits, conformément aux exigences de l'organisme de réglementation qui la régit. Environ 15 % des annuaires ont été vendus à d'autres entreprises de télécommunications ou ont été affectés à l'usage des employés de la demanderesse ou des usagers des téléphones publics. Le ministre a estimé que les annuaires avaient été fabriqués dans les conditions prévues au paragraphe 28(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Le sous-alinéa 27(1)(a)(iii) prévoit le prélèvement d'une «taxe . . . de vente sur le prix de vente de toutes marchandises produites ou fabriquées au Canada . . . payable dans un cas où les marchandises sont destinées à l'usage du producteur ou du fabricant . . . à l'époque où il affecte les marchandises à son usage». Suivant l'alinéa 28(1)d, le ministre peut fixer la «valeur pour la taxe» de «marchandises fabriquées ou produites au Canada dans des conditions . . . telles qu'il devient difficile d'en établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que . . . ces marchandises sont à l'usage du fabricant ou pro-

amount of the excise duties payable". The plaintiff argued that subsection 27(1) simply imposes a sales tax on the "sale price" of goods. The definition of "sale price" is not relevant to these goods, nor can the Minister, purporting to act under section 28, determine a "sale price", since that subsection only enables him to determine a "value" of goods. The plaintiff also contended that it did not "use" the directories. It was the subscribers who used them. The issues were (1) whether the Minister had determined a "sale price" under subsection 28(1) on which the tax levied under subsection 27(1) could apply; and (2) whether there was any "use" by the plaintiff of the directories distributed to subscribers. The parties agreed that if there was a "sale price", then the plaintiff was liable for the tax on the 15% of the directories sold by the plaintiff, or provided to its employees for their use or supplied at public telephones.

Held, the appeal should be dismissed.

The Minister's determination of "value" under section 28 was, by the scheme of the Act, the legal equivalent of a determination of the "sale price" for the purposes of applying the tax imposed in subsection 27(1). In subparagraph 27(1)(a)(iii), Parliament indicated an intention to impose a tax on the sale price of goods used by the producer or manufacturer. That purpose would be frustrated if the Act did not provide a mechanism for determining "sale price" or its equivalent. Subsection 28(1), which has to do with the application of the sales tax to goods used by their manufacturer or producer, provides that mechanism. Parliament used the word "value" in subsection 28(1) to establish a figure which could be treated as the equivalent of the sale price, because in this context there would be no other point in determining value "for the . . . sales tax" or "for the tax under this Act". Later amendments have not demonstrated a change in the intention of Parliament.

The plaintiff did "use" all of the directories it produced. Case law has long recognized that a manufacturer or producer may, in certain circumstances, "use" goods by giving them away. An important factor in determining that the producer "uses" his product is that he turns it to his own benefit even though not selling it. That is the plaintiff's situation with respect to the directories it gives to its subscribers. First, since provision of the directories to its subscribers is a condition of its operation as a telephone company, it clearly serves the plaintiff's own purposes to make the directories available. Second, the distribution of directories makes the plaintiff's service more attractive to customers and increases the use of its system. Third, were such directories not available, the telephone company would have to provide alternative information services, a major burden on the company. That subscribers also

ducteur et non à vendre». Le «prix de vente» est défini à l'article 26 en fonction «du montant exigé comme prix», «de tout montant que l'acheteur est tenu de payer» et «du montant des droits d'accise exigible». La demanderesse prétend que le paragraphe 27(1) prévoit simplement le prélèvement d'une taxe de vente à l'égard du «prix de vente» des marchandises. Elle ajoute que la définition de «prix de vente» ne s'applique pas à ces marchandises et que le ministre ne peut, sur le fondement du paragraphe 28, déterminer un «prix de vente», puisque cette disposition ne lui permet que d'établir la «valeur» des marchandises. La demanderesse soutient également qu'elle n'a pas fait «usage» des annuaires, mais que ce sont les abonnés qui en ont fait «usage». La Cour doit trancher les questions suivantes: 1) le ministre a-t-il déterminé, en application du paragraphe 28(1), un «prix de vente» auquel la taxe prévue au paragraphe 27(1) pourrait s'appliquer et 2) y a-t-il eu «usage», par la demanderesse, des annuaires qu'elle a distribués à ses abonnés. Les parties conviennent que s'il existait un «prix de vente», la demanderesse serait tenue au paiement de la taxe à l'égard de 15 % des annuaires, soit ceux qu'elle a vendus et ceux qu'elle a mis à la disposition de ses employés ou des usagers des téléphones publics.

Jugement: l'appel doit être rejeté.

L'établissement d'une «valeur», par le ministre, en application du paragraphe 28(1) équivaut juridiquement, vu l'ensemble de la Loi, à la détermination du «prix de vente» aux fins de l'application de la taxe exigible aux termes du paragraphe 27(1). Au sous-alinéa 27(1)(a)(iii), le législateur a exprimé son intention de prélever une taxe sur le prix de vente des marchandises destinées à l'usage du producteur ou du fabricant. Cette fin ne pourrait être réalisée si la Loi ne prévoyait aucun moyen de déterminer le «prix de vente» ou son équivalent. Le paragraphe 28(1), qui se rapporte à l'application de la taxe de vente à l'égard des marchandises qui sont destinées à l'usage de leur fabricant ou producteur, prévoit un tel moyen. Au paragraphe 28(1), le législateur a utilisé le mot «valeur» pour établir une donnée qui puisse être considérée comme l'équivalent du prix de vente, car sinon l'établissement d'une valeur «pour la taxe . . . de vente» ou «pour la taxe sous le régime de la présente loi» n'aurait aucun sens. Les modifications ultérieures ne traduisent aucun changement quant à l'intention du législateur.

La demanderesse a fait «usage» de tous les annuaires qu'elle a produits. La jurisprudence reconnaît depuis longtemps qu'un fabricant ou producteur peut, dans certains cas, faire «usage» de marchandises en les donnant. L'un des facteurs importants pour déterminer si le producteur fait «usage» de son produit est le fait que l'opération soit effectuée à son propre avantage même s'il n'y a pas de vente. Tel est le cas de la demanderesse lorsqu'elle remet des annuaires à ses abonnés. Premièrement, comme la remise d'annuaires à ses abonnés est une condition à laquelle la demanderesse est autorisée à exploiter une entreprise de services téléphoniques, la demanderesse sert clairement ses propres intérêts en mettant des annuaires à la disposition de ses abonnés. Deuxièmement, la distribution d'annuaires rend les services de la demanderesse plus attrayants vis-à-vis des clients et accroît le recours à ses services. Troisièmement,

“use” the directories does not mean that the plaintiff does not “use” them. Finally, the dictionary definition of “appropriate” does not preclude application of subparagraph 27(1)(a)(iii) to the provision of the directories to the plaintiff’s subscribers for the benefit of both.

s’il n’y avait pas de distribution d’annuaires, l’entreprise serait obligée de mettre sur pied un service d’information, ce qui lui infligerait un lourd fardeau. Le fait que les abonnés fassent également «usage» des annuaires n’emporte pas que la demanderesse n’en fait pas «usage». Enfin, selon la définition du verbe «affecter» qui figure dans le dictionnaire, rien n’empêche l’application du sous-alinéa 27(1)(a)(iii) à la remise d’annuaires aux abonnés de la demanderesse au bénéfice des deux parties à l’opération.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Excise Tax Act, R.S.C., 1970, c. E-13, ss. 26(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 8), 27(1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 24, s. 13; 1980-81-82-83, c. 68, s. 10), 28 (as am. by S.C. 1985, c. 3, s. 17; 1988, c. 18, s. 17).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2).
Special War Revenue Act, R.S.C. 1927, c. 179, ss. 85, 87(d).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(2).
Loi spéciale des revenus de guerre, S.R.C. 1927, ch. 179, art. 85, 87d).
Loi sur la taxe d’accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 26(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 8; ch. 104, art. 8), 27(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 24, art. 13; 1980-81-82-83, ch. 68, art. 10), 28 (mod. par S.C. 1985, ch. 3, art. 17; 1988, ch. 18, art. 17).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *The Queen v. Golden et al.*, [1986] 1 S.C.R. 209; (1986), 25 D.L.R. (4th) 490; [1986] 3 W.W.R. 1; [1986] 1 C.T.C. 274; 86 DTC 6138; 65 N.R. 135; 39 R.P.R. 297; *British Columbia Railway Company v. R.*, [1979] 2 F.C. 122; [1979] CTC 56 (T.D.); affd *sub nom. R. v. British Columbia Railway Co.*, [1981] 2 F.C. 783; [1981] CTC 110; (1981), 81 DTC 5089; 3 C.E.R. 114; 36 N.R. 369 (C.A.); *The King v. Fraser Companies Ltd.*, [1931] S.C.R. 490; [1931] 4 D.L.R. 145; *The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd.*, [1931] S.C.R. 494; [1931] 3 D.L.R. 754.

DISTINGUISHED:

Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg, [1983] 2 S.C.R. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. (2d) 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

AUTHORS CITED

Shorter Oxford English Dictionary, vol. I, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969, “appropriate”.

APPEAL from refusal to refund excise taxes paid on directories distributed free of charge to subscribers to the plaintiff’s telephone service. Appeal dismissed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *La Reine c. Golden et autres*, [1986] 1 R.C.S. 209; (1986), 25 D.L.R. (4th) 490; [1986] 3 W.W.R. 1; [1986] 1 C.T.C. 274; 86 DTC 6138; 65 N.R. 135; 39 R.P.R. 297; *British Columbia Railway Company c. R.*, [1979] 2 C.F. 122; [1979] CTC 56 (1^{re} inst.); conf. sous l’intitulé *R. c. British Columbia Railway Co.*, [1981] 2 C.F. 783; [1981] CTC 110; (1981), 81 DTC 5089; 3 C.E.R. 114; 36 N.R. 369 (C.A.); *The King v. Fraser Companies Ltd.*, [1931] R.C.S. 490; [1931] 4 D.L.R. 145; *The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd.*, [1931] R.C.S. 494; [1931] 3 D.L.R. 754.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg, [1983] 2 R.C.S. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. (2d) 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

DOCTRINE

Shorter Oxford English Dictionary, vol. I, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969, «appropriate» (affecter).

APPEL du refus de rembourser la taxe d’accise payée à l’égard d’annuaires distribués gratuitement aux abonnés des services téléphoniques de la demanderesse. Appel rejeté.

COUNSEL:

Lorne A. Green and W. Jack Millar for plaintiff.

Luther P. Chambers, Q.C., Tim Clarke and Jocelyn Danis for defendant.

SOLICITORS:

Thorsteinssons, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Requested

This is an appeal against a determination by the Minister of National Revenue dated November 20, 1987 in which he refused a refund of \$4,080,995.87 which had been paid by the plaintiff under the *Excise Tax Act*¹ and which he determined to be properly exigible under that Act. This amount had been paid based on the production cost of telephone directories, between October 31, 1983 and September 30, 1987, excluding May 1, 1985 to September 30, 1985 (this latter period being excluded from the plaintiff's claim for a refund because of relevant limitation periods for such a claim).

Facts

The parties agreed on the following statement of facts.

The parties hereto by their respective solicitors admit the following facts, subject to the following conditions: (i) the admission is made for the purpose of this action only and may not be used against either party on any other occasion; and (ii) the parties may adduce further and other evidence relevant to the issues and not inconsistent with this agreement.

1. The Plaintiff was incorporated by *An Act to Incorporate the British Columbia Telephone Company*, S.C. 1916, c. 66, a special Act of the Parliament of Canada.

2. The primary business of the Plaintiff is the provision of telecommunications services to subscribers in British Columbia.

¹ R.S.C. 1970, c. E-13.

AVOCATS:

Lorne A. Green et W. Jack Millar pour la demanderesse.

Luther P. Chambers, c.r., Tim Clarke et Jocelyn Danis pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Thorsteinssons, Toronto, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé

Il s'agit d'un appel de la décision du ministre du Revenu national datée du 20 novembre 1987 par laquelle celui-ci refuse de rembourser la somme de 4 080 995,87 \$ que la demanderesse a payée en application de la *Loi sur la taxe d'accise*¹ et détermine que la somme est dûment exigible aux termes de la Loi. Cette somme a été payée en fonction du coût de production d'annuaires téléphoniques, entre le 31 octobre 1983 et le 30 septembre 1987, à l'exclusion de la période comprise entre le 1^{er} mai et le 30 septembre 1985 (cette dernière période étant exclue de la demande de remboursement de la demanderesse en raison du délai applicable à une telle demande).

Faits

Voici l'exposé des faits sur lequel les parties se sont entendues.

[TRADUCTION] Par l'entremise de leurs avocats respectifs, les parties aux présentes reconnaissent les faits suivants, à la condition que (i) la reconnaissance ne vaille qu'aux fins de la présente affaire et ne puisse être opposée à l'une ou l'autre des parties dans une autre procédure et que (ii) les parties puissent présenter d'autres éléments de preuve se rapportant aux questions en litige et qui sont compatibles avec le présent accord.

1. La demanderesse a été constituée en application d'une loi spéciale du Parlement du Canada intitulée *Loi constituant en corporation The British Columbia Telephone Company*, S.C. 1916, ch. 66.

2. L'objet principal de la demanderesse est de fournir des services de télécommunications aux abonnés de la Colombie-Britannique.

¹ S.R.C. 1970, ch. E-13.

3. As required by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, (C.R.T.C.), the Plaintiff distributes telephone directories to its subscribers.

4. The Plaintiff's subscribers are by C.R.T.C. regulations entitled to receive telephone directories without charge.

5. In addition to directories distributed to subscribers, the Plaintiff publishes directories for sale primarily to other telecommunications companies, directories for use by the Plaintiff's employees and directories for use at public telephones.

6. The telephone directories that are relevant to this action were published and distributed as follows. The Plaintiff purchased the paper and the cover stock for the directories and had this material delivered directly to independent printers. The printers produced the directories using telephone record information supplied by the Plaintiff and Yellow Page advertising information supplied by the Plaintiff's sales agents. At all of the aforesaid times, the property in the paper and cover stock, as well as in the directories as they were being manufactured, remained in the Plaintiff.

7. The great majority of the completed directories were then distributed to the Plaintiff's subscribers by the Plaintiff or its agents.

8. Between the months of October, 1983 and September 1987, excluding May, 1985 to August, 1985, the Plaintiff remitted to Revenue Canada, Customs and Excise, in total, \$4,080,995.87 by way of tax levied under the *Excise Tax*, R.S.C. 1970, c. E-13, with respect to the directories, as aforesaid. The said tax was calculated by a method prescribed by the Minister of National Revenue pursuant to subsection 28 (1) of the *Excise Tax Act* as communicated to the Plaintiff in writing on August 5, 1975, a copy of which is attached as Exhibit "A" hereto. The value for the purpose of calculating the tax for the directories was equal to the sum of:

- (i) the production cost of the directories, and
- (ii) 15% of the total cost of paper used to make the directories.

The parties are in agreement that if the said tax was exigible pursuant to subparagraph 27 (1)(a)(iii) and subsection 28 (1) of the *Excise Tax Act*, the aforesaid amount is the correct amount of that tax.

9. The Minister of National Revenue determined the aforesaid amount of tax as having become exigible when the directories were delivered to its subscribers, as aforesaid, when they were sold, when they were made available for use by the Plaintiff's employees or when they were installed at public telephones.

10. The approximate quantities of the aforesaid uses of the directories were as follows:

- (a) 85% distribution to subscribers; and

3. Comme l'exige le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (C.R.T.C.), la demanderesse remet un annuaire téléphonique à chacun de ses abonnés.

4. Aux termes des règlements du C.R.T.C., les abonnés de la demanderesse ont le droit de recevoir gratuitement un annuaire téléphonique.

5. En plus des annuaires fournis à ses abonnés, la demanderesse publie des annuaires destinés principalement à la vente aux autres entreprises de télécommunications ainsi que des annuaires destinés à l'usage de ses employés et à la consultation dans les cabines de téléphones publics.

6. Voici quel a été le processus de publication et de distribution des annuaires téléphoniques visés par la présente affaire. Après en avoir fait l'acquisition, la demanderesse a fait livrer le papier et le papier à couverture nécessaires à la fabrication de ses annuaires directement à des imprimeurs indépendants. Ceux-ci ont fabriqué les annuaires à partir des données fournies par la demanderesse et des renseignements relatifs à la publicité dans les Pages jaunes fournis par le personnel de vente de la demanderesse. Pendant tout ce temps, la demanderesse est demeurée propriétaire du papier et du papier à couverture ainsi que des annuaires en cours de fabrication.

7. La vaste majorité des annuaires établis ont ensuite été distribués aux abonnés par la demanderesse ou par l'entremise de ses mandataires.

8. Entre les mois d'octobre 1983 et de septembre 1987, à l'exclusion de la période allant de mai à août 1985, la demanderesse a versé au total à Revenu Canada, Douanes et Accise 4 080 995,87 \$ à titre de taxe exigible aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, relativement aux annuaires, tel que mentionné précédemment. Le montant de la taxe a été calculé conformément à la méthode prescrite par le ministre du Revenu national en vertu du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, ce dont la demanderesse a été informée par écrit le 5 août 1975 (une copie de cette communication étant jointe aux présentes à titre de pièce A). La valeur aux fins du calcul de la taxe exigible à l'égard des annuaires était donc égale à la somme de ce qui suit:

- i) le coût de production des annuaires;
- ii) 15 % du coût total du papier utilisé pour fabriquer les annuaires.

Les parties conviennent que, si la taxe était exigible aux termes du sous-alinéa 27(1)(a)(iii) et du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, le montant susmentionné serait exact.

9. Le ministre du Revenu national a déterminé que le montant de taxe susmentionné est devenu exigible lorsque les annuaires ont été livrés aux abonnés, tel que mentionné précédemment, lorsqu'ils ont été vendus, lorsqu'ils ont été mis à la disposition des employés de la demanderesse ou lorsqu'ils ont été placés dans les cabines de téléphones publics.

10. Voici comment les annuaires ont été écoulés:

- a) environ 85 % d'entre eux ont été remis aux abonnés;

(b) 15% to a combination of sales, employees' use and installations at public telephones.

11. On October 30, 1987, the Plaintiff filed an N15 refund claim for the said tax along with a letter from its agent explaining the basis of its claim (copies of the refund application and letter are attached as Exhibits "B" and "C", respectively). The parties are in agreement that 15% of the said tax in issue in this case, i.e. the portion attributable to the uses of the directories mentioned in subparagraph 10 (b) hereof, was properly paid if this Honourable Court decides that sales tax is exigible by virtue of combination of paragraphs 27 (1)(a) and 28 (1)(d) of the *Excise Tax Act*.

12. By Notice of Determination (Refund) dated November 20, 1987, Revenue Canada, Customs and Excise, denied the Plaintiff's refund claim on the basis that the telephone directories were considered to be produced under the conditions outlined in subsection 28 (1) of the *Excise Tax Act*. A copy of the Notice of Determination (Refund) is attached as Exhibit "D" hereto.

13. On February 15, 1988 the Plaintiff filed, by registered mail, a Notice of Objection to the Notice of Determination. It was received by the Minister of National Revenue on February 19, 1988. A copy of the Notice of Objection and attached Memorandum are attached as Exhibit "E" hereto.

14. By letter dated April 21, 1988, Revenue Canada, Customs and Excise, acknowledged receipt of the Notice of Objection and requested a further explanation of why the disputed tax was not payable, a copy of which letter is attached as Exhibit "F" hereto.

15. Counsel for the Plaintiff replied by letter dated May 10, 1988 and a copy of that letter is attached as Exhibit "G" hereto.

16. The Plaintiff commenced this action by Statement of Claim filed on September 21, 1988.

Relevant Legislation

The most relevant provisions of the *Excise Tax Act* [26(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 8), 27(1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 24, s. 13; 1980-81-82-83, c. 68, s. 10), 28(1) (as am. by S.C. 1985, c. 3, s. 17)] in force during the time in question are as follows:

26. (1) In this Part,

"sale price", for the purpose of determining the consumption or sales tax, means

(a) except in the case of wines, the aggregate of

b) environ 15 % ont été vendus, mis à la disposition des employés ou placés dans les cabines de téléphones publics.

11. Le 30 octobre 1987, la demanderesse a déposé une demande de remboursement (formule N15) du montant de la taxe, accompagnée d'une lettre de son mandataire énonçant les motifs de la demande (des copies de la demande de remboursement et de la lettre sont jointes à titre de pièces B et C, respectivement). Les parties conviennent que 15 % de la taxe qui fait l'objet des présentes, c'est-à-dire la partie attribuable à l'usage des annuaires visé à l'alinéa 10b), a été dûment acquittée, advenant que la Cour statue que la taxe de vente est exigible suivant les alinéas 27(1)a) et 28(1)d) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

12. Au moyen d'un avis de décision (remboursement) daté du 20 novembre 1987, Revenu Canada, Douanes et Accise a refusé de faire droit à la demande de remboursement de la demanderesse pour le motif que les annuaires téléphoniques avaient été fabriqués dans les conditions prévues au paragraphe 28(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Une copie de l'avis de décision (remboursement) est jointe aux présentes à titre de pièce D.

13. Le 15 février 1988, la demanderesse a produit, par courrier recommandé, un avis d'opposition à l'avis de décision, lequel est parvenu au ministre du Revenu national le 19 février 1988. Une copie de l'avis d'opposition et de la note qui l'accompagne est jointe aux présentes à titre de pièce E.

14. Le ministre du Revenu national a accusé réception de l'avis d'opposition le 21 avril 1988 et demandé des explications supplémentaires quant aux motifs pour lesquels le montant de la taxe en cause n'aurait pas été exigible, une copie de cette lettre étant jointe aux présentes à titre de pièce F.

15. L'avocat de la demanderesse a répondu par lettre datée du 10 mai 1988, une copie de cette lettre étant jointe aux présentes à titre de pièce G.

16. La demanderesse a intenté la présente action au moyen d'une déclaration datée du 21 septembre 1988.

Dispositions législatives applicables

Voici quelles sont les dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise* [art. 26(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 8; ch. 104, art. 8), 27(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 24, art. 13; 1980-81-82-83, ch. 68, art. 10), 28(1) (mod. par S.C. 1985, ch. 3, art. 17)] qui s'appliquaient pendant les périodes en cause et qui sont les plus pertinentes en l'espèce:

26. (1) Dans la présente Partie.

«prix de vente», pour déterminer la taxe de consommation ou de vente, désigne

a) sauf dans le cas des vins, l'ensemble

(i) the amount charged as price before any amount payable in respect of any other tax under this Act is added thereto,

(ii) any amount that the purchaser is liable to pay to the vendor by reason of or in respect of the sale in addition to the amount charged as price (whether payable at the same or some other time) including, without limiting the generality of the foregoing, any amount charged for, or to make provision for, advertising, financing, servicing, warranty, commission or any other matter, and

(iii) the amount of the excise duties payable under the *Excise Act* whether the goods are sold in bond or not,

and, in the case of imported goods, the sale price shall be deemed to be the duty paid value thereof

27. (1) There shall be imposed, levied and collected a consumption or sales tax [at a prescribed rate] on the sale price of all goods²

(a) produced or manufactured in Canada

(i) payable, in any case other than a case mentioned in subparagraph (ii) or (iii), by the producer or manufacturer at the time when the goods are delivered to the purchaser or at the time when the property in the goods passes, whichever is the earlier,

(ii) payable, in a case where the contract for the sale of the goods (including a hire-purchase contract and any other contract under which property in the goods passes upon satisfaction of a condition) provides that the sale price or other consideration shall be paid to the manufacturer or producer by instalments (whether the contract provides that the goods are to be delivered or property in the goods is to pass before or after payment of any or all instalments), by the producer or manufacturer *pro tanto* at the time each of the instalments becomes payable in accordance with the terms of the contract, and

(iii) payable, in a case where the goods are for use by the producer or manufacturer thereof, by the producer or manufacturer at the time the goods are appropriated for use

28. (1) Whenever goods are manufactured or produced in Canada under such circumstances or conditions as render it difficult to determine the value thereof for the consumption or sales tax because

(a) a lease of such goods or the right of using the goods but not the right of property therein is sold or given;

² There are minor changes to these opening words in 1985, 1986 and 1987 but the words quoted here were included at all times.

(i) du montant exigé comme prix avant qu'un montant payable à l'égard de toute autre taxe prévue par la présente loi y soit ajouté,

(ii) de tout montant que l'acheteur est tenu de payer au vendeur en raison ou à l'égard de la vente en sus de la somme exigée comme prix (qu'elle soit payable au même moment ou en quelque autre temps), y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède, tout montant prélevé pour la publicité, le financement, le service, la garantie, la commission ou à quelque autre titre, ou destiné à y pourvoir, et

(iii) du montant des droits d'accise exigible aux termes de la *Loi sur l'accise*, que les marchandises soient vendues en entrepôt ou non,

et, dans le cas de marchandises importées, le prix de vente est censé être leur valeur à l'acquitté, et

27. (1) Est imposée, prélevée et perçue une taxe de consommation ou de vente [au taux prescrit] sur le prix de vente de toutes marchandises²

a) produites ou fabriquées au Canada,

(i) payable, dans tout cas autre que celui mentionné au sous-alinéa (ii) ou (iii), par le producteur ou fabricant à l'époque où les marchandises sont livrées à l'acheteur ou à l'époque où la propriété des marchandises est transmise, en choisissant celle de ces dates qui est antérieure à l'autre,

(ii) payable, dans un cas où le contrat de vente des marchandises (y compris un contrat de location-vente et tout autre contrat en vertu duquel la propriété des marchandises est transmise dès qu'il est satisfait à une condition) stipule que le prix de vente ou autre contrepartie doit être payé au fabricant ou producteur par versements (que, d'après le contrat, les marchandises doivent être livrées ou que la propriété des marchandises doit être transmise avant ou après le paiement d'une partie ou de la totalité des versements), par le producteur ou le fabricant *pro tanto* à l'époque où chacun des versements devient exigible en conformité des conditions du contrat, et

(iii) payable, dans un cas où les marchandises sont destinées à l'usage du producteur ou du fabricant, par le producteur ou le fabricant à l'époque où il affecte les marchandises à son usage

28. (1) Chaque fois que des marchandises sont fabriquées ou produites au Canada dans des conditions ou circonstances telles qu'il devient difficile d'en établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que

a) le louage de ces marchandises ou le droit de s'en servir, mais non le droit de les posséder au titre de propriétaire est vendu ou donné;

² De légères modifications ont été apportées à cette partie introductive en 1985, 1986 et 1987, mais l'extrait cité en l'es-pèce est demeuré inchangé.

(b) such goods having a royalty imposed thereon, the royalty is uncertain, or is not from other causes a reliable means of estimating the value of the goods;

(c) such goods are manufactured or produced under any unusual or peculiar manner or conditions, or;

(d) such goods are for use by the manufacturer or producer and not for sale;

the Minister may determine the value for the tax under this Act and all such transactions shall for the purposes of this Act be regarded as sales.

Issues

(1) Was any "sale price" determined by the Minister under subsection 28(1) on which the tax levied under subsection 27(1) could apply?

(2) Was there any "use" by the plaintiff of the 85% of the directories produced by it which were distributed to its telephone subscribers?

Paragraph 11 of the agreed statement of facts as quoted above notes that if the Court finds that there was a "sale price" to which the tax could be applied, then the plaintiff is liable for the tax on at least 15% of the directories sold by the plaintiff or provided to its employees for their use or supplied at its public telephones. That is, the plaintiff concedes that it did "use" that 15%. It denies that it used the remaining 85%.

Conclusions

"Sale Price"

Essentially the plaintiff contends that the definition of "sale price" in subsection 26(1) as quoted above is exhaustive. The parties agree that that definition does not apply by its terms to the transactions in the directories which are in question here. Further the plaintiff argues that subsection 27(1), which is the only relevant charging section, simply imposes a sales tax on the "sale price" of goods. The definition of "sale price" in section 26 is not relevant to these goods, nor can the Minister purporting to act under subsection 28(1) determine a "sale price". That subsection only enables him to determine a "value" of goods such as these directories.

b) ces marchandises, étant grevées de redevances, celles-ci sont incertaines ou ne constituent pas, pour d'autres causes, un moyen sûr d'estimer la valeur des marchandises;

c) ces marchandises sont fabriquées ou produites de manière ou en des conditions inusitées ou particulières; ou

d) ces marchandises sont à l'usage du fabricant ou du producteur et non à vendre;

le Ministre peut en fixer la valeur pour la taxe sous le régime de la présente loi et toutes ces opérations sont, pour les fins de la présente loi, considérées comme des ventes.

Questions en litige

1) Le ministre a-t-il déterminé, en application du paragraphe 28(1), un «prix de vente» auquel la taxe prévue au paragraphe 27(1) pourrait s'appliquer?

2) Y a-t-il eu «usage», par la demanderesse, des annuaires qu'elle a distribués à ses abonnés du service téléphonique, soit 85 % des annuaires qu'elle a produits?

Suivant le paragraphe 11 de l'exposé conjoint des faits qui précède, si la Cour en arrive à la conclusion qu'il existait un «prix de vente» auquel la taxe pouvait s'appliquer, la demanderesse est tenue au paiement de la taxe à l'égard d'au moins 15 % des annuaires, à savoir ceux qu'elle a vendus ou mis à la disposition de ses employés ou des usagers des cabines de téléphones publics. La demanderesse conçoit donc avoir fait «usage» de la tranche de 15 %, mais nie avoir utilisé le 85 % restant.

Conclusions

«Prix de vente»

La demanderesse soutient essentiellement que la définition de «prix de vente» qui figure au paragraphe 26(1) et qui est précitée, est exhaustive. Les parties conviennent que cette définition ne s'applique pas expressément aux opérations dont les annuaires ont fait l'objet en l'espèce. De plus, la demanderesse fait valoir que le paragraphe 27(1), qui est la seule disposition d'exigibilité applicable, prévoit simplement le prélèvement d'une taxe de vente à l'égard du «prix de vente» des marchandises. La définition de «prix de vente» prévue à l'article 26 ne s'applique pas à ces marchandises, et le ministre ne peut, sur le fondement du paragraphe 28(1), déterminer un «prix de vente». Ce dernier paragraphe ne lui permet que d'établir la «valeur» de marchandises, tels les annuaires.

While numerous authorities were cited to me on the interpretation of statutes, I think the basic modern approach in interpreting taxing statutes was authoritatively stated by the Supreme Court of Canada in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*.³ Estey J. writing on behalf of the majority of the panel hearing that case, reviewed some of the older jurisprudence which supported "strict construction" of taxation statutes. He went on to say [at page 578]:

Professor Willis, in his article, *supra*, accurately forecast the demise of the strict interpretation rule for the construction of taxing statutes. Gradually, the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable. See *Whiteman and Wheatcroft, supra*, at p. 37.

While not directing his observations exclusively to taxing statutes, the learned author of *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E.A. Dreidger [*sic*], put the modern rule succinctly:

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.

The question comes back to a determination of the proper role of the court in construing the *Income Tax Act* in circumstances such as these where the Crown relies on the general pattern of the Act and not upon any specific taxing provision. The Act is to be construed, of course, as a whole . . .

In a later case Estey J. stated that in *Stubart* the Court

. . . recognized that in the construction of taxation statutes the law is not confined to a literal and virtually meaningless interpretation of the Act where the words will support on a broader construction a conclusion which is workable and in harmony with the evident purposes of the Act in question. Strict construction in the historic sense no longer finds a place in the canons of interpretation applicable to taxation statutes in an era such as the present, where taxation serves many purposes in addition to the old and traditional object of raising the cost of government from a somewhat unenthusiastic public.⁴

³ [1984] 1 S.C.R. 536.

⁴ *The Queen v. Golden et al.*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-215.

Bien que de nombreux ouvrages de doctrine aient été portés à mon attention relativement à l'interprétation des lois, je crois que la démarche fondamentale qu'il convient d'adopter de nos jours aux fins d'interpréter les lois fiscales a été établie sans équivoque par la Cour suprême du Canada dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*³. Se prononçant au nom de la majorité des juges appelés à statuer dans cette affaire, le juge Estey, après avoir examiné certains arrêts de jurisprudence plus anciens favorables à l'«interprétation stricte» des lois fiscales, fait observer ce qui suit [à la page 578]:

Dans l'article précité, le professeur Willis prévoit fort justement l'abandon de la règle d'interprétation stricte des lois fiscales. Comme nous l'avons vu, le rôle des lois fiscales a changé dans la société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt. Voir *Whiteman et Wheatcroft*, précité, à la p. 37.

Bien que les remarques [d'] E.A. Dreidger [*sic*] dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87, ne visent pas uniquement les lois fiscales, il y énonce la règle moderne de façon brève:

[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.

La question revient à déterminer le juste rôle du tribunal dans l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans des circonstances comme celles de l'espèce, où Sa Majesté se fonde sur les dispositions générales de la Loi et non sur une disposition fiscale précise. Il faut bien sûr interpréter la Loi comme un tout, . . .

Dans une affaire ultérieure, le juge Estey opine que dans l'arrêt *Stubart*:

. . . la Cour a reconnu que, dans l'interprétation des lois fiscales, la règle applicable ne se limite pas à une interprétation de la loi littérale et presque dépourvue de sens lorsque, selon une interprétation plus large, les mots permettent d'arriver à une conclusion réalisable et compatible avec les objectifs évidents de la loi en cause. L'interprétation stricte, au sens historique du terme, n'a plus sa place dans les règles d'interprétation applicables aux lois fiscales à une époque comme la nôtre où la fiscalité sert beaucoup d'autres objectifs que l'objectif ancien et traditionnel qui était de prélever des fonds pour les dépenses du gouvernement chez un public quelque peu réticent⁴.

³ [1984] 1 R.C.S. 536.

⁴ *La Reine c. Golden et autres*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux pp. 214 et 215.

These various judicial statements, and authors cited with judicial approval, emphasize that strict construction is no longer required of taxing statutes and that one must, in construing any words in doubt, look at their context and the scheme of the Act as a whole.

Taking this approach I am satisfied that the Minister's determination of "value" under subsection 28(1) is, by the scheme of the Act, the legal equivalent of a determination of the "sale price" for the purposes of applying the tax imposed in subsection 27(1). It must first be noted that subsection 27(1) in its opening words imposes a "sales tax . . . on the sale price of all goods"

27. (1) . . .

(a) produced or manufactured in Canada

(iii) payable, in a case where the goods are for use by the producer or manufacturer thereof . . . at the time the goods are appropriated for use . . .

Up to this point we have a clear indication of an intention by Parliament to impose a tax on the sale price of goods used by the producer or manufacturer thereof. At the very least it may be said that such purpose would be frustrated if the Act provides no mechanism for determining "sale price" or its equivalent. Subsection 28(1) provides that mechanism. That subsection applies to goods "manufactured or produced in Canada under such circumstances . . . as render it difficult to determine the value thereof for the consumption or sales tax because . . . (d) such goods are for use by the manufacturer or producer and not for sale" in respect of which the Minister may "determine the value for the tax under this Act and all such transactions shall for the purposes of this Act be regarded as sales." [Underlining added.] There can be no doubt that subsection 28(1) has to do with the application of the sales tax to goods used by their manufacturer or producer. The Minister is mandated to determine the "value" of such goods for only one purpose, variously described as "for the . . . sales tax" or "for the tax under this Act". Further the closing words of subsection 28(1) in effect deems use by the manufacturer or producer to be "sales".

Il ressort de ces diverses décisions judiciaires et de la doctrine que les tribunaux ont citée à l'appui de leurs décisions qu'il n'est plus nécessaire d'interpréter strictement les lois fiscales et que l'on doit, pour interpréter un terme dont le sens est incertain, tenir compte du contexte et considérer la Loi comme un tout.

Partant, je suis convaincu que l'établissement, par le ministre, d'une «valeur» en application du paragraphe 28(1) équivaut juridiquement, vu l'ensemble de la Loi, à la détermination du «prix de vente» aux fins de l'application de la taxe exigible aux termes du paragraphe 27(1). Il convient de remarquer tout d'abord que la partie introductive du paragraphe 27(1) prévoit: «[le prélèvement d'une] taxe de vente . . . sur le prix de vente de toutes marchandises»

d 27. (1) . . .

a) produites ou fabriquées au Canada,

(iii) payable, dans un cas où les marchandises sont destinées à l'usage du producteur ou du fabricant, . . . à l'époque où il affecte les marchandises à son usage . . .

Déjà, il semble bien que l'intention du législateur était de prélever une taxe sur le prix de vente des marchandises destinées à l'usage du producteur ou fabricant. On peut soutenir, à tout le moins, que cette fin ne pourrait être réalisée si la Loi ne prévoyait aucun moyen de déterminer le «prix de vente» ou son équivalent. Or, le paragraphe 28(1) prévoit un tel moyen. Ce paragraphe s'applique aux marchandises «fabriquées ou produites au Canada dans des conditions . . . telles qu'il devient difficile d'en établir la valeur pour la taxe de consommation ou de vente parce que . . . d) ces marchandises sont à l'usage du fabricant ou du producteur et non à vendre» et dont le ministre peut «fixer la valeur pour la taxe sous le régime de la présente loi et toutes ces opérations sont, pour les fins de la présente loi, considérées comme des ventes» [soulignements ajoutés]. Il ne fait aucun doute que le paragraphe 28(1) se rapporte à l'application de la taxe de vente à l'égard des marchandises qui sont destinées à l'usage de leur fabricant ou producteur. Le ministre a l'obligation d'établir la «valeur» de ces marchandises à une seule fin, soit «pour la taxe . . . de vente» ou «pour la taxe sous le régime de la présente loi». En outre, le paragraphe

It is impossible to read these two subsections without concluding that Parliament in using the word "value" in subsection 28(1) was doing it for one purpose: to establish a figure which could be treated as the equivalent of the sales price, because in this context there would be no other point in determining value "for the . . . sales tax" or "for the tax under this Act".

Counsel for the plaintiff concedes that there have been numerous decisions of the Supreme Court of Canada in which the "value" determined under section 28 or its equivalent was treated as a "sale price". It is suggested, however, that as this specific point was not argued in those cases it is still open for consideration.⁵ It would be equally open to speculate, however, that others did not think the argument worth making.⁶ Those cases, it seems to me, quite clearly proceeded on a basic understanding as to the intention of Parliament. This was well stated in *The King v. Fraser Companies Ltd.*⁷ where it was said by Smith J. that:

It seems to me clear that the real intention was to levy a consumption or sales tax of four per cent on the sale price of all goods produced or manufactured in Canada, whether the goods so produced should be sold by the manufacturer or consumed by himself for his own purposes.

Thurlow C.J. in the *British Columbia Railway Co.* case⁸ after reviewing various decisions of the Supreme Court including *Fraser* concluded:

In my view it is obvious that the wording of paragraph 28(1)(d) presents problems if one seeks to construe it strictly in applying it to situations such as the present one and those in the cases I have cited. Under subparagraph 27(1)(a)(i) tax is imposed on the price. In paragraph 28(1)(d) the word used is

⁵ Plaintiff's written argument paras. 26, 27.

⁶ The issue was raised in pleadings, in *British Columbia Railway Company v. R.*, [1979] 2 F.C. 122 (T.D.); *sub nom. R. v. British Columbia Railway Co.*, [1981] 2 F.C. 783 (C.A.), but was not determined there as the taxpayer succeeded on other grounds.

⁷ [1931] S.C.R. 490, at p. 492.

⁸ *Supra*, note 6, at p. 788.

28(1) prévoit, à la fin de son libellé, que l'usage par le fabricant ou le producteur est considéré comme une vente.

a La conclusion qui s'impose, à la lecture de ces deux dispositions, est que le législateur a utilisé le mot «valeur», au paragraphe 28(1), à une seule fin, soit celle d'établir une donnée qui puisse être considérée comme l'équivalent du prix de vente, sinon b l'établissement d'une valeur «pour la taxe . . . de vente» ou «pour la taxe sous le régime de la présente loi» n'aurait alors aucun sens.

L'avocat de la demanderesse reconnaît que dans de c nombreuses décisions de la Cour suprême du Canada, la «valeur» établie en application du paragraphe 28 ou de la disposition équivalente a été considérée comme un «prix de vente». Il laisse cependant entendre que, ce point précis n'ayant alors fait l'objet d'aucune argumentation, la question reste entière⁵. On d pourrait également prétendre que d'aucuns ont estimé que l'argument ne valait pas la peine d'être soulevé⁶. Dans ces affaires, il me semble que les tribunaux ont clairement statué en fonction de ce qu'ils estimaient e être fondamentalement l'intention du législateur. Cela ressort d'ailleurs fort bien de l'arrêt *The King v. Fraser Companies Ltd.*⁷ où le juge Smith s'exprime comme suit:

f [TRADUCTION] Il me semble clair que l'intention véritable du législateur était de lever une taxe à la consommation ou une taxe de vente de quatre pour cent sur le prix de vente de toute marchandise fabriquée ou produite au Canada, que les marchandises ainsi produites soient vendues par le fabricant ou qu'il les utilise pour répondre à ses propres besoins.

g Dans l'affaire *British Columbia Railway Co.*⁸, après avoir examiné les diverses décisions de la Cour suprême, y compris l'arrêt *Fraser*, le juge en chef Thurlow conclut ce qui suit:

h Comme je vois la chose, il est évident que le libellé de l'alinéa 28(1)(d) présente des difficultés pour celui qui cherche à l'interpréter strictement en l'appliquant à des cas comme en l'espèce et à ceux des affaires que j'ai citées. D'après le sous-alinéa 27(1)(a)(i), la taxe est imposée sur le prix. Dans l'ali-

⁵ Plaidoirie écrite de la demanderesse, par. 26 et 27.

⁶ La question a été soulevée en plaidoirie dans *British Columbia Railway Company c. R.*, [1979] 2 C.F. 122 (1^{re} inst.); *sub nom. R. c. British Columbia Railway Co.*, [1981] 2 C.F. 783 (C.A.), mais n'a pas été tranchée, le contribuable ayant eu gain de cause pour d'autres motifs.

⁷ [1931] R.C.S. 490, à la p. 492.

⁸ *Supra*, note 6, à la p. 788.

“value”. But this did not prevent the Supreme Court from holding in effect that when the goods are used or consumed by the manufacturer the two words refer to the same thing.

While this was part of a dissenting judgment, the real point in issue in that case was whether a time had been fixed by the statute for the tax to become payable, not whether “value” as determined under subsection 28(1) could be regarded as the “sale price” for the purpose of the application of the tax levied by subsection 27(1).

I do not think that the later amendments have demonstrated a change in the intention of Parliament that the valuation carried out under subsection 28(1) is to produce a “sale price” upon which the tax can be levied. Subparagraph 27(1)(a)(iii), added in 1981⁹ after the *British Columbia Railway Co.* decision, is primarily concerned with the time at which the tax becomes payable and if anything seems to reinforce the stated intention of Parliament that there could be a “sale price” with respect to goods used by the producer or manufacturer. It is true that at a time when many of the earlier decisions were made in which it was assumed that “value” could amount to “sale price”, the definition section which included “sale price” began with the words “In this part, unless the context otherwise requires” [underlining added]¹⁰. The modern equivalent of that section, section 26 as quoted above simply says that “In this Part . . . ‘sale price’ . . . means . . .” [underlining added] without contemplating that the context might otherwise require. But I do not think that Parliament, by dropping the reference in section 26 to other possible meanings depending on context, meant to render meaningless subsections 27(1) and 28(1). Those subsections are clearly intended to provide a means for applying a sales tax on goods even where they are not sold but are used by the producer or manufacturer. It is true that the combination of what appears to be an exhaustive definition of “sale price” in subsection 26(1) with the special provisions for determining a “sale price” which appears not to be within that definition, as provided in subsections 27(1) and 28(1), is infelicitous. But one must presume that paragraph

néa 28(1)d), on emploie le terme «valeur». Mais cela n’a pas empêché la Cour suprême de dire que lorsque des marchandises sont utilisées ou consommées par le fabricant, les deux termes visent en fait la même chose.

a Bien qu’il s’agisse des propos d’un juge dissident, la véritable question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si la loi prévoyait le moment où la taxe devenait exigible, et non si la «valeur» établie en application du paragraphe 28(1) pouvait être considérée comme le «prix de vente» aux fins de l’application de la taxe prélevée aux termes du paragraphe 27(1).

c Je ne crois pas que les modifications ultérieures traduisent un changement quant à l’intention du législateur de faire en sorte que l’évaluation effectuée conformément au paragraphe 28(1) permette de déterminer un «prix de vente» sur lequel la taxe de vente peut être prélevée. Ajouté en 1981⁹ après le prononcé de l’arrêt *British Columbia Railway Co.*, le sous-alinéa 27(1)a(iii) porte essentiellement sur le moment où la taxe est payable et semble plutôt étayer l’intention du législateur selon laquelle un «prix de vente» pourrait être déterminé à l’égard des marchandises destinées à l’usage du producteur ou du fabricant. Il est vrai que, au moment où ont été rendues bon nombre des décisions plus anciennes dans lesquelles on a tenu pour acquis que la «valeur» pouvait être assimilée au «prix de vente», l’article qui renfermait les définitions, dont celle du «prix de vente», débutait par «Dans la présente Partie, à moins que le contexte ne s’y oppose»¹⁰ [soulignement ajouté]. L’équivalent actuel de cette disposition, soit l’article 26 précité, mentionne tout simplement que «Dans la présente Partie . . . “prix de vente” . . . désigne . . .» [soulignement ajouté] sans préciser que le contexte pourrait indiquer un sens différent. Or, je ne crois pas que, en supprimant à l’article 26 la mention des autres sens possibles, selon le contexte, le législateur ait voulu priver de tout objet les paragraphes 27(1) et 28(1). Il est vrai que le jumelage de ce qui semble être une définition complète du «prix de vente», au paragraphe 26(1) et des dispositions spéciales dont l’objet est de déterminer un «prix de vente» qui semble échapper à cette définition, comme aux paragraphes 27(1) et 28(1), est malheureux. Il faut cepen-

⁹ S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 10.

¹⁰ *Special War Revenue Act*, R.S.C. 1927, c. 179, s. 85.

⁹ S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 10.

¹⁰ *Loi spéciale des revenus de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 179, art. 85.

27(1)(a) and subsection 28(1) have some purpose and one must therefore read subsection 28(1) especially as amounting to the deeming of a "sale price". It requires that transactions such as use by the producer shall be regarded as a sale and the Minister is to determine the value of the goods which have been constructively "sold" for the purpose of imposing the sales tax under this Act.

The plaintiff also argues that it is obvious that the previous subsection 28(1) was defective in not expressly providing for the determination of a "sale price" because Parliament in 1988 replaced it with the following wording:

28. (1) Where goods that were manufactured or produced in Canada are appropriated by the manufacturer or producer thereof for his own use, the sale price of the goods shall be deemed to be equal to the sale price that would have been reasonable in the circumstances if the goods had been sold, at the time of the appropriation, to a person with whom the manufacturer or producer was dealing at arm's length.¹¹

One cannot automatically assume that an amendment is intended to change the law.¹² One must look at the context. Apart from the fact that, as I have demonstrated, the previous subsection 28(1) in context should be construed as producing the equivalent of "sale price", I cannot view the new subsection 28(1) as simply directed to providing for "sale price" in lieu of a "value". When one examines the new section 28 it is apparent that a new concept was introduced for determining the sale price of various goods not sold in the normal way. Thereafter the sale price or value was not to be determined by the Minister but by reference to an objective test based on the "price that would have been reasonable in the circumstances if the goods had been sold . . . to a person with whom the manufacturer or producer was dealing at arm's length." Further, if as the plaintiff contends there can be no "sale price" of goods not fitting within the definition of "sale price" in section 26, then the new subsection 28(1) is equally ineffective to determine a "sale price" in respect of goods used by the producer thereof, and Parliament has failed once again to correct this defect!

¹¹ S.C. 1988, c. 18, s. 17.

¹² *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. 1-21, s. 45(2).

dant tenir pour acquis que l'alinéa 27(1)a) et le paragraphe 28(1) ont quelque objet et conclure que le paragraphe 28(1), en particulier, établit un «prix de vente» présumé. Cette disposition prévoit en effet que certaines opérations, tel l'usage par le producteur, sont considérées comme des ventes, et le ministre établit la valeur des marchandises qui ont présumément été «vendues» aux fins de percevoir la taxe de vente en application de la Loi.

Le demandeur fait également valoir que l'ancien paragraphe 28(1), qui ne prévoyait pas expressément la détermination d'un «prix de vente», était manifestement défectueux puisque, en 1988, le législateur en a remplacé le libellé par le suivant:

28. (1) Lorsque le fabricant ou producteur de marchandises affecte à son propre usage des marchandises fabriquées ou produites au Canada, le prix de vente des marchandises est réputé être égal à celui qui aurait été raisonnable dans les circonstances si les marchandises avaient été vendues à une personne avec laquelle le fabricant ou producteur n'avait pas eu de lien de dépendance au moment de l'affectation¹¹.

On ne saurait conclure d'emblée qu'une modification vise à modifier le droit applicable¹². Il faut tenir compte du contexte. Outre le fait, comme je l'ai établi, que l'ancien libellé du paragraphe 28(1) pouvait être interprété, compte tenu du contexte, comme permettant de déterminer l'équivalent d'un «prix de vente», je ne puis conclure que le nouveau texte de ce paragraphe vise simplement à prévoir un «prix de vente» au lieu d'une «valeur». Le nouvel article 28 semble établir un nouveau concept aux fins de déterminer le prix de vente de diverses marchandises qui ne sont pas vendues de la manière habituelle. Depuis son entrée en vigueur, le prix de vente ou la valeur n'est plus déterminé par le ministre, mais à l'aide d'un critère objectif fondé sur le «prix . . . qui aurait été raisonnable dans les circonstances si les marchandises avaient été vendues à une personne avec laquelle le fabricant ou producteur n'avait pas eu de lien de dépendance au moment de l'affectation». De plus, si comme le prétend la demanderesse, il ne peut y avoir, à l'égard de marchandises, de «prix de vente» qui ne soit pas visé par la définition de «prix de vente» à l'article 26, alors le nouveau paragraphe 28(1) est également inopérant pour déterminer le «prix de vente» de marchandises destinées à l'usage

¹¹ L.C. 1988, ch. 18, art. 17.

¹² *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. 1-21, art. 45(2).

Counsel for the plaintiff invoked the Supreme Court decision in *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*¹³ to the effect that for legislation adversely to affect a citizen's right "the Legislature must do so expressly." I am satisfied in the present case the legislation does expressly deal with the very situation in which the plaintiff finds itself.

I am therefore satisfied that the Minister in determining "value" under subsection 28(1) effectively determined a "sale price" for the purposes of applying the tax imposed by subsection 27(1).

"Use" by the Plaintiff

As noted earlier this issue relates only to the 85% of the directories which were distributed by the plaintiff to its telephone subscribers. The plaintiff contends that it was the subscribers, and not the telephone company, which used these directories.

It appears to me that the jurisprudence has long recognized that a manufacturer or producer may "use" goods by giving them away in certain circumstances. In *The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd.*¹⁴ the Supreme Court had to consider whether a manufacturer of pharmaceutical preparations who gave free samples to physicians and druggists could be said to "use" those drugs within the meaning of then paragraph 87(d) of the *Special War Revenue Act*.¹⁵ Anglin C.J.C. stated:

I was, at the hearing of this appeal, strongly of the view that the sample goods in question were subject to the tax sought to be collected in this case. My construction of clause (d) of section 87 is that the "use" by the manufacturer or producer of goods not sold includes any use whatever that such manufacturer or producer may make of such goods, and is wide enough to cover their "use" for advertising purposes by the distribution of them as free samples, as is the case here.

¹³ [1983] 2 S.C.R. 493, at p. 509.

¹⁴ [1931] S.C.R. 494, at pp. 496-497.

¹⁵ *Supra* note 10, the identical predecessor of s. 28(1)(d) of the *Excise Tax Act*.

de leur producteur, de sorte que le législateur aurait encore une fois échoué à la tâche.

L'avocat de la demanderesse invoque l'arrêt *Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*¹³ de la Cour suprême selon lequel, pour porter atteinte aux droits d'un administré, «le législateur [doit le faire] de façon expresse». J'estime que, dans la présente affaire, le législateur prévoit expressément la situation dans laquelle se trouve la demanderesse.

Je suis donc d'avis que, en établissant la «valeur» en application du paragraphe 28(1), le ministre a déterminé, dans les faits, un «prix de vente» aux fins de l'application de la taxe prévue au paragraphe 27(1).

«Usage» par la demanderesse

Tel que mentionné précédemment, la présente affaire ne porte que sur les 85 % d'annuaires que la demanderesse a distribués aux abonnés de son service téléphonique. La demanderesse soutient que ce sont les abonnés, et non l'entreprise, qui ont fait usage de ces annuaires.

Il appert selon moi que la jurisprudence reconnaît depuis longtemps qu'un fabricant ou producteur peut, dans certains cas, faire «usage» de marchandises en les donnant. Dans *The King v. Wampole (Henry K.) & Co. Ltd.*¹⁴, la Cour suprême devait se prononcer sur la question de savoir si on pouvait considérer que le fabricant de préparations pharmaceutiques qui remettait des échantillons gratuits aux médecins et aux pharmaciens faisait «usage» de ses médicaments au sens de l'alinéa 87d) de la *Loi spéciale des revenus de guerre*¹⁵. Le juge en chef Anglin conclut ce qui suit:

[TRADUCTION] J'étais, lors de l'instruction de l'appel, tout à fait d'avis que les marchandises en question étaient assujetties à la taxe qu'on voulait percevoir en l'espèce. J'interprète le terme «usage» de la clause d) de l'article 87, usage par le fabricant ou producteur des marchandises invendues, comme incluant tout usage quel qu'il soit que ce producteur ou fabricant peut faire de ces marchandises; le terme est d'une acception suffisamment large pour couvrir leur «usage» à des fins

¹³ [1983] 2 R.C.S. 493, à la p. 509.

¹⁴ [1931] R.C.S. 494, aux p. 496 et 497.

¹⁵ *Supra*, note 10, la disposition identique correspondant à l'art. 28(1)d) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

While the particular situation dealt with there has long since been provided for through statutory amendments, the principle seems to me to be universal. I believe that an important factor in determining that the producer “uses” his product is that he turns it to his own benefit even though not selling it. That is clearly the situation of the plaintiff with respect to the directories it gives to its subscribers. In the first place, as stipulated in the agreed statement of facts, the plaintiff is obliged by its licensing authority, the CRTC, to produce and so distribute these directories. If that is the condition of its operation as a telephone company then it is clearly serving its own purposes in making the directories available. Secondly, it is not disputed that the distribution of directories makes the plaintiff’s service much more attractive to potential customers and increases the use of its system. I think we can assume that there would be far less demand for telephone hook-ups if subscribers did not have ready access to the telephone numbers of dozens of businesses, friends, and acquaintances with whom they wish to be in contact. I think I can also take judicial note of the fact that were there not such directories in the hands of subscribers, the telephone company would have to provide information services whereby people could phone to get the numbers wanted and even with automation this would have to be a major burden on the company.

It cannot be denied, I think, that subscribers also “use” these directories. It is they who look up the numbers of businesses or individuals they wish to contact. They may even “use” these directories for purposes never contemplated by the telephone company. But this does not mean that the plaintiff does not “use” the directories within the meaning of the *Excise Tax Act*.

Counsel for the plaintiff sought some support in the language of subparagraph 27(1)(a)(iii) which, in fixing the time when the sales tax is payable on such goods, refers to “the time the goods are appropriated

publicitaires, soit leur distribution comme échantillon gratuit comme c’est le cas ici.

Bien que les faits en cause dans cette affaire soient depuis longtemps prévus par la loi par suite d’une modification législative, le principe dégagé me semble d’application générale. J’estime que l’un des facteurs importants pour déterminer si le producteur fait «usage» de son produit est le fait que l’opération en cause soit effectuée à son propre bénéfice même s’il n’y a pas de vente. Tel est manifestement le cas de la demanderesse lorsqu’elle remet des annuaires à ses abonnés. Premièrement, comme le précise l’exposé conjoint des faits, l’organisme qui régit les activités de la demanderesse, le CRTC, oblige celle-ci à produire et à distribuer des annuaires. S’il s’agit de la condition à laquelle la demanderesse est autorisée à exploiter une entreprise de services téléphoniques, la demanderesse sert donc ses propres intérêts en mettant des annuaires à la disposition de ses abonnés. Deuxièmement, toutes les parties conviennent que la distribution d’annuaires rend les services de la demanderesse plus attrayants vis-à-vis des clients potentiels et accroît le recours à ses services. Je crois que l’on peut tenir pour acquis qu’il y aurait beaucoup moins de demandes d’abonnement au service téléphonique si les abonnés n’avaient pas facilement accès au numéro de téléphone de douzaines d’entreprises, d’amis et de connaissances avec lesquels ils souhaitent communiquer. Je crois également pouvoir conclure d’office que si les abonnés ne recevaient pas d’annuaires, l’entreprise devrait mettre sur pied un service que les abonnés pourraient joindre afin d’obtenir un numéro donné et, même si ce service était automatisé, il lui infligerait un lourd fardeau.

On ne saurait nier, selon moi, que les abonnés font également «usage» des annuaires. En effet, ils y cherchent le numéro de téléphone des personnes physiques ou morales qu’ils désirent joindre. Ils peuvent même faire «usage» des annuaires de manières que l’entreprise de services téléphoniques n’avait pas prévues. Toutefois, il ne s’ensuit pas que la demanderesse ne fait pas «usage» des annuaires au sens de la *Loi sur la taxe d’accise*.

L’avocat de la demanderesse s’appuie en partie sur le libellé du sous-alinéa 27(1)(a)(iii) qui, pour préciser le moment où la taxe est payable à l’égard des marchandises en cause, renvoie à «l’époque où il [le pro-

for use". Counsel sought to establish by a dictionary definition that "appropriated" must refer to personal use and not by provision of the directories for the use of others. But the dictionary relied upon by the plaintiff also recognizes one meaning of the verb "appropriate" as being "[t]o assign to a special purpose".¹⁶ In ordinary language it is said that Parliament "appropriates" funds for various purposes. This does not imply that Members of Parliament use the funds themselves. The language of the statute here is "appropriated for use" and I see nothing to preclude that describing the plaintiff supplying directories to its subscribers, in part for the benefit of the subscribers but in part for the company's own benefit in enabling it to comply with the law and to enhance the market for its services.

Counsel cited other provisions in the *Excise Tax Act* where in other circumstances "use" seems to have a more limited meaning. I think those provisions must be looked at in their own particular context. Also counsel cited jurisprudence involving other taxing statutes, some of them provincial, where the meaning of "use" has been considered. Having looked at those cases I do not find them very helpful in interpreting the specific provisions of the *Excise Tax Act* in question here.

I therefore conclude that the plaintiff did "use" all of the directories produced by it, including the 85% which were provided by it to its subscribers.

Disposition

The plaintiff having lost with respect to both issues, the appeal against the Minister's determination must be dismissed with costs.

ducteur] affecte les marchandises à son usage». L'avocat tente d'établir, à l'aide du dictionnaire, que le mot «affecte» (*appropriated*) renvoie à un usage personnel et non à la remise d'annuaires destinés à l'usage d'autrui. Or, le dictionnaire utilisé par la demanderesse prévoit également, à la définition du verbe «*appropriate*» (affecter), le fait de [TRADUCTION] «destiner à un usage déterminé»¹⁶. On dit couramment que le Parlement «affecte» des fonds à diverses fins. Pourtant, cela ne signifie pas que les députés utilisent eux-mêmes les fonds. La disposition législative applicable en l'espèce prévoit que le producteur «affecte [les marchandises] à son usage». Je ne vois donc rien qui puisse empêcher que cette expression englobe le fait, pour la demanderesse, de fournir des annuaires à ses abonnés, en partie au bénéfice de ceux-ci et en partie à son propre bénéfice, et ce, afin de se conformer à la loi et d'accroître sa part du marché pour ses services.

L'avocat cite d'autres dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise* où, dans des circonstances différentes, le terme «usage» semble avoir une portée plus restreinte. Je suis d'avis que ces dispositions doivent être examinées dans leur propre contexte. Par ailleurs, l'avocat invoque certains arrêts de jurisprudence relatifs à d'autres lois fiscales, notamment au palier provincial, où les tribunaux se penchent sur le sens du mot «usage». Néanmoins, après avoir pris connaissance de ces arrêts, je ne crois pas qu'ils soient d'une grande utilité aux fins d'interpréter les dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise* qui sont en cause en l'espèce.

J'en arrive donc à la conclusion que la demanderesse a fait «usage» de tous les annuaires qu'elle a produits, y compris la tranche de 85 % destinée à ses abonnés.

Dispositif

La demanderesse étant déboutée quant aux deux questions, l'appel de la décision du ministre doit être rejeté avec dépens.

¹⁶ *Shorter Oxford English Dictionary*, 3d ed., vol. 1.

¹⁶ *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., vol. 1.

A-627-91

A-627-91

Thomas J. Lipton Inc. (Appellant)**Thomas J. Lipton Inc. (appelante)**

v.

c.

Ault Foods Ltd./Les Aliments Ault Ltée and the Registrar of Trade-marks (Respondents)**^a Ault Foods Ltd./Les Aliments Ault Ltée et le registraire des marques de commerce (intimés)***INDEXED AS: AULT FOODS LTD. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (C.A.)**^b RÉPERTORIÉ: ALIMENTS AULT LTÉE c. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (C.A.)*

Court of Appeal, MacGuigan, Linden and Robertson JJ.A.—Toronto, November 27; Ottawa, December 1, 1992.

Cour d'appel, juges MacGuigan, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 27 novembre; Ottawa, 1^{er} décembre 1992.

Trade marks — Registration — Opposition — Appeal from trial judgment directing Registrar to consider request to extend time to file opposition — Due to bureaucratic bungling, timely request for extension of time to oppose trade mark not reaching Opposition area before trade mark allowed as unopposed — Trade-marks Act, s. 39 requiring Registrar to allow application for registration if not opposed and time for filing statement of opposition expired — No opposition or opposition decided in favour of applicant essential precondition to allowance under s. 39 — Silverwood Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks, holding no statutory power to rescind Registrar's erroneous decision, overruled.

^c Marques de commerce — Enregistrement — Opposition — Appel interjeté d'un jugement de première instance enjoignant d'examiner la requête en prorogation du délai imparti pour déposer une opposition — En raison d'une maladresse bureaucratique, la requête en prorogation du délai imparti pour faire opposition à une marque de commerce, introduite à temps, n'est parvenue au service des oppositions qu'après que la marque de commerce eut été admise parce qu'elle ne faisait l'objet d'aucune opposition. — L'art. 39 de la Loi sur les marques de commerce exige du registraire qu'il admette une demande d'enregistrement si elle n'a pas été l'objet d'une opposition et que le délai prévu pour la production d'une déclaration d'opposition soit expiré — L'inexistence d'une opposition ou l'existence d'une opposition décidée en faveur du requérant est une condition préalable à l'admission prévue à l'art. 39 — La décision Silverwood Industries Ltd. c. Le registraire des marques de commerce, où il a été statué qu'aucun texte n'autorisait à annuler une décision erronée du registraire, est écartée.

This was an appeal from an order of Rouleau J. quashing the decision of the Registrar of Trade Marks and requiring him to consider the request for an extension of time to file a statement of opposition. The appellant filed an application to register "I can't believe it's not butter" as a trade mark. One day prior to the expiry of the 30-day limitation period for the filing of statements of opposition, the Toronto District Office of the Department of Consumer and Corporate Affairs received a letter from an agent of the respondent requesting a three-month extension of time for filing a statement of opposition. Due to inexcusable bureaucratic bungling, this letter was not brought to the Registrar's attention until after the application had been allowed as unopposed. The issue was the meaning of *Trade-marks Act*, subsection 39(1) which provides that when an application for registration of a trade mark has not been opposed and the time for filing a statement of opposition has expired, the Registrar shall allow it.

^d Appel est interjeté de l'ordonnance par laquelle le juge Rouleau a annulé la décision du registraire des marques de commerce, et lui a enjoint d'examiner la requête en prorogation du délai imparti pour produire une déclaration d'opposition. L'appelante a déposé une demande d'enregistrement de l'expression «I can't believe it's not butter» comme marque de commerce. La veille de l'expiration du délai de trente jours prévu pour la production des déclarations d'opposition, le bureau de district de Toronto du ministère de la Consommation et des Affaires commerciales a reçu d'un mandataire de l'intimée une lettre demandant la prorogation de trois mois du délai de production d'une déclaration d'opposition. En raison d'une maladresse bureaucratique inexcusable, cette lettre n'a été portée à l'attention du registraire qu'après que la demande eut été admise parce qu'elle ne faisait l'objet d'aucune opposition. Le point litigieux porte sur le sens du paragraphe 39(1) de la Loi sur les marques de commerce, qui prévoit que lorsqu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce n'a pas été l'objet d'une opposition et que le délai prévu pour la production d'une déclaration d'opposition est expiré, le registraire l'admet aussitôt.

Held, the appeal should be dismissed.*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

The use of "has not been opposed" in subsection 39(1), and the case law indicates that it is a precondition to the allowance of an application for registration that there has been no opposition, or that an opposition has been decided in favour of the applicant. In this context, there is no distinction between a completed opposition and a notice of intention to oppose coupled with a request for an extension. Extensions of time are permitted by subsection 47(1), and are expressly provided for, even on an out-of-time basis, by subsection 47(2). The opposition herein was not out-of-time, but even if it had been, the Registrar may not proceed to allowance before first dealing with outstanding applications for extension of time for opposition. The Registrar's office must be organized so as to ensure that he has actual knowledge of every opposition or request for extension before allowance. On the basis of fairness, the respondent had a right to have its application for an extension of time considered by the Registrar before his decision on allowance of the trade mark.

Silverwood Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks, wherein it was held that there was no power to rescind or vary the Registrar's decision because of error or other reasons, had to be overruled.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 38, 39, 47, 57.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1 (Eng.); 15 C.R. (3d) 315 (Fr.); 30 N.R. 119; *Rust-Oleum Corp. v. Reg. T.M.* (1986), 8 C.I.P.R. 1; 9 C.P.R. (3d) 271; 3 F.T.R. 113 (F.C.T.D.); *Centennial Grocery Brokers Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1972] F.C. 257; (1972), 5 C.P.R. (2d) 235 (T.D.); *Max Factor & Co. v. Registrar of Trade Marks* (1982), 60 C.P.R. (2d) 158 (F.C.T.D.); *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164; (1985), 20 D.L.R. (4th) 641; [1985] 6 W.W.R. 147; 36 Man. R. (2d) 215; 18 Admin. L.R. 59; 31 M.P.L.R. 1; 61 N.R. 321; 37 R.P.R. 101; *Tabi International Inc. v. Reg. of Trade Marks* (1987), 17 C.I.P.R. 265; 17 C.P.R. (3d) 572; 14 F.T.R. 158 (F.C.T.D.); *Uniroyal Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1987] 2 F.C. 124; (1986), 12 C.P.R. (3d) 376; 7 F.T.R. 149 (T.D.); *Fruit of the Loom, Inc. v. Registrar of Trade Marks et al.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 381; 7 F.T.R. 239 (F.C.T.D.).

Il ressort de l'emploi de l'expression «n'a pas été l'objet d'une opposition» figurant au paragraphe 39(1), et de la jurisprudence, que c'est une condition préalable à l'admission d'une demande d'enregistrement que celle-ci n'ait fait l'objet d'aucune opposition ou qu'une opposition ait été décidée en faveur du requérant. Dans ce contexte, il n'existe aucune distinction entre l'opposition proprement dite et l'avis de l'intention de faire opposition accompagné d'une demande de prorogation. Les prolongations de délai sont permises par le paragraphe 47(1), et elles sont expressément prévues par le paragraphe 47(2), même après l'expiration du délai fixé ou prolongé. L'opposition en l'espèce n'a pas été faite en dehors du délai, mais, même si c'était le cas, le registraire ne peut procéder à l'admission avant de se prononcer au préalable sur les demandes pendantes de prorogation du délai imparti pour faire opposition. Le bureau du registraire doit s'organiser de manière à ce que celui-ci ait réellement connaissance de toute opposition ou demande de prorogation avant de procéder à l'admission. Sur le plan de l'équité, l'intimé était en droit de faire examiner sa demande de prorogation de délai par le registraire avant qu'il ne décide d'admettre la marque de commerce.

La décision *Silverwood Industries Ltd. c. Le registraire des marques de commerce*, où il a été statué qu'aucun texte n'autorisait à annuler ou à modifier la décision du registraire pour cause d'erreur ou autre, doit être écartée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 38, 39, 47, 57.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1 (angl.); 15 C.R. (3d) 315 (fr.); 30 N.R. 119; *Rust-Oleum Corp. c. Registraire des marques de commerce* (1986), 8 C.I.P.R. 1; 9 C.P.R. (3d) 271; 3 F.T.R. 113 (C.F. 1^{re} inst.); *Centennial Grocery Brokers Ltd. c. Le registraire des marques de commerce*, [1972] C.F. 257; (1972), 5 C.P.R. (2d) 235 (1^{re} inst.); *Max Factor & Co. c. Registraire des marques de commerce* (1982), 60 C.P.R. (2d) 158 (C.F. 1^{re} inst.); *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164; (1985), 20 D.L.R. (4th) 641; [1985] 6 W.W.R. 147; 36 Man. R. (2d) 215; 18 Admin. L.R. 59; 31 M.P.L.R. 1; 61 N.R. 321; 37 R.P.R. 101; *Tabi International Inc. c. Registraire des marques de commerce* (1987), 17 C.I.P.R. 265; 17 C.P.R. (3d) 572; 14 F.T.R. 158 (C.F. 1^{re} inst.); *Uniroyal Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1987] 2 C.F. 124; (1986), 12 C.P.R. (3d) 376; 7 F.T.R. 149 (1^{re} inst.); *Fruit of the Loom, Inc. c. Registraire des marques de*

OVERRULED:

Silverwood Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks, [1981] 2 F.C. 428; (1980), 65 C.P.R. (2d) 169 (T.D.). ^a

CONSIDERED:

Fjord Pacific Marine Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks, [1975] F.C. 536; (1975), 20 C.P.R. (2d) 108 (T.D.). ^b

REFERRED TO:

In re Schmitz, [1972] 1 F.C. 1351; (1972), 31 D.L.R. (3d) 117 (Cit. App. Ct.); *Professional Institute of the Public Service v. Treasury Board*, [1977] 1 F.C. 304 (T.D.); *Re Germain and Malouin et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 659 (F.C.T.D.); *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Lokeka v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1986), 6 F.T.R. 85 (F.C.T.D.). ^d

AUTHORS CITED

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed., 1988.

APPEAL from order (*Ault Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*) (1991), 36 C.P.R. (3d) 499; 48 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)) quashing Registrar of Trade Marks decision and requiring consideration of request for extension of time to file statement of opposition. Appeal dismissed. ^f

COUNSEL:

W. Ian Binnie, Q.C. and *William H. Richardson* ^g
for appellant.
Douglas N. Deeth for respondent Ault Foods Ltd./Les Aliments Ault Ltée.
No one appearing for respondent Registrar of Trade Marks. ^h

SOLICITORS:

McCarthy, Tétrault, Toronto, for appellant. ⁱ
Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for respondent Ault Foods Ltd./Les Aliments Ault Ltée.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Registrar of Trade Marks.

The following are the reasons for judgment rendered in English by ^j

commerce et autre (1986), 12 C.P.R. (3d) 381; 7 F.T.R. 239 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION ÉCARTÉE:

Silverwood Industries Ltd. c. Le registraire des marques de commerce, [1981] 2 C.F. 428; (1980), 65 C.P.R. (2d) 169 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Fjord Pacific Marine Industries Ltd. c. Le registraire des marques de commerce, [1975] C.F. 536; (1975), 20 C.P.R. (2d) 108 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

In re Schmitz, [1972] C.F. 1351; (1972), 31 D.L.R. (3d) 117 (C.A. Cit.); *L'Institut professionnel du Service public c. Le Conseil du Trésor*, [1977] 1 C.F. 304 (1^{re} inst.); *Re Germain et Malouin et autres* (1977), 80 D.L.R. (3d) 659 (C.F. 1^{re} inst.); *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Lokeka c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autre* (1986), 6 F.T.R. 85 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed., 1988.

APPEL d'une ordonnance (*Aliments Ault Ltée c. Canada (Registraire des marques de commerce)*) (1991), 36 C.P.R. (3d) 499; 48 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)) annulant une décision du registraire des marques de commerce et enjoignant d'examiner la requête en prorogation du délai imparti pour produire une déclaration d'opposition. Appel rejeté.

AVOCATS:

W. Ian Binnie, c.r. et *William H. Richardson*
pour l'appelante.
Douglas N. Deeth pour l'intimée Ault Foods Ltd./Les Aliments Ault Ltée.
Personne n'a comparu pour l'intimé le registraire des marques de commerce.

PROCUREURS:

McCarthy, Tétrault, Toronto, pour l'appelante.
Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour l'intimée Ault Foods Ltd./Les Aliments Ault Ltée.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le registraire des marques de commerce.

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

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal from an order of Rouleau J. on June 20, 1991, reported at (1991), 36 C.P.R. (3d) 499 (F.C.T.D.), *sub nom. Ault Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, by which the learned Trial Judge quashed by way of *certiorari* a decision of the Registrar of Trade Marks ("the Registrar") and issued a writ of *mandamus* directing the Registrar to consider the respondent's request for an extension of time in which to file a statement of opposition.¹

The relevant provisions of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 ("the Act"), are as follows:

38. (1) Within one month from the advertisement of an application for the registration of a trade-mark, any person may, on payment of the prescribed fee, file a statement of opposition with the Registrar.

39. (1) When an application for the registration of a trade-mark either has not been opposed and the time for the filing of a statement of opposition has expired or it has been opposed and the opposition has been decided finally in favour of the applicant, the Registrar thereupon shall allow it.

(2) The Registrar shall not extend the time for filing a statement of opposition with respect to any application that has been allowed.

47. (1) If, in any case, the Registrar is satisfied that the circumstances justify an extension of the time fixed by this Act or prescribed by the regulations for the doing of any act, he may, except as in this Act otherwise provided, extend the time after such notice to other persons and on such terms as he may direct.

(2) An extension applied for after the expiration of the time fixed for the doing of an act or the time extended by the Registrar under subsection (1) shall not be granted unless the prescribed fee is paid and the Registrar is satisfied that the failure to do the act or apply for the extension within that time or the extended time was not reasonably avoidable.

57. (1) The Federal Court has exclusive original jurisdiction, on the application of the Registrar or of any person interested, to order that any entry in the register be struck out or amended

¹ The Registrar advised the parties that he took no position and would not be appearing on the appeal. Accordingly, the only actual respondent was Ault Foods Ltd., and I use the term «respondent» accordingly.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Appel est interjeté d'une ordonnance rendue par le juge Rouleau le 20 juin 1991, publiée dans (1991), 36 C.P.R. (3d) 499 (C.F. 1^{re} inst.) sous l'intitulé *Aliments Ault Ltée c. Canada (Registraire des marques de commerce)*. Dans cette ordonnance, le juge de première instance a annulé par voie de *certiorari* une décision du registraire des marques de commerce («le registraire»), et il a décerné un bref de *mandamus* enjoignant à celui-ci d'examiner la requête de l'intimé tendant à l'obtention d'une prorogation du délai de dépôt d'une déclaration d'opposition¹.

Les dispositions applicables de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 («la Loi») sont ainsi rédigées:

38. (1) Toute personne peut, dans le délai d'un mois à compter de l'annonce de la demande, et sur paiement du droit prescrit, produire au bureau du registraire une déclaration d'opposition.

39. (1) Lorsqu'une demande n'a pas été l'objet d'une opposition et que le délai prévu pour la production d'une déclaration d'opposition est expiré, ou lorsqu'une demande a fait l'objet d'une opposition et que celle-ci a été définitivement décidée en faveur du requérant, le registraire l'admet aussitôt.

(2) Le registraire ne peut proroger le délai accordé pour la production d'une déclaration d'opposition à l'égard d'une demande admise.

47. (1) Si, dans un cas donné, le registraire est convaincu que les circonstances justifient une prolongation du délai fixé par la présente loi ou prescrit par les règlements pour l'accomplissement d'un acte, il peut, sauf disposition contraire de la présente loi, prolonger le délai après l'avis aux autres personnes et selon les termes qu'il lui est loisible d'ordonner.

(2) Une prorogation demandée après l'expiration de pareil délai ou du délai prolongé par le registraire en vertu du paragraphe (1) ne peut être accordée que si le droit prescrit est acquitté et si le registraire est convaincu que l'omission d'accomplir l'acte ou de demander la prorogation dans ce délai ou au cours de cette prorogation n'était pas raisonnablement évitable.

57. (1) La Cour fédérale a une compétence initiale exclusive, sur demande du registraire ou de toute personne intéressée, pour ordonner qu'une inscription dans le registre soit bif-

¹ Le registraire a informé les parties qu'il ne prenait pas position et qu'il ne comparaitrait pas dans l'appel. En conséquence, la seule véritable partie intimée était Ault Foods Ltd., et j'utilise en conséquence le terme «intimé».

on the ground that at the date of the application the entry as it appears on the register does not accurately express or define the existing rights of the person appearing to be the registered owner of the mark.

I

The appellant filed an application for the trade mark "I can't believe it's not butter" on November 9, 1989, based on proposed use in association with a vegetable oil spread, and it was advertised in the *Canadian Trade Marks Journal* on August 29, 1990.

By letter addressed to the Registrar and dated September 28, 1990, and received the same day by the Toronto District Office of the Department of Consumer and Corporate Affairs (one day prior to the expiry of the 30-day limitation period for the filing of statements of opposition in section 38 of the Act), an agent of the respondent requested a three-month extension of time for the filing of a statement of opposition. The appellant raised two contentions with respect to this letter: that it indicated no clear intention to file a statement of opposition and that it was not properly served upon the Registrar.

The relevant part of the text of this letter to the Registrar is as follows (Appeal Book, at page 10):

We respectfully request an extension of time of three months (to December 29, 1990) to oppose the within application. The undersigned requires the additional time to review the file history and to seek instructions from the opponent.

Because the three-month extension of time was requested "to oppose the within application", I interpret the letter as a clear indication of an intention to oppose. I do not consider the instructions to be sought from the prospective opponent as relating to whether or not to oppose, but rather as having to do with the phrasing of the opposition. Of course, the respondent could always decide not to proceed, but it could also do so even if the letter had contained an actual statement of opposition rather than a request for an extension. The Court must be guided by the intention as expressed at the time.

fée ou modifiée, parce que, à la date de cette demande, l'inscription figurant au registre n'exprime ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit de la marque.

a

I

Le 9 novembre 1989, l'appelante a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce «*I can't believe it's not butter*», sur la base d'un emploi projeté en liaison avec une pâte à tartiner à base d'huile végétale, et cette demande a été annoncée dans le *Journal des marques de commerce canadien* le 29 août 1990.

c

Par lettre adressée au registraire et datée du 28 septembre 1990, qu'a reçue le même jour le bureau de district de Toronto du ministère de la Consommation et des Affaires commerciales (la veille de l'expiration du délai de trente jours prévu par l'article 38 de la Loi pour le dépôt des déclarations d'opposition), un mandataire de l'intimée a demandé la prorogation de trois mois du délai pour le dépôt de la déclaration d'opposition. L'appelante a soulevé deux points pour ce qui est de cette lettre: celle-ci n'a révélé aucune intention claire de déposer une déclaration d'opposition et elle n'a pas dûment été signifiée au registraire.

d

La partie pertinente du texte de cette lettre adressée au registraire est ainsi rédigée (Dossier d'appel, à la page 10):

[TRADUCTION] Nous sollicitons respectueusement une prorogation de trois mois (jusqu'au 29 décembre 1990) à l'égard de l'opposition à la demande dont il s'agit. Le soussigné a besoin du délai additionnel pour examiner les faits du dossier et pour demander des instructions à l'opposant.

g

Puisque la prorogation de trois mois a été demandée «à l'égard de l'opposition à la demande dont il s'agit», j'interprète la lettre comme dénotant une claire intention de faire opposition. Je ne considère pas les instructions à obtenir de l'opposante éventuelle comme se rapportant à la question de savoir s'il y a lieu de faire opposition ou non, mais plutôt comme ayant trait à l'expression de l'opposition. Bien entendu, l'intimée pouvait toujours décider de ne pas agir, mais elle pouvait également le faire même si la lettre avait contenu une déclaration d'opposition réelle plutôt qu'une demande de prorogation de délai. La Cour doit se laisser guider par l'intention exprimée à l'époque.

h

i

j

As for the delivery, it was common ground that the Registrar's Office is a part of the Department of Consumer and Corporate Affairs in Ottawa, and that the Registrar has no separate Toronto location. The letter of September 28 was addressed to the Registrar and was accepted by the Department in Toronto. It was in fact received by the Trade Marks Office in Ottawa on October 3, payment of the accompanying \$50 fee was processed on October 22, and the letter was reviewed on October 23. At no time did the Registrar raise any issue as to improper delivery, and I can conclude only that the Registrar constructively received the letter, through the good offices of the government department with which he is associated, on September 28, 1990.

Despite the fact that the request for an extension of time was thus received on September 28 and reviewed on October 23, it did not come to the attention of the person within the office making the decision as to the allowance of the trade mark before the decision to that effect on October 26. Subsequently, on November 23, 1990, the respondent received a letter from the Chairman of the Trade Marks Opposition Board as follows (Appeal Book, at page 11):

Receipt is acknowledged of your letter dated September 28, 1990 requesting an extension of time within which to oppose application No. 643,903.

Unfortunately, your letter did not reach the Opposition area until after the above-referenced application had proceeded to allowance. A photocopy of the Office letter of October 26, 1990 is enclosed for your information.

In view of the decisions of the Federal Court of Canada in *Silverwood Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks* (1980), 65 C.P.R. (2d) 169 and *Uniroyal Ltd. v. Registrar of Trade Marks* (1986), 12 C.P.R. (3d) 376, I am unable to consider your request for an extension of time.

The \$50 fee enclosed with your letter will be refunded in due course.

The upshot is that by an inexcusable and apparently not unprecedented bureaucratic bungle the Registrar allowed a trade mark on the basis that it was unopposed without having taken account of a request for an extension of time to oppose it. In such circumstances, who should bear the loss—apart from the

Quant à la signification, il est constant que le bureau du registraire fait partie du ministère de la Consommation et des Affaires commerciales à Ottawa, et que le registraire n'a pas de locaux distincts à Toronto. La lettre du 28 septembre a été adressée au registraire et c'est le Ministère à Toronto qui l'a acceptée. Elle a en fait été reçue par le Bureau des marques de commerce à Ottawa le 3 octobre, les droits de 50 \$ qui l'accompagnaient ont été encaissés le 22 octobre, et la lettre a été examinée le 23 octobre. Le registraire n'a, à aucun moment, soulevé la question de la signification irrégulière, et je peux seulement conclure que le registraire a, par induction, reçu la lettre, par l'entremise du Ministère auquel il est affilié, le 28 septembre 1990.

Malgré le fait que la demande de prorogation de délai a ainsi été reçue le 28 septembre et examinée le 23 octobre, elle n'a pas été portée à l'attention de la personne du bureau habilitée à admettre la marque de commerce avant la décision à cet égard le 26 octobre. Par la suite, le 23 novembre 1990, l'intimée a reçu une lettre du président de la Commission des oppositions des marques de commerce (Dossier d'appel, à la page 11):

[TRADUCTION] Nous accusons réception de votre lettre en date du 28 septembre 1990 demandant une prorogation du délai imparti pour faire opposition à la demande portant le n° 643,903.

Malheureusement, votre lettre n'est parvenue au service des oppositions qu'après que la demande susmentionnée eut été admise. Veuillez trouver ci-joint, à titre d'information, photocopie de la lettre en date du 26 octobre 1990.

Compte tenu des décisions rendues par la Cour fédérale du Canada dans les affaires *Silverwood Industries Ltd. c. Registraire des marques de commerce* (1980), 65 C.P.R. (2d) 169 et *Uniroyal Ltd. c. Registraire des marques de commerce* (1986), 12 C.P.R. (3d) 376, je ne peux prendre en considération votre demande de prorogation de délai.

Les droits de 50 \$ joints à votre lettre seront remboursés en temps utile.

Il en résulte que, par une maladresse bureaucratique inexcusable et apparemment pas sans précédent, le registraire a admis une marque de commerce en tenant pour acquis qu'elle ne faisait pas l'objet d'une opposition sans avoir tenu compte d'une demande de prorogation du délai imparti pour y faire opposition.

Registrar, whose liability, if any, may fall to be decided in subsequent proceedings?

Dans ces circonstances, qui devrait subir la perte—à part le registraire, dont la responsabilité, s'il en est, sera peut-être établie dans des procédures ultérieures?

II

a

Although the November 24 letter to the respondent does not so indicate, the Trial Division precedents appear to be in disagreement as to the appropriate result.

II

b

Bien que la lettre du 23 novembre adressée à l'intimée ne l'indique pas, les précédents de la Section de première instance semblent en désaccord quant au résultat approprié.

In *Silverwood Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1981] 2 F.C. 428 (T.D.), where a prospective registrant had brought an application for a *mandamus* against the Registrar, the Trial Judge said (at pages 428-429):

c

Dans l'affaire *Silverwood Industries Ltd. c. Le registraire des marques de commerce*, [1981] 2 C.F. 428 (1^{re} inst.), où un titulaire éventuel de l'enregistrement avait présenté une demande de *mandamus* contre le registraire des marques de commerce, le juge de première instance s'est prononcé en ces termes (aux pages 428 et 429):

I cannot accept the submission that a request for an extension of time must be taken to be the commencement of opposition proceedings. A request of that kind may be granted or refused.

d

Je ne saurais convenir que le dépôt d'une requête en prorogation de délai équivaut à l'ouverture de la procédure d'opposition. Une telle requête peut être accueillie ou rejetée.

Here the request was not acted upon until far too late. At that time subsection 38(2) [now subsection 39(2)], unfortunately, came into play. There is no power, as in some statutes such as the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48], to rescind or vary because of error or other reasons, a decision previously made by the Registrar of Trade Marks.

e

En l'espèce, la requête ne fut instruite que trop tard, au moment où, malheureusement, le paragraphe 38(2) [devenu le paragraphe 39(2)] est déjà entré en jeu. Aucun texte n'autorise à annuler ou à modifier, pour cause d'erreur ou autre, une décision antérieurement rendue par le registraire des marques de commerce, comme cela est possible sous le régime de certaines lois comme la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48].

I hold the decision to allow the application was not a nullity. It stands. The Registrar cannot now purport to permit opposition proceedings by any one of the letters of August 21, 1980, extending the time. He at this stage has no jurisdiction to do so. There will be an order in the nature of prohibition forbidding him to do so.

f

Je conclus que la décision d'admettre la demande n'est pas nulle. Elle demeure valide. Le registraire ne peut, à présent, prétendre autoriser la procédure d'opposition par l'une quelconque des lettres du 21 août 1980 portant prorogation de délai. En cet état de la cause, il n'a plus compétence pour le faire. Une ordonnance de prohibition sera rendue pour le lui interdire.

This is also, in my view, a proper case for relief in the nature of *mandamus*. The Registrar has received the declaration of use requested. Provided that declaration meets the Registrar's requirements, he is required by way of *mandamus* to register the applicant's trade mark, and to issue the appropriate certificate of registration.

g

À mon avis, la présente espèce justifie aussi un recours par voie de *mandamus*. Le registraire a reçu la déclaration d'emploi requise. À condition que cette déclaration satisfasse à ses conditions, il est requis, par voie de *mandamus*, d'enregistrer la marque de commerce de la requérante et de décerner le certificat d'enregistrement en conséquence.

In *Uniroyal Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1987] 2 F.C. 124 (T.D.), a case on all fours with the present case, Rouleau J., on the other hand, distinguished *Silverwood* on the ground that no letter seeking an extension of time had been filed within the prescribed one-month period. He therefore felt free to allow prerogative relief (at pages 129-130):

h

i

j

Dans l'affaire *Uniroyal Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1987] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.), qui correspond à l'espèce, le juge Rouleau a, par contre, fait une distinction avec l'affaire *Silverwood* parce qu'aucune lettre demandant une prorogation de délai n'avait été déposée dans le délai prescrit d'un mois. Il lui était donc loisible d'accorder un recours de prérogative (aux pages 129 et 130):

I am satisfied that the Registrar's decision in these circumstances was purely administrative and he had a duty to act fairly in exercising his powers.

The administrative decision-maker must consider and take into account all relevant factors. Though I am satisfied that the Registrar has no jurisdiction under the *Trade Marks Act* to suspend the application for the allowance of the trade mark, this Court has that discretionary power.

In situations where discretionary powers are exercised without having regard to all relevant facts or where there may be an error on the fact of the record, or there exists a procedural irregularity which eventually had an influence on the final determination made by the decision-maker, the exercise of that discretion should be subject to review by the Court in its supervisory capacity. If the disregard for the facts or the overlooking of some procedure was a relative factor in determining the outcome, the Court, should exercise its discretion and set aside the decision or order.

Rouleau J. followed his own decision in *Uniroyal in Fruit of the Loom, Inc. v. Registrar of Trade Marks et al.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 381 (F.C.T.D.) and in the case at bar. However, his original distinction of *Silverwood* proved to be untenable and he revised it in the present case as follows (at pages 503-504):

Upon rereading the *Silverwood* decision, I note that there is an allusion, albeit cursory, to the letter of request being filed prior to allowance, contrary to my remarks in *Uniroyal*. Nevertheless, I am not satisfied that this would change the conclusion in *Uniroyal*. The Court in *Silverwood* was faced with an application to enforce a statutorily imposed duty under s. 38(2) (now 39(2)) of the Act; it was not concerned with an application by the party filing the opposition to overturn the decision. Collier J. may have hinted at this when he said [at pp. 170-71]:

I see no reason for me to, in effect, say anything about, or to preserve in any way, the right of any other persons. It seems to me the legal consequences will flow from my order. Parties such as McDonald's will have to seek their own advice.

In my opinion, nothing prevents the aggrieved party from seeking to have the decision of the Registrar overturned as having been taken in the absence of relevant factors, *i.e.* a duly filed letter of intent to oppose. I conclude that the decision in *Uniroyal* was therefore correct and is determinative of the present application.

Uniroyal was also followed by Cullen J. in *Tabi International Inc. v. Reg. of Trade Marks* (1987), 17 C.I.P.R. 265 (F.C.T.D.), where the request for an extension of time for opposition was made retroac-

Je suis convaincu que la décision du registraire dans ces circonstances était purement administrative et qu'il avait le devoir d'agir équitablement dans l'exercice de ses pouvoirs.

L'instance décisionnelle administrative doit examiner tous les facteurs pertinents et en tenir compte. Bien que je sois convaincu que le registraire n'a pas le pouvoir aux termes de la *Loi sur les marques de commerce* de suspendre la demande visant à obtenir la marque de commerce, cette Cour possède ce pouvoir discrétionnaire.

Dans les situations où les pouvoirs discrétionnaires sont exercés sans tenir compte de tous les facteurs pertinents ou lorsqu'il peut y avoir une erreur qui ressort au vu du dossier ou lorsqu'il existe une irrégularité dans la procédure qui éventuellement a une influence sur la décision finale de l'instance décisionnelle, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire devrait faire l'objet d'un examen par cette Cour en vertu de son pouvoir de surveillance. Si l'omission de tenir compte des faits ou l'oubli de quelque procédure constituait un facteur relatif dans la décision, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et annuler la décision ou ordonnance.

Le juge Rouleau a suivi sa propre décision *Uniroyal* dans l'affaire *Fruit of the Loom, Inc. c. Registraire des marques de commerce et autre* (1986), 12 C.P.R. (3d) 381 (C.F. 1^{re} inst.) et en l'espèce. Toutefois, la distinction initiale qu'il a faite avec l'affaire *Silverwood* s'est révélée insoutenable et il l'a révisée en l'espèce (aux pages 503 et 504):

Ayant relu la décision *Silverwood*, je note que mention y était faite, quoique superficiellement, du fait que la demande de prorogation était déposée avant l'admission, contrairement à ma conclusion dans *Uniroyal*. Je ne suis pourtant pas convaincu que ce fait changerait la conclusion dans cette dernière décision. Dans *Silverwood*, la Cour était saisie d'un recours en exécution de l'obligation légale découlant du paragraphe 38(2) (devenu depuis le paragraphe 39(2)) de la Loi; elle n'était pas saisie d'une requête de l'opposant en annulation de la décision. Le juge Collier a bien pu y faire allusion par cette observation [aux pages 170 et 171]:

Je ne vois aucune raison de dire quoi que ce soit sur les droits de toute autre personne, ou de les protéger de quelque manière que ce soit. Les conséquences de droit découleront de mon ordonnance. Les parties telles que McDonald's consulteront leurs propres conseillers.

À mon avis, rien n'empêche le plaignant d'agir en annulation de la décision du registraire par ce motif qu'elle a été prise sans connaissance de facteurs pertinents, savoir en l'espèce une lettre déposée en bonne et due forme pour exprimer la volonté d'opposition. Je conclus donc que la décision rendue dans *Uniroyal* était correcte et s'applique en l'espèce.

La décision *Uniroyal* a également été suivie par le juge Cullen dans l'affaire *Tabi International Inc. c. Registraire des marques de commerce* (1987), 17 C.I.P.R. 265 (C.F. 1^{re} inst.), où la requête en proroga-

tively, but before the Registrar had acted on the allowance.

It is, of course, important to note that the *mandamus* granted by the learned Trial Judge did not order the Registrar to grant the extension of time, but only to consider it.

III

The issues, as defined by the appellant, relate to the scope of judicial review and to the correct interpretation of the statute.

In its judicial review contention, the appellant relied upon the following *caveat* from H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 6th ed., 1988, at page 38:

Nevertheless the limits to the court's function in judicial review proceedings must be remembered. The courts review the legality of action; they do not exercise a roving commission to scrutinise and then quash any action or decision of which they disapprove, or which they may feel does injustice to the complainant. Hence the distinction between the role of a court reviewing legality and that of an appellate court hearing an appeal on its merits is most evident.

It seems clear to me that there can be no contest as to the accuracy of this statement. In particular, it is evident that courts may not use the prerogative writs to amend legislation. But once it is accepted that the courts may review even administrative decisions on the basis of fairness (*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602), which is enough for the present case where the respondent's challenge was on the basis of fairness,² the real question in the case at bar becomes one of statutory interpretation. I find the issue of the scope of judicial

² It is therefore unnecessary in the present case to decide if the Registrar's failure to consider the request for an extension of time is a purely administrative or a quasi-judicial decision since the result is the same in either case. It should be noted that in *Fjord Pacific Marine Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1975] F.C. 536 (T.D.) at pp. 539-540, Mahoney J. (as he then was) appears to have held that the granting of an extension of time by the Registrar is amenable to judicial review as a quasi-judicial decision.

tion de délai a été introduite rétroactivement, mais avant que le registraire n'ait procédé à l'admission de la demande.

Bien entendu, il importe de noter que le bref de *mandamus* décerné par le juge de première instance n'a pas enjoint au registraire d'accorder la prorogation de délai demandée, mais qu'il lui a seulement ordonné de prendre en considération cette demande.

III

Les points litigieux, tels qu'ils ont été définis par l'appelante, portent sur la portée du contrôle judiciaire et sur la bonne interprétation de la Loi.

Dans sa prétention relative au contrôle judiciaire, l'appelante s'est appuyée sur l'avertissement fait par H. W. R. Wade dans son ouvrage *Administrative Law*, 6^e éd., 1988, à la page 38:

[TRADUCTION] Néanmoins, il faut se rappeler les limites du rôle du tribunal dans les actions en contrôle judiciaire. Les tribunaux examinent la légalité des actes; ils n'ont pas la liberté de scruter et puis d'infirmier toute action ou décision qu'ils désapprouvent ou qui, selon eux, fait du tort au plaignant. Donc, la distinction entre le rôle d'un tribunal examinant la légalité et celui d'une cour d'appel connaissant du bien-fondé d'un appel est des plus évidentes.

Il me semble clair qu'on ne saurait contester l'exactitude de cet énoncé. En particulier, il est évident que les tribunaux ne peuvent recourir aux brevets de prérogative pour modifier la loi. Mais une fois qu'il est reconnu que les tribunaux peuvent examiner même les décisions administratives pour s'interroger sur leur équité (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Mastqui*, [1980] 1 R.C.S. 602), ce qui suffit en l'espèce où la contestation de l'intimée reposait sur l'équité², la véritable question qui se pose en l'espèce se ramène à la question de l'interprétation des

² En l'espèce, il est donc inutile de décider si l'omission par le registraire d'examiner la demande de prorogation de délai est une décision purement administrative ou quasi judiciaire, puisque le résultat est le même dans l'un et l'autre cas. On devrait noter que dans l'affaire *Fjord Pacific Marine Industries Ltd. c. Le registraire des marques de commerce*, [1975] C.F. 536 (1^{re} inst.), aux p. 539 et 540, le juge Mahoney (tel était alors son titre) semble avoir décidé que l'octroi par le registraire d'une prorogation de délai est susceptible de contrôle judiciaire en tant que décision quasi judiciaire.

review something of a red herring in the present context, since that scope, as I see it, depends upon the meaning of the statute.

In my view, a good starting point is to be found in the *dictum* of Teitelbaum J. in *Rust-Oleum Corp. v. Reg. T.M.* (1986), 8 C.I.P.R. 1 (F.C.T.D.) at page 5, that the Act is to be read as a whole rather than as a series of discrete parts:

No section of the Trade Marks Act is to be interpreted on its own. In order to find the true meaning of any words of a particular section of the Act, it is imperative that all sections of the Act relating, directly or indirectly, to the section to be interpreted must be considered.

Heald J. (as he then was) in *Centennial Grocery Brokers Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1972] F.C. 257 (T.D.), had to deal with whether an applicant for registration could require the Registrar to register his mark without considering an opposition when the notice of application had been filed out-of-time. Heald J. wrote (at pages 259-260):

Applicant here is in effect arguing that the combined effect of section 38(1) and (2) [now 39(1) and (2)] is that the Registrar must allow an application immediately after the time for opposition has expired unless within that time an opposition has been filed or a request for extension has been received.

With deference, I cannot give effect to this argument . . . In the case at bar, the application was made outside the 30 day period and such an application is surely contemplated under the provisions of section 46(2) [now 47(2)]. Fournier J. would seem to agree with this view where he says at page 313:

. . . After the expiration of the time fixed and up to the date on which a registration is allowed, the Registrar, in his discretion, may grant an extension of time, if he is satisfied that the circumstances justify such an extension.

Dr. Fox has dealt with this question in his Second Edition, Volume I, at page 367 as follows:

The meaning of the word "thereupon" contained in section 38(1) and section 39(1) does not necessarily require registration to be effected by the Registrar immediately.

lois. Je constate que la question de la portée du contrôle judiciaire constitue en quelque sorte une diversion dans le présent contexte, puisque cette portée, selon mon interprétation, dépend du sens de la loi.

a À mon avis, il convient au départ d'examiner l'opinion incidente exprimée par le juge Teitelbaum dans l'affaire *Rust-Oleum Corp. c. Registrare des marques de commerce* (1986), 8 C.I.P.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 5; selon cette opinion, la Loi doit être interprétée comme un tout et non comme une série de parties distinctes:

c Aucune disposition de la Loi sur les marques de commerce ne doit être interprétée isolément. Pour trouver la signification exacte des termes d'un article donné de la loi, il est impératif d'examiner toutes les dispositions de la loi ayant un rapport direct ou indirect avec la disposition interprétée.

d Dans l'affaire *Centennial Grocery Brokers Ltd. c. Le registraire des marques de commerce*, [1972] C.F. 257 (1^{re} inst.), le juge Heald (tel était alors son titre) devait se prononcer sur la question de savoir si un demandeur d'enregistrement pouvait exiger du registraire qu'il enregistrait sa marque sans tenir compte d'une opposition lorsque l'avis de la demande n'avait pas été déposé dans le délai imparti. Il s'est exprimé en ces termes (aux pages 259 et 260):

f La requérante en l'espèce soutient en effet que la combinaison des paragraphes (1) et (2) de l'article 38 [maintenant les paragraphes (1) et (2) de l'article 39] a pour effet d'enjoindre au registraire d'admettre aussitôt une demande après l'expiration du délai d'opposition, à moins qu'une opposition ou une requête demandant la prorogation du délai n'ait été produite pendant ce même délai.

h Je ne peux, en toute déférence, dire que cet argument est juste . . . Dans l'affaire qui nous est soumise, la demande a été présentée après l'expiration du délai de 30 jours et, à ce titre, elle relève certainement des dispositions de l'article 46(2) [devenu le paragraphe 47(2)]. Le juge Fournier semble admettre ce point de vue lorsqu'il déclare à la page 313:

[TRADUCTION] . . . Après l'expiration du délai fixé et jusqu'à la date d'admission d'un enregistrement, le registraire peut, à sa discrétion, accorder une prorogation du délai s'il est convaincu que les circonstances la justifient.

Le Dr Fox a étudié cette question dans la seconde édition de son volume I, à la page 367:

[TRADUCTION] La signification du terme « aussitôt » contenu aux articles 38(1) et 39(1) n'implique pas nécessairement que le registraire doive procéder immédiatement à l'enregistrement.

This view was followed by Jerome A.C.J. in *Max Factor & Co. v. Registrar of Trade Marks* (1982), 60 C.P.R. (2d) 158 (F.C.T.D.) at pages 160-161:

[T]he applicant's main premise on this application [was] that by virtue of s. 38(1) [now s. 39(1)], the Registrar, was at the moment of his refusal of the requested extension of time, under a statutory duty to "thereupon" allow the application.

In the circumstances of this case, I cannot conceive that this application could ever be considered by the Registrar to be unopposed, which obviously is one of the essential elements of s. 38(1) [now s. 39(1)].

In the light both of the statutory wording ("has not been opposed") and of the authorities, I interpret subsection 39(1) to mean that it is an essential precondition of the Registrar's allowing an application for registration that there has been no opposition (or, of course, alternatively, that an opposition has been decided in favour of the applicant).

I can make no distinction in this context between a completed opposition and a notice of intention to oppose coupled with a request for an extension. Extensions of time are not only provided for by subsection 47(1), but are expressly provided for even on an out-of-time basis by subsection 47(2). On my view of the facts there is nothing out-of-time in the opposition in the present case. Even if there were, *Centennial Grocery* and *Tabi* establish that the Registrar may not proceed to allowance before first dealing with outstanding applications for extension of time for opposition. Obviously, the Registrar's office must be organized in such a way as to ensure that he has actual knowledge of every opposition or request for extension before allowance, but in this age of computerization that should be seen as an easily performed duty rather than as an onerous one. Even a more primitive system properly carried out could hardly fail to alert the Registrar in time.

Le juge en chef adjoint Jerome a fait sien ce point de vue dans l'affaire *Max Factor & Co. c. Registrataire des marques de commerce* (1982), 60 C.P.R. (2d) 158 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 160 et 161:

[L]a prémisses principale de la requérante au sujet de cette demande [était] qu'en vertu du paragraphe 38(1) [devenu le paragraphe 39(1)], le registraire, au moment où il refusait la demande de prorogation de délai, avait l'obligation légale de l'admettre « aussitôt ».

Dans les circonstances de la présente affaire, je ne peux pas concevoir que le registraire ait jamais pu considérer que cette demande ne faisait pas l'objet d'une opposition, ce qui, à l'évidence, est l'un des éléments essentiels du paragraphe 38(1) [devenu le paragraphe 39(1)].

À la lumière de la formulation de la Loi (« n'a pas été l'objet d'une opposition ») et de la jurisprudence, j'interprète le paragraphe 39(1) comme signifiant que c'est une condition préalable à l'admission par le registraire d'une demande d'enregistrement que celle-ci n'ait fait l'objet d'aucune opposition (ou, bien entendu, subsidiairement, qu'une opposition ait été décidée en faveur du requérant).

Je ne peux faire dans ce contexte aucune distinction entre l'opposition proprement dite et l'avis de l'intention de faire opposition accompagné d'une demande de prorogation. Non seulement les prolongations de délai sont prévues par le paragraphe 47(1), mais elles sont expressément prévues, même après l'expiration du délai fixé ou prolongé, par le paragraphe 47(2). Selon ma vue des faits, rien n'est en dehors du délai dans l'opposition faite en l'espèce. Même si c'était le cas, les décisions *Centennial Grocery* et *Tabi* établissent que le registraire ne peut procéder à l'admission avant de se prononcer au préalable sur les demandes pendantes de prorogation du délai imparti pour faire opposition. Évidemment, le bureau du registraire doit s'organiser de manière à ce que celui-ci ait réellement connaissance de toute opposition ou demande de prorogation avant de procéder à l'admission, mais, à cette époque d'automatisation, cette fonction devrait être considérée comme étant facile à exécuter plutôt que pénible. Même un système plus primitif appliqué de façon appropriée pourrait difficilement omettre d'alerter le registraire à temps.

In sum, on the basis of fairness, as found by the Trial Judge, the respondent had a right to have its application for an extension of time considered by the Registrar before his decision on allowance of the trade mark. As Wilson J. put it for the Supreme Court in *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164, at page 175, a statutory decision maker must “be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfilment of its statutory decision-making function.” The potential unfairness which the appellant claimed would be the result of a decision against it, even if true, could not be placed on the same footing as the unfairness in procedure the Registrar committed against the respondent.

The appellant argued as well that the scheme of the Act as enacted by Parliament provided for relief in such situations through expungement proceedings under section 57.³ However, such proceedings must be brought in the Federal Court, with all the consequences that that entails, rather than in a summary way before the Registrar. This does not appear to me to be a statutory alternative.

In the result, *Silverwood* must be overruled, and the appeal dismissed with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree

En somme, sur le plan de l'équité, comme l'a constaté le juge de première instance, l'intimée était en droit de faire examiner sa demande de prorogation de délai par le registraire avant qu'il ne décide d'admettre la marque de commerce. Comme le juge Wilson l'a dit au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164, à la page 175, il faut que le preneur de décision prévu par la loi «ait pris en considération tous les facteurs dont [il] doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'[il] a aux termes de la loi». L'injustice éventuelle qui, selon l'appelante, découlerait d'une décision rendue contre elle, même si elle est véritable, ne saurait être traitée de la même façon que l'injustice sur le plan de la procédure que le registraire a commise à l'égard de l'intimée.

L'appelante soutient également que l'économie de la Loi, telle qu'elle a été promulguée par le Parlement, prévoit une réparation dans ces cas au moyen des procédures de radiation sous le régime de l'article 57³. Toutefois, on doit saisir la Cour fédérale de ces procédures, avec toutes les conséquences que cela entraîne, plutôt que d'en saisir le registraire par voie sommaire. À mon avis, il ne s'agit pas là d'une solution de rechange prévue par la Loi.

En conséquence, la décision *Silverwood* doit être écartée, et l'appel rejeté avec dépens.

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

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

³ I have found the cases cited by the appellant too remote to be of any assistance in interpreting the Act: *In re Schmitz*, [1972] F.C. 1351 (Cit. App. Ct.); *Professional Institute of the Public Service v. Treasury Board*, [1977] 1 F.C. 304 (T.D.); *Re Germain and Malouin et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 659 (F.C.T.D.); *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775 (C.A.); *Lokeka v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1986), 6 F.T.R. 85 (F.C.T.D.).

³ J'ai trouvé la jurisprudence citée par l'appelante trop éloignée pour aider à interpréter la Loi: *In re Schmitz*, [1972] C.F. 1351 (C.A. Cit.); *L'institut professionnel du Service public c. Le Conseil du Trésor*, [1977] 1 C.F. 304 (1^{re} inst.); *Re Germain et Malouin et autres* (1977), 80 D.L.R. (3d) 659 (C.F. 1^{re} inst.); *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775 (C.A.) ; *Lokeka c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autre* (1986), 6 F.T.R. 85 (C.F. 1^{re} inst.).

A-1076-91

A-1076-91

James Patrick Shannon (Applicant)**James Patrick Shannon (requérant)**

v.

c.

Attorney General of Canada (Respondent)**a Le procureur général du Canada (intimé)***INDEXED AS: SHANNON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SHANNON c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)*Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson JJ.A.
—Ottawa, December 15 and 18, 1992.Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,
J.C.A.—Ottawa, 15 et 18 décembre 1992.

Public Service — Application to review Appeal Board decision not having jurisdiction to deal with merits of appeal under Public Service Employment Act, s. 21 — Simultaneous closed and open competitions to staff position — Only eligible candidate in closed competition declining appointment — Board holding proposed appointment to be made through open competition — S. 21 giving right of appeal where selection of person for appointment made from within Public Service — Application dismissed — When only eligible candidate in closed competition declined appointment, no appointment remained to be made in closed competition — Appointment made pursuant to open competition not subject of appeal under s. 21.

Fonction publique — Demande de contrôle d'une décision d'un comité d'appel portant qu'il n'avait pas compétence pour entendre, sur le fond, un appel interjeté conformément à l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — Tenue d'un concours interne et d'un concours public en même temps pour doter un poste — Le seul candidat admissible au concours interne a refusé la nomination — Le comité a jugé que la nomination proposée avait été faite à la suite d'un concours public — L'art. 21 prévoit un droit d'appel lorsqu'il y a eu nomination interne — Demande rejetée — Lorsque le seul candidat admissible au concours interne a refusé la nomination, il ne restait plus de nomination à faire dans le cadre du concours interne — Une nomination faite à la suite d'un concours public ne peut faire l'objet d'un appel fondé sur l'art. 21.

Construction of statutes — Public Service Employment Act, s. 21 as appearing in 1985 revision of Statutes of Canada differing from immediate predecessor as French text including neither introductory words of English text nor equivalent of "appeal against the appointment" — New form and mode of expression not producing change in substance of law from that reflected in English text or in former French text — Enactment not new, but part of consolidation of public general statutes — Revised Statutes of Canada, 1985 Act, s. 4 providing 1985 Revised Statutes shall not be held to operate as new law — Statute Revision Act, s. 6 expressly withholding from Statute Revision Commission authority to change substance of any enactment.

Interprétation des lois — L'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, publiée dans les Lois révisées du Canada de 1985, diffère du texte qui était en vigueur immédiatement avant, puisque le texte français ne reproduit pas les mots introductifs du texte anglais ou l'équivalent de «appel against the appointment» — Ces changements n'ont pas eu pour effet de modifier la règle de droit par rapport à celle qu'exprime le texte anglais ou l'ancien texte français — Il ne s'agit pas d'une nouvelle loi: elle fait partie d'une refonte des lois d'intérêt public et général — L'art. 4 de la Loi sur les Lois révisées du Canada (1985) prévoit que les Lois révisées de 1985 ne sont pas censées être de droit nouveau — L'art. 6 de la Loi sur la révision des lois empêche expressément la Commission de révision des lois de modifier le fond des lois.

This was an application to set aside the decision of an Appeal Board that it lacked jurisdiction to hear the applicant's appeal under *Public Service Employment Act*, section 21 against a proposed appointment because the appointment resulted from an open competition. Section 21 gives every unsuccessful candidate in a closed competition a right to appeal a proposed appointment from within the Public Service. It is well established that an appointment made pursuant to an open competition cannot be made the subject of an appeal under section 21. The employer held a closed regional competition (open only to public servants) simultaneously with an open competition (open also to people outside the Public Service). Only one candidate qualified in the closed competition, but he declined the appointment. Thereafter, the proposed appointment was to be made through the open competition.

Il s'agit d'une demande en vue d'annuler la décision d'un comité d'appel portant qu'il n'avait pas compétence pour entendre l'appel du requérant, interjeté conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, à l'encontre d'une nomination proposée du fait que la nomination faisait suite à un concours public. L'article 21 donne à tout candidat non reçu à un concours interne un droit d'appel à l'encontre d'une nomination interne proposée. Il est bien établi qu'une nomination faite à la suite d'un concours public ne peut faire l'objet d'un appel fondé sur l'article 21. L'employeur a tenu un concours interne régional (réservé aux fonctionnaires) en même temps qu'un concours public (ouvert également aux personnes qui ne font pas parties de la fonction publique). Un seul candidat a été jugé qualifié à la suite du concours interne, mais il a refusé la nomination. Par la suite, on a décidé de faire

The applicant argued that (1) the appeal was against the appointment of the successful candidate in the closed competition; (2) he had a right of appeal according to the French text of subsection 21(1) as it appears in the Revised Statutes of Canada, 1985, which differs from its immediate predecessor and the English version of the subsection in that it includes neither the introductory words of the English text nor the equivalent of "appeal against the appointment".

Held, the application should be dismissed.

When the only qualified candidate in the closed competition declined the appointment, no appointment remained to be made in the closed competition. The purpose of the right of appeal under subsection 21(1) is to attack an appointment made or about to be made as a result of a competition to ensure that the principle of selection according to merit is observed. Moreover, if the appeal were heard on its merits, the Appeal Board could not render any decision which the Commission could act upon because it could not "confirm or revoke" an appointment pursuant to paragraph 21(2)(a). The only candidate found qualified in the closed competition refused to accept the appointment. The appeal must be directed against the appointment about to be made as a result of the closed competition. It cannot be directed against the appointment in an open competition where the applicant was not competing against the successful candidate.

The new form and mode of expression in the French text did not produce a change in substance of the law from that reflected in the English text or in the former French text. The differences could not result in a change in the law, as the enactment was not new but only part of a consolidation of the public general statutes of Canada. The *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, section 4 provides that the 1985 Revised Statutes "shall not be held to operate as new law". The *Statute Revision Act* gives the Statute Revision Commission power to "arrange, revise and consolidate the public general statutes of Canada", but the authority to change the substance of any enactment is expressly withheld in paragraphs 6(e) and (f). The English and French versions of the 1970 Act and the English version of the 1985 Act make it quite clear that an unsuccessful candidate in a closed competition may appeal "against the appointment". The French version was not meant to diverge in substance from the English text even if that were possible. The applicant cannot appeal against an appointment that was made as a result of an open competition merely because he was an unsuccessful candidate in the closed competition.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 2(1), 11, 21.
Public Service Employment Act, S.C. 1966-67, c. 71.

la nomination par voie de concours public. Le requérant a plaidé (1) que l'appel était interjeté contre la nomination du candidat choisi à la suite du concours interne; (2) qu'il avait un droit d'appel d'après le texte français du paragraphe 21(1) dans les Lois révisées du Canada (1985), lequel diffère du texte en vigueur immédiatement avant, et de la version anglaise du paragraphe, dans la mesure où la version française ne comprend pas les mots introductifs du texte anglais ou l'équivalent de «*appeal against the appointment*».

Arrêt: la demande est rejetée.

Lorsque le seul candidat qualifié au concours interne a refusé la nomination, il ne restait plus de nomination à faire dans le cadre du concours interne. Le droit d'appel fondé sur le paragraphe 21(1) vise à contester une nomination faite ou sur le point de l'être à la suite d'un concours pour assurer le respect du principe de la sélection au mérite. En outre, si l'appel était entendu sur le fond, le Comité d'appel ne pourrait pas rendre une décision à laquelle la Commission pourrait donner suite puisqu'elle ne serait pas en mesure «de confirmer ou de révoquer» une nomination, conformément à l'alinéa 21(2)a). Le seul candidat jugé qualifié à la suite du concours interne a refusé la nomination. L'appel doit être formé contre la nomination qui est sur le point d'être faite à la suite du concours interne et non pas contre celle qui est faite à la suite d'un concours public, où le requérant ne se mesurait pas au candidat reçu.

Les changements apportés au texte français n'ont pas eu pour effet de modifier le fond de la règle de droit, par rapport à celle qu'exprime le texte anglais ou l'ancien texte français. Les différences ne pouvaient pas entraîner une modification du droit, puisque la Loi n'était pas nouvelle mais faisait seulement partie d'une refonte des lois fédérales d'intérêt public et général. L'article 4 de la *Loi sur les Lois révisées du Canada* (1985) prévoit que les Lois révisées du Canada «ne sont pas censées être de droit nouveau». En vertu de la *Loi sur la révision des lois*, la Commission de révision des lois est chargée «d'organiser, de réviser et de codifier les lois d'intérêt public et général du Canada», mais les alinéas 6e) et f) empêchent expressément la Commission de modifier les lois sur le fond. Les versions anglaise et française de la Loi de 1970 et la version anglaise de la Loi de 1985 disposent clairement qu'un candidat qui n'a pas été reçu à un concours interne peut interjeter appel «contre la nomination». La version française ne semblait pas vouloir signifier autre chose que le texte anglais, si tant est qu'elle l'ait pu. Le requérant ne peut interjeter appel d'une nomination faite à la suite d'un concours public simplement parce qu'il n'a pas été reçu au concours interne.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.
Loi sur la révision des lois, S.C. 1974-75-76, ch. 22, art. 5, 6.
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.C. 1966-67, ch. 71.
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 21.

Revised Statutes of Canada, 1985 Act, R.S.C., 1985, c. 40 (3rd Supp.), s. 4.
Statute Revision Act, S.C. 1974-75-76, c. 20, ss. 5, 6.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 2(1), 11, 21.
Loi sur les Lois révisées du Canada (1985), L.R.C. (1985), ch. 40 (3^e suppl.), art. 4.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kroepin v. Canada (Public Service Commission Appeal Board) (A-323-87, Mahoney J.A., judgment dated 18/2/88, F.C.A., not reported); *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.); *Noël v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 136 N.R. 398 (C.A.).

REFERRED TO:

MacDonald v. Public Service Commission, [1973] F.C. 1081; (1973), 41 D.L.R. (3d) 444 (C.A.).

APPLICATION to set aside Appeal Board's decision that it lacked jurisdiction to hear the merits of an appeal under section 21 of the *Public Service Employment Act* because the proposed appointment was as a result of an open competition. Application dismissed.

COUNSEL:

Andrew J. Raven for applicant.
Dogan Akman for respondent.

SOLICITORS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: The issue in this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application is whether an Appeal Board appointed on June 13, 1991 to hear the applicant's appeal under section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 against an appointment that was about to be made in closed competition No. 90-CAE-CCID-Wpg-383, erred in law by deciding that it was without jurisdiction to hear the appeal on the merits. The Appeal Board concluded that it lacked jurisdiction as the appointment had been actually made or was proposed to be made through an open competition; the only eligible candidate in the closed competition had declined the appointment and the position had then

a JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Kroepin c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique) (A-323-87, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 18-2-88, C.A.F., non publié); *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.); *Noël c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 136 N.R. 398 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

MacDonald c. La Commission de la Fonction publique, [1973] C.F. 1081; (1973), 41 D.L.R. (3d) 444 (C.A.).

DEMANDE en vue d'annuler la décision d'un comité d'appel portant qu'il n'avait pas compétence pour entendre un appel sur le fond conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* du fait que la nomination proposée faisait suite à un concours public. Demande rejetée.

e AVOCATS:

Andrew J. Raven pour le requérant.
Dogan Akman pour l'intimé.

PROCUREURS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Dans la présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7], il s'agit de décider si un comité d'appel, constitué le 13 juin 1991 pour entendre l'appel du requérant, a commis une erreur de droit en décidant qu'il n'avait pas compétence pour entendre l'appel sur le fond. Cet appel était interjeté conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, à l'encontre d'une nomination imminente faisant suite au concours interne n° 90-CAE-CCID-Wpg-383. Le comité d'appel s'est déclaré incompétent puisque la nomination avait été faite, ou allait l'être, à la suite d'un concours public; le seul candidat admissible au

been subsequently filled or proposed to be filled through an open competition held simultaneously with the closed competition.

Section 21 of the Act reads:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, every unsuccessful candidate, in the case of selection by closed competition, or, in the case of selection without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(2) The Commission, on being notified of the decision of the board on an inquiry into an appointment conducted pursuant to subsection (1), shall, in accordance with the decision,

(a) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment; or

(b) if the appointment has not been made, make or not make the appointment.

Some time before the closed competition was held, a decision was made to staff the newly created Enforcement and Investigations Unit in the Excise Branch of Revenue Canada in Winnipeg, and to do so "through a competitive process using a closed regional competition simultaneously with an open competition in order to identify suitable candidates from the PSC inventory, should the closed competition prove to be insufficiently productive".¹ The authority to select by means of an open competition apparently derives from section 11 of the Act, which reads:

11. Appointments shall be made from within the Public Service except where, in the opinion of the Commission, it is not in the best interests of the Public Service to do so.

A "closed competition" is defined in subsection 2(1) of the Act as "a competition that is open only to persons employed in the Public Service" while an "open competition" is defined therein as "a competition that is open to persons who are employed in the Public Service as well as to persons who are not employed in the Public Service". An appointment made pursuant to an open competition cannot be made the subject of an appeal under section 21: *Kroeplin v.*

¹ Procedural Report, Case, at p. 19.

concours interne avait refusé la nomination, et le poste a ensuite été comblé, ou allait l'être, à la suite d'un concours public tenu en même temps que le concours interne.

L'article 21 de la Loi dispose:

21. (1) Tout candidat non reçu à un concours interne ou, s'il n'y a pas eu concours, toute personne dont les chances d'avancement sont, selon la Commission, amoindries par une nomination interne, déjà effective ou en instance, peut, dans le délai imparti par la Commission, en appeler devant un comité chargé par celle-ci de faire une enquête, au cours de laquelle l'appelant et l'administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(2) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

a) confirme ou révoque la nomination;

b) procède ou non à la nomination.

Quelque temps avant la tenue du concours interne, on avait décidé de doter l'Unité de l'exécution et des enquêtes, nouvellement créée, de la Direction de l'accise de Revenu Canada, à Winnipeg. Cette dotation devait se faire [TRADUCTION] «par voie de concours, c'est-à-dire au moyen d'un concours interne régional et d'un concours public tenu en même temps pour identifier les candidats qualifiés inscrits au répertoire de la CFP, si le concours interne ne permettait pas de doter le poste»¹. Le pouvoir de choisir des candidats par voie de concours public est apparemment prévu à l'article 11 de la Loi qui dispose:

11. Les postes sont pourvus par nomination interne sauf si la Commission en juge autrement dans l'intérêt de la fonction publique.

Un «concours interne» est défini au paragraphe 2(1) de la Loi comme «Concours réservé aux personnes employées dans la fonction publique», tandis qu'un «concours public» y est défini comme «Concours ouvert tant aux personnes faisant partie de la fonction publique qu'aux autres». Une nomination faite à la suite d'un concours public ne peut faire l'objet d'un appel fondé sur l'article 21: voir l'arrêt *Kroeplin c. Canada* (Comité d'appel de la Commission de la

¹ Rapport de procédure, dossier, à la p. 19.

Canada (Public Service Commission Appeal Board) (Court File No. A-323-87, Mahoney J.A., judgment rendered February 18, 1988).

Thirty-two applications were received in the closed competition to fill the Winnipeg position of Regional Enforcement Services Officer (PM-03). Of these, twenty-eight were screened out and one withdrew. The remaining three candidates including the applicant were interviewed by the Selection Board which found the applicant and one other candidate not to be qualified. The applicant was found not qualified "in the knowledge area of the rated qualifications" and as a result, "there was no assessment of his qualifications under the Abilities or Personal Suitability factors".² The third candidate, Mr. Herzog, was found to be fully qualified and his name was placed on the eligibility list of June 3, 1991. On July 26, 1991, however, Mr. Herzog informed Revenue Canada that he was declining the position, evidently because he had since been appointed the Senior Regional Enforcement Services Officer (PM-04). After Mr. Herzog took this action, the Department considered the closed competition at an end and the eligibility list exhausted. The appointment to the PM-03 position was thereafter made or was proposed to be made via the open competition.

In deciding that the Appeal Board was without jurisdiction to deal with the appeal on its merits, the Chairperson stated at page 10 of her decision:

To put it as clearly as I can, there are only certain conditions under which a candidate who is unsuccessful in a closed competition has (both acquires and retains) a right of appeal with respect to that competition. Section 21 specifies those conditions:

- 1) "a person is appointed or is about to be appointed . . .",
- 2) "the selection . . . was made from within the Public Service", and
- 3) it was a "case of selection by closed competition".

In this case the use of the open competition resulted from the failure of the closed competition. The selection did not come

² *Ibid.*, at p. 20.

Fonction publique) (n° du greffe A-323-87, juge Mahoney, J.C.A., jugement rendu le 18 février 1988).

Trente-deux demandes ont été reçues dans le cadre du concours interne destiné à combler le poste d'Agent régional des services d'exécution (PM-03) à Winnipeg. Vingt-huit de ces demandes n'ont pas été sélectionnées et un candidat s'est désisté. Les trois autres candidats, y compris le requérant, ont passé une entrevue devant le jury de sélection qui a jugé le requérant et un autre candidat non qualifiés. Le requérant a été jugé non qualifié [TRADUCTION] «dans le domaine de connaissances des qualités cotées» si bien que «ses qualifications n'ont pas été évaluées en tenant compte des facteurs de la compétence ou des qualités personnelles»². Le troisième candidat, M. Herzog, a été jugé parfaitement qualifié et son nom a été inscrit sur la liste d'admissibilité du 3 juin 1991. Cependant, le 26 juillet 1991, M. Herzog a informé Revenu Canada qu'il refusait le poste, apparemment parce qu'il avait été nommé Agent régional principal des services d'exécution (PM-04). Après ce refus de M. Herzog, le Ministère a estimé que le concours interne était terminé et que la liste d'admissibilité avait été épuisée. La nomination au poste PM-03 a ensuite été faite, ou allait l'être par voie de concours public.

À la page 10 de sa décision, la présidente a motivé ainsi sa décision selon laquelle le comité d'appel n'était pas compétent pour trancher l'appel sur le fond:

[TRADUCTION] Bref, ce n'est qu'à certaines conditions qu'un candidat non reçu à un concours interne acquiert et conserve un droit d'appel à l'égard de ce concours. L'article 21 précise ces conditions:

- 1) une personne doit avoir été nommée ou être sur le point de l'être;
- 2) la personne doit avoir été choisie au sein de la Fonction publique;
- 3) la personne doit avoir été choisie à la suite d'un concours interne.*

En l'espèce, si un concours public a été tenu, c'est parce que le concours interne n'avait pas porté fruit. La sélection ne résul-

² *Ibid.*, à la p. 20.

* Note de l'arrêtiériste: Dans la version française de cet article, ces conditions sont énoncées comme suit: «nomination interne, déjà effective ou en instance».

from the closed competition, but from the open competition. Ms. Strong appropriately emphasized that there is no longer an appointment or a proposed appointment by closed competition from within the Public Service. Therefore, I do not have the jurisdiction to decide the appeal on its merits.³

The applicant advances several arguments for the proposition that subsection 21(1) of the Act entitles him to be heard on the merits of his appeal. In the first place, he maintains that it is sufficient that the PM-03 position was about to be filled by the appointment of Mr. Herzog at the time the appeal was brought because his appeal as filed was "against the appointment" of Mr. Herzog, within the meaning of subsection 21(1) of the Act. The appointment function and the appeal function, he points out, are only different stages of the merit system: *MacDonald v. Public Service Commission*, [1973] F.C. 1081 (C.A.). I have some difficulty in accepting the argument, given that Mr. Herzog declined the appointment. I agree that so long as Mr. Herzog was about to be appointed, the applicant had an undoubted right to appeal against the appointment under subsection 21(1) of the Act. When, however, Mr. Herzog declined the appointment, no appointment remained to be made in the closed competition. The jurisprudence in this Court shows that a right of appeal under that subsection is for the purpose of attacking an appointment made or about to be made as a result of a competition. Thus, in *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217 (C.A.), Pratte J.A., for the Court, stated at page 1221:

However, it is important to remember that the purpose of section 21 conferring a right of appeal on candidates who were unsuccessful in a competition is also to ensure that the principle of selection by merit is observed. When an unsuccessful candidate exercises this right, he is not challenging the decision which has found him unqualified, he is, as section 21 indicates, appealing against the appointment which has been, or is about to be, made on the basis of the competition. If a right of appeal is created by section 21, that is not to protect the appellant's rights, it is to prevent an appointment being made contrary to the merit principle.⁴

³ *Ibid.*, at p. 84.

⁴ At the time of this decision, the relevant statute was the *Public Service Employment Act*, S.C. 1966-67, c. 71. S. 21 of that statute was carried into the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.

tait pas du concours interne mais du concours public. M^{me} Strong a souligné à juste titre qu'il n'y a pas eu de nomination à la suite d'un concours interne. Par conséquent, je n'ai pas compétence pour juger l'appel sur le fond³.

a

Le requérant soulève plusieurs arguments au soutien de sa thèse selon laquelle le paragraphe 21(1) de la Loi l'autorise à être entendu sur le fond de son appel. Premièrement, selon lui, il suffit que le poste PM-03 fût sur le point d'être comblé par la nomination de M. Herzog, à l'époque où l'appel a été introduit, car son appel, tel que déposé, était interjeté [TRANSDUCTION] «contre la nomination» de M. Herzog, comme le prévoit la version anglaise du paragraphe 21(1) de la Loi. Le requérant signale que la fonction de nomination et la fonction d'appel ne sont que deux étapes différentes dans l'application du système du mérite: *MacDonald c. La Commission de la Fonction publique*, [1973] C.F. 1081 (C.A.). J'ai quelque difficulté à accepter cet argument puisque M. Herzog a refusé la nomination. Tant que M. Herzog était sur le point d'être nommé, le requérant avait indubitablement le droit d'en appeler de la nomination en vertu du paragraphe 21(1) de la Loi. Cependant, lorsque M. Herzog a refusé la nomination, il ne restait plus de nomination à faire dans le cadre du concours interne. D'après la jurisprudence de cette Cour, un droit d'appel fondé sur ce paragraphe a pour but de contester une nomination faite ou sur le point d'être faite à la suite d'un concours. Ainsi, dans l'arrêt *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217 (C.A.), le juge Pratte, J.C.A. au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit à la page 1221:

Or, il est important de voir que c'est également dans le but d'assurer le respect du principe de la sélection au mérite que l'article 21 accorde un droit d'appel aux candidats qui n'ont pas été reçus à un concours. Lorsqu'un candidat malheureux exerce ce droit, il n'attaque pas la décision qui l'a déclaré non qualifié, il appelle, comme le dit l'article 21, de la nomination qui a été faite ou qui est sur le point d'être faite en conséquence du concours. Si l'article 21 prévoit un droit d'appel, ce n'est donc pas pour protéger les droits de l'appelant, c'est pour empêcher qu'une nomination soit faite au mépris du principe de la sélection au mérite⁴.

³ *Ibid.*, à la p. 84.

⁴ À l'époque où cet arrêt a été rendu, la loi pertinente était la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, ch. 71. L'art. 21 de cette loi a été reporté dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32.

Moreover, it seems to me that if the appeal were heard on its merits, the Appeal Board could not render any decision which the Commission could act upon because, in the circumstances, it could not “confirm or revoke” an appointment pursuant to paragraph 21(2)(a) of the Act. Mr. Herzog, the only candidate found qualified in the closed competition, refused to accept the appointment. In *Noël v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 136 N.R. 398, this Court found that an Appeal Board was without jurisdiction where the position that had been the subject of a competition had been eliminated. In those circumstances, the Commission would not be able to confirm or revoke an appointment pursuant to paragraph 21(2)(a). At pages 400-401, Décaré J.A. for the Court observed:

This being the case, the applicant’s arguments have merit only if the inquiry to be conducted by the appeal board may be separated from the decision it is mandated to make. That decision bears on the validity of the appointment made, while the inquiry, to all appearances, bears on the process which led to the appointment, and the applicant would have it that the process can be examined even when the impugned appointment has been cancelled before or during the hearing before the appeal board.

Despite the sympathy that the applicant’s situation may inspire, we do not believe that it is possible, in this case, to separate the inquiry conducted by the appeal board from the decision it makes. Because there is no longer an appointment, accordingly, the decision of the appeal board, and then the decision of the Commission confirming that decision, and thus the appeal itself, become moot. (The situation might be different if an eligibility list had been established following a competition, under ss. 17 and 18 of the Act). Section 21 of the Act having ceased, in the circumstances, to be the appropriate remedy, the appeal board was correct in terminating its inquiry. It is not for this court to decide whether there are other remedies of which the applicant could avail himself.⁵

The applicant submits, however, that the Commission could act pursuant to subsection 21(2) because the appointment from the open competition resulted from the failure of the closed competition. It would follow then that if after hearing the merits of the appeal, the Appeal Board decided that the person ultimately selected was not properly selected in accor-

⁵ The words appearing within the parentheses were not the subject of any submissions. In any event, in the present case the eligibility list contained the name of only one qualified candidate—Mr. Herzog.

Qui plus est, il me semble que si l’appel devait être entendu sur le fond, le comité d’appel serait incapable de rendre une décision à laquelle la Commission pourrait donner suite puisque, en l’espèce, cette dernière ne serait pas en mesure de confirmer ou de révoquer de nomination conformément à l’alinéa 21(2)(a) de la Loi. M. Herzog, le seul candidat jugé qualifié à la suite du concours interne, a refusé d’accepter la nomination. Dans l’arrêt *Noël c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1991), 136 N.R. 398, cette Cour a conclu qu’un comité d’appel n’avait pas compétence lorsque le poste qui avait fait l’objet d’un concours avait été éliminé. Dans un tel cas, la Commission ne pourrait pas confirmer ou révoquer de nomination conformément à l’alinéa 21(2)(a). Aux pages 400 et 401 de cet arrêt, le juge Décaré, J.C.A., a affirmé ce qui suit, au nom de la Cour:

Cela étant, les prétentions du requérant n’ont de mérite que si l’enquête dont est chargé le comité d’appel peut être dissociée de la décision qu’il a mandat de rendre. Cette décision, en effet, porte sur la validité de la nomination faite, tandis que l’enquête porte, de toute évidence, sur le processus qui a mené à cette nomination, et le requérant voudrait que le processus puisse être examiné quand bien même la nomination attaquée aurait été annulée avant ou pendant l’instance devant le comité d’appel.

Malgré la sympathie que suscite la situation du requérant, nous ne croyons pas possible, en l’espèce, de dissocier l’enquête que mène le comité d’appel, de la décision qu’il a à rendre. Comme il n’y a plus de nomination, il n’y a plus de confirmation ou de révocation de cette nomination qui soit possible et, partant, la décision du comité d’appel, puis celle, l’entérinant, de la Commission, donc l’appel même, deviennent sans objet. (La situation pourrait être différente si, aux termes des articles 17 et 18 de la Loi, une liste d’admissibilité avait été établie suite à un concours). L’article 21 de la Loi ayant cessé, dans les circonstances, d’être le recours approprié, le comité d’appel a eu raison de mettre un terme à son enquête. Il ne nous appartient pas de décider s’il est d’autres recours dont pourrait se prévaloir le requérant.⁵

Cependant, le requérant soutient que la Commission pourrait agir conformément au paragraphe 21(2) parce que la nomination faite à la suite d’un concours public n’avait pas pu l’être à la suite d’un concours interne. Il s’ensuivrait donc que si le comité d’appel, après avoir entendu l’appel sur le fond, décidait que la personne finalement choisie n’avait pas été dûment

⁵ Les mots entre parenthèses n’ont pas l’objet d’observations. De toute manière, en l’espèce, le nom d’un seul candidat qualifié, M. Herzog, figurait sur la liste d’admissibilité.

dance with the merit principle, the Commission could “revoke” that appointment. However, as *Charest, supra*, lays down, the appeal must be directed against the appointment made or about to be made as a result of the closed competition. It cannot be directed against the appointment in an open competition, where the applicant was not competing against the successful candidate.

The applicant advances a final argument based on the text of subsection 21(1) as it now stands. He submits that subsection 21(1) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 differs from that which had been in force immediately before that subsection became law. The differences are twofold. First, the English version is not divided into paragraphs (a) and (b) as had been the case in R.S.C. 1970, c. P-32, wherein section 21 read in part as follows:

21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

(a) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

(b) without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected,

may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard . . .

Secondly, the French text neither includes the contents of the first four lines of the English text nor the equivalent of the English language phrase “appeal against the appointment”. It is suggested therefore that a right of appeal lies in this case because the applicant was an unsuccessful candidate in the closed competition and the challenged appointment that was made or about to be made in the open competition was from within the Public Service. The parties, indeed, agree that the ultimate appointment made or proposed to be made as a result of this latter competition was from within the Public Service.

I am unable to accept the submissions. There is no doubt that the form of expression manifested in the French text represents a change from the form which is manifested in the French version of section 21 in

choisie conformément au principe du mérite, la Commission pourrait «révoquer» cette nomination. Cependant, d’après l’arrêt *Charest*, précité, l’appel doit être formé contre la nomination qui a été faite ou qui est sur le point de l’être à la suite du concours interne. Il ne saurait être formé contre la nomination faite à la suite d’un concours public, où le requérant ne se mesurerait pas au candidat reçu.

Le requérant soulève un dernier argument, fondé sur le texte du paragraphe 21(1) actuellement en vigueur. Il prétend que le paragraphe 21(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, diffère du texte qui était en vigueur immédiatement avant l’entrée en vigueur de ce paragraphe. Ces textes sont différents sous deux rapports. Premièrement, la version anglaise n’est pas divisée en alinéas a) et b), comme c’était le cas dans S.R.C. 1970, ch. P-32, où l’article 21 se lisait en partie comme suit:

21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l’être et qu’elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

a) à la suite d’un concours restreint [concours interne], chaque candidat non reçu, ou

b) sans concours, chaque personne dont les chances d’avancement, de l’avis de la Commission, sont ainsi amoindries,

peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l’appelant et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l’occasion de se faire entendre.

Deuxièmement, le texte français ne reproduit pas le contenu des quatre premières lignes du texte anglais ou l’équivalent de la phrase «*appeal against the appointment*», qui figure dans la version anglaise. Par conséquent, le requérant plaide qu’il a un droit d’appel en l’espèce parce qu’il n’a pas été reçu au concours interne et parce que la nomination contestée, faite à la suite du concours public, était une nomination interne, déjà effective ou en instance. En effet, les parties reconnaissent que la dernière nomination qui a été faite, ou qui allait l’être, à la suite de ce dernier concours était une nomination interne.

Je ne puis accepter ces arguments. Il n’y a aucun doute que le libellé du texte français est différent de celui de la version française de l’article 21 des S.R.C. 1970, ch. P-32. Il semble aussi que le texte ait été

R.S.C. 1970, c. P-32. There appears also to be a change in the mode of expression in that the language used is substantially contracted. This may be explained in part by including therein a defined term (“*nomination interne*”) appearing in the French version only and perhaps by a desire to give better expression to the genius of the language. It is not to say, however, with respect to the issue under consideration, that the new form and mode of expression has produced a change in substance of the law from that reflected in the English text or in the former French text.

Assuming for the sake of argument that there are “differences”, I cannot conclude that this could result in a change in the law, given that the enactment is not new but only part of a consolidation of the public general statutes of Canada. The Revised Statutes of Canada, 1985 came into force on December 12, 1988 and represented the state of the law on December 31, 1984.⁶ I do not understand that the Statutes of Canada therein consolidated represents new law. Indeed, section 4 of the *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40 expressly provides that the 1985 Revised Statutes “shall not be held to operate as new law”.⁷ Section 5 of the *Statute Revision Act*, S.C. 1974-75-76, c. 20 invests the Statute Revision Commission constituted thereunder with power to “arrange, revise and consolidate the public general statutes of Canada”,⁸ but, as counsel for the respondent points out, the precise powers of revision set out in paragraphs 6(e) and (f) of the Act, expressly withhold authority to change the substance of any enactment. Those paragraphs read:

6. In preparing a revision, the Commission may

. . . .

⁶ Explanatory Note, R.S.C., 1985 (Appendices), at p. v.

⁷ S. 4 reads:

4. The Revised Statutes shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation of the law as contained in the Acts and portions of Acts repealed by section 3 and for which the Revised Statutes are substituted.

⁸ S. 5 reads:

5. The Commission shall, from time to time, arrange, revise and consolidate the public general statutes of Canada.

considérablement raccourci. Cela s’explique peut-être en partie par l’emploi, dans cette disposition, d’un terme défini («*nomination interne*») qui figure dans la version française seulement et, peut-être, par le désir de mieux exprimer le génie de la langue. Cependant, en ce qui a trait à la question en litige, il ne s’ensuit pas que ces changements aient eu pour effet de modifier la règle de droit par rapport à celle qu’exprime le texte anglais ou l’ancien texte français.

Même si j’admets, pour les fins de la discussion, qu’il y a effectivement des «différences», je ne puis conclure qu’elles puissent entraîner une modification du droit puisqu’il ne s’agit pas d’une nouvelle loi: elle fait seulement partie d’une refonte des lois fédérales d’intérêt public et général. Les Lois révisées du Canada de 1985 sont entrées en vigueur le 12 décembre 1988 et représentaient l’état du droit au 31 décembre 1984⁶. À mon sens, les lois du Canada qui y sont refondues ne sont pas du droit nouveau. En effet, l’article 4 de la *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 40 prévoit expressément que les Lois révisées de 1985 «ne sont pas censées être de droit nouveau⁷». En vertu de l’article 5 de la *Loi sur la révision des lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 20, la Commission de révision des lois créée sous son empire est chargée «d’organiser, de réviser et de codifier les lois d’intérêt public et générale du Canada»⁸, mais, comme le signale l’avocat de l’intimé, les pouvoirs précis de révision énoncés aux alinéas 6e) et f) de la Loi empêchent expressément la Commission de modifier le fond des lois. Ces alinéas disposent:

6. Lorsqu’elle procède à une révision, la Commission peut

. . . .

⁶ Note explicative, L.R.C. (1985) (appendices), à la p. v.

⁷ L’art. 4 dispose:

4. Les lois révisées ne sont pas censées être de droit nouveau; dans leur interprétation et leur application, elles constituent une refonte du droit contenu dans les lois abrogées par l’article 3 et auxquelles elles se substituent.

⁸ L’art. 5 dispose:

5. La Commission organise, réviser et codifie les lois d’intérêt public et général du Canada.

(e) make such alterations in the language of the statutes as may be required to preserve a uniform mode of expression, without changing the substance of any enactment;

(f) make such minor improvements in the language of the statutes as may be required to bring out more clearly the intention of Parliament, or make the form of expression of the statute in one of the official languages more compatible with its expression in the other official language, without changing the substance of any enactment;

I am unable to agree that the French text of subsection 21(1) can be viewed as changing the law from that which had existed immediately before the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 came into force. The English and French versions of section 21 in R.S.C. 1970, c. P-32 and, indeed, the English version of subsection 21(1) as contained in R.S.C., 1985, c. P-33, make it quite clear that a person in the position of the applicant, being an unsuccessful candidate in a closed competition, may appeal "against the appointment". It does not appear that the French version of subsection 21(1), although cast in a different form and mode of expression, meant to diverge in substance from the English text even if that were possible. In short, the applicant cannot appeal against an appointment that was made as a result of an open competition merely because he was an unsuccessful candidate in the closed competition.

I would dismiss this application.

LINDEN J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

e) apporter à la forme des lois les changements nécessaires à l'uniformité de l'ensemble, sans en modifier le fond;

f) apporter à la forme des lois les améliorations mineures nécessaires pour mieux exprimer l'intention du Parlement ou pour harmoniser la formulation d'une loi dans l'une des langues officielles avec sa formulation dans l'autre langue officielle, sans en modifier le fond;

Je ne puis souscrire à la thèse voulant que le texte français du paragraphe 21(1) ait modifié le droit qui existait immédiatement avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33. Les versions anglaise et française de l'article 21 qui figurent à S.R.C. 1970, ch. P-32 et, de fait, la version anglaise du paragraphe 21(1) qui figure à L.R.C. (1985), ch. P-33 disposent clairement qu'une personne qui se trouve dans la situation du requérant, c'est-à-dire un candidat qui n'a pas été reçu à un concours interne, peut interjeter appel «contre la nomination». La version française du paragraphe 21(1), même si elle est libellée en termes différents, ne semble pas vouloir signifier autre chose que le texte anglais, si tant est qu'elle l'ait pu. En bref, le requérant ne peut interjeter appel d'une nomination qui a été faite à la suite d'un concours public simplement parce qu'il n'a pas été reçu à un concours interne.

f) Je rejeterais la présente requête.

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

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

A-949-92
A-1222-92A-949-92
A-1222-92**Signalisation de Montréal Inc. (Appellant)****Signalisation de Montréal Inc. (appelante)**

v.

a c.

Les Services de Béton Universels Ltée, 2704927 Canada Inc., 2859-7888 Québec Inc., Richard Capuano, Energy Absorption Systems Inc. and Barrier Systems Inc. (Respondents)

Les Services de Béton Universels Ltée, 2704927 Canada Inc., 2859-7888 Québec Inc., Richard Capuano, Energy Absorption Systems Inc. et Barrier Systems Inc. (intimés)

INDEXED AS: SIGNALISATION DE MONTRÉAL INC. v. SERVICES DE BÉTON UNIVERSELS LTÉE (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SIGNALISATION DE MONTRÉAL INC. c. SERVICES DE BÉTON UNIVERSELS LTÉE (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, Décary and Létourneau JJ.A.—Montréal, November 18; Ottawa, December 21, 1992.

c Cour d'appel, juges Hugessen, Décary et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 18 novembre; Ottawa, 21 décembre 1992.

Patents — Infringement — Capacity to sue — Appeal from order striking out statement of claim on ground plaintiff lacking capacity to seek injunctive relief — Appellant representative of exclusive licensee in Quebec for patented invention — Patent Act, s. 55 giving person “claiming under” patentee right to sue for damages caused by infringement — Exclusive licensee entitled to sell invention — Appellant’s rights derived from sale — Purchaser of patented article from patentee acquiring licence — Licensee, even non-exclusive licensee, person “claiming under” patentee and entitled to sue for infringement — Rights accruing to purchaser of patented article not based on estoppel — “Floodgates” argument specious — Person “claiming under” patentee person deriving rights to use patented invention directly from patentee whether right to use acquired by assignment, licence, sale, lease.

d *Brevets — Contrefaçon — Qualité pour intenter l'action — Appel de l'ordonnance qui radiait la déclaration au motif que la demanderesse n'avait pas qualité pour demander une injonction — L'appelante est la représentante du porteur de licence exclusive, pour le Québec, d'une invention brevetée — L'art. 55 de la Loi sur les brevets accorde à quiconque «se réclame» du breveté le droit d'intenter une action en dommages-intérêts pour le préjudice causé par la contrefaçon du brevet — Le preneur de la licence exclusive a le droit de vendre le brevet — L'appelante tient ses droits de la vente — Celui qui achète l'article breveté du breveté acquiert la licence — Le preneur de licence, même le preneur de licence non exclusif, est une personne «se réclamant» du breveté et a droit d'intenter une action en contrefaçon — Les droits acquis par l'acheteur d'un article breveté ne se fondent pas sur l'estoppel — Les arguments fondés sur l'avalanche à redouter sont spécieux — La personne «se réclamant» du breveté tient directement de celui-ci son droit d'utiliser le brevet, que ce droit découle d'une cession directe, d'une licence, d'une vente, d'une location.*

These appeals were from orders striking out the statement of claim on the ground that the appellant had no capacity to seek injunctive relief for alleged infringement and dismissing the plaintiff's application for an interlocutory injunction. The action was for infringement of a patent for a “transferable roadway lane divider”, movable medians used to separate and contain traffic flows around roadway construction sites. The allegation of infringement related to the method of transferring the lane dividers from one side of the roadway to the other, to quickly change the number of lanes going either way to accommodate traffic flow. The method is embodied into a machine, the “T.T.V.”, which picks up the concrete lane dividers on one side at the front and transfers them across diagonally to deposit them on the other side at the rear. Energy Absorption Systems Inc. owns the patent. Barrier Systems Inc. is the exclusive licensee in Canada and the U.S.A. pursuant to an agreement which prohibited assignment of rights and transfer of the licence. Barrier appointed the appellant as its exclu-

h *Les appels sont interjetés contre des ordonnances qui radiaient la déclaration au motif que l'appelante n'avait pas qualité pour demander une injonction à l'égard de la contrefaçon alléguée, et qui rejetaient la demande d'injonction interlocutoire de la demanderesse. L'action visait la contrefaçon d'un «séparateur transposables», c'est-à-dire le terre-plein central amovible utilisé pour séparer et contenir l'écoulement de la circulation près des chantiers de construction de routes. La contrefaçon alléguée porte sur la méthode permettant de transposer les séparateurs d'un côté de la route à l'autre, de modifier rapidement le nombre de voies dans chaque sens pour favoriser l'écoulement de la circulation. La méthode est concrétisée dans une machine appelée «T.T.V.», qui ramasse les séparateurs en béton d'un côté à l'avant et les transpose diagonalement pour les déposer de l'autre côté à l'arrière. La propriétaire du brevet est Energy Absorption Systems Inc. Barrier Systems Inc. est le porteur de licence exclusif au Canada et aux É.-U. conformément à un accord interdisant la cession de*

sive representative in Quebec. The Trial Judge held that the appellant was merely an exclusive representative.

Patent Act, subsection 55(1) gives all persons claiming under the patentee the right to sue for damages caused by infringement of the patent. Under subsection 55(2), the patentee must be made a party to any action for the recovery of such damages. The issue was whether the appellant was "claiming under" the patentee.

Held (Décary J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed in part.

Per Hugessen J.A.: The appellant has the status to assert a claim for damages under *Patent Act*, section 55. The statement of claim should not have been struck out. That Barrier could neither assign its rights under its licence nor transfer the licence was irrelevant. Barrier was entitled to sell the invention, and that sale was the source of the appellant's right. It is settled law that the purchaser of a patented article from a patentee acquires the right to use the article and the right to sell it, together with the same "right of use", to another person. This right is a "licence". It is equally settled law that under section 55 a licensee, even a non-exclusive licensee, is a person "claiming under" the patentee and is entitled to sue for infringement. It is not a form of estoppel which prevents the patentee from asserting the patent against the purchaser of the patented article. Estoppel would be personal to the purchaser and would avail only against the patentee or persons claiming under him. The incorporeal right in the patent is an incident of the corporeal right of ownership in the thing sold and cannot be separated therefrom. The concept of implied licence also better explains the right of the purchaser of a patented article to resell the article and convey to his purchaser an equal right to use and sell it and so on *ad infinitum*. Estoppel is also inappropriate because, as a defence only, it assumes infringement. A purchaser has a right to use the article bought, which prevents him from being an infringer. He is a person "claiming under" the patentee. The "floodgates" argument was specious. A non-exclusive licensee will rarely suffer any damages, but if he does there is no reason to deny him recovery. It cannot be said that the damages of an implied non-exclusive licensee should be included in those of the patentee. A person "claiming under" the patentee is a person who derives his rights to use the patented invention from the patentee. When a claimant, such as the appellant, asserts a right in the monopoly on the right to use an invention, and the source of that right may be traced directly back to the patentee, that person is "claiming under" the patentee. It does not matter whether the right to use was acquired by assignment, licence, sale or lease.

Per Décary J.A. (dissenting in part): The appellant had no capacity to bring the action. It was simply a representative of

droits et de la licence. Barrier a nommé l'appelante son représentant exclusif au Québec. Le juge de première instance a conclu que l'appelante était simplement un représentant exclusif.

a Le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets* accorde à quiconque se réclame du breveté le droit d'intenter une action en dommages-intérêts en raison du préjudice causé par la contrefaçon. En vertu du paragraphe 55(2), le breveté est constitué partie à toute action en recouvrement de dommages-intérêts. La question consiste à savoir si l'appelante «se réclamait» du breveté.

b *Arrêt* (le juge Décary, J.C.A., étant dissident en partie): L'appel doit être accueilli en partie.

c Le juge Hugessen, J.C.A.: L'appelante a qualité pour intenter une action en dommages-intérêts en vertu de l'article 55 de la *Loi sur les brevets*. La déclaration n'aurait pas dû être radiée. Le fait que Barrier ne pouvait céder les droits que lui conférait la licence ni céder cette dernière n'est pas pertinent. Barrier pouvait vendre l'invention, et cette vente constitue la source du droit de l'appelante. Il est de droit constant que celui qui achète un article breveté au titulaire du brevet acquiert en même temps le droit d'employer l'article et le droit de le vendre, ainsi que le «droit d'utilisation». Ce droit est une «licence». Il est également de droit constant qu'en vertu de l'article 55, le porteur de licence, même si sa licence n'est pas exclusive, est une personne «se réclamant» du breveté et a le droit d'intenter une action en contrefaçon. Ce n'est pas une sorte d'estoppel qui empêche le breveté d'invoquer le brevet contre la personne à laquelle il a vendu l'article breveté. L'estoppel serait propre à l'acheteur et pourrait uniquement être invoqué contre le breveté ou les personnes se réclamant de celui-ci. Le droit incorporel sur le brevet est accessoire au droit corporel de propriété sur la chose vendue et ne peut en être séparé. La notion de licence implicite explique mieux le droit de l'acquéreur de l'article breveté de revendre l'article et de transférer à l'acquéreur un droit égal de l'utiliser et de le revendre, et ainsi de suite *ad infinitum*. Il n'est pas non plus approprié de considérer qu'il y a estoppel, car comme moyen de défense uniquement, il implique la contrefaçon. L'acquéreur a le droit d'utiliser l'article acheté, ce qui l'empêche d'être un contrefacteur. Il est une personne «se réclamant» du breveté. L'argument qu'il faut craindre une «avalanche» de poursuites est spécieux. Il est rare qu'un porteur de licence non exclusive subisse un préjudice, et à supposer qu'il en subisse un, aucune raison valable n'empêcherait le recouvrement. On ne peut pas dire que les dommages-intérêts d'un pareil porteur de licence implicite devraient être compris dans ceux du breveté. La personne «se réclamant» du breveté est une personne qui tient du breveté son droit d'utilisation de l'invention brevetée. Lorsque le réclamant, comme l'appelante, invoque un droit sur le monopole et que la source de ce droit peut remonter directement au breveté, il s'agit alors d'une personne «se réclamant» du breveté. Il n'importe pas que le droit d'utilisation ait été acquis par voie de cession directe, de licence, de vente ou de location.

j Le juge Décary, J.C.A. (dissident en partie): L'appelante n'avait pas qualité pour intenter l'action. Elle était simplement

Barrier. Barrier could not transfer a licence in the patent because it was prohibited from doing so by its licence agreement.

The purchaser of a patented product is not entitled to bring patent infringement proceedings as a necessary consequence of its rights as an implied licensee. A mere contract of purchase of a patented product will not make the purchaser a person claiming under the patentee within section 55. The purchaser of a patented product from the inventor, an assignee or a licensee acquires, unless there is notice to the contrary, the right to use that product with the implied warranty that he will not be accused of infringement if such use is made of it. This implied warranty derives from the contract of sale by which the inventor, the assignee or the licensee and the purchaser are bound, and it attaches to the product sold. It cannot be transformed into an implied licence under the patent, which would attach to the patent itself. That would be to confuse the patented product and the patent and would give the word "licence" a meaning which it does not have. The mere implied warranty on use of the product in accordance with the patented method does not in itself confer any interest in the patent. The purchaser of a patented product cannot have greater rights in respect of the patent than the representative from whom the product was purchased. "All persons claiming under the patentee" in section 55 is narrower than "any interested person" or "any person" in subsections 60(1) and (2). It presumes a personal link, whether direct or indirect, between the claimant and the patentee. Even if the purchaser could assert a claim under the patent, he could not assert a claim from the patentee in the absence of a firm contract to that effect. A mere contract for sale should not be construed as a licence, conferring on the purchaser the right to come to the defence of the patent and to "claim under the patentee" for that purpose. To allow any owner and user of a patented product simply by virtue of owning and using the product, and in the absence of any mandate from the inventor, to use the *Patent Act* to question the validity of the patent before the courts, would open the floodgates of litigation. That section 55 refers only to the "patentee" indicates that Parliament intended that the chain of title, in determining who is claiming under the patentee, should go back only to the assignee and the licensee, apart from the patentee's legal representatives. The *Patent Act* establishes and protects a monopoly situation. In the absence of a clearer intention from Parliament, it should not be extended to every user or owner of the patented product. Acceptance of the appellant's arguments would be to interpret section 55 as if "claiming under the patentee" did not appear, and as if it was sufficient for damages to have been incurred as a result of the infringement for the injured party to have a remedy.

Per Létourneau J.A. (concurring with Hugessen J.A.): The granting of legal capacity to sue for damages sustained as a result of patent infringement would not amount to deleting "claiming under the patentee" from subsection 55(1). A licensee relying on this subsection is not claiming for infringement. He is claiming for damages as a result of infringement. The words "persons claiming under the patentee" in subsection

un représentant exclusif de Barrier. Cette dernière ne pouvait pas céder de licence relativement au brevet car l'accord portant sur sa licence le lui interdisait.

L'acquéreur d'un article breveté ne peut intenter une action en contrefaçon comme conséquence nécessaire de ses droits en tant que porteur de licence implicite. Le simple contrat d'achat d'un article breveté ne fait pas de l'acquéreur une personne se réclamant du breveté au sens de l'article 55. Quiconque achète de l'inventeur, d'un cessionnaire ou d'un titulaire de licence un produit breveté, acquiert du fait même, à moins d'avis contraire, le droit d'utiliser ce produit avec la garantie implicite qu'il ne sera pas accusé de contrefaçon s'il en fait usage. Cette garantie implicite découle du contrat de vente qui lie l'inventeur, le cessionnaire ou le titulaire de licence et l'acheteur, et elle est rattachée au produit vendu. Elle ne peut se transformer en une licence implicite en vertu du contrat, qui se rattacherait au brevet lui-même. Ce serait confondre produit breveté et brevet et donner au mot «licence» une portée qu'il n'a pas. La simple garantie implicite d'utiliser le produit selon la méthode brevetée ne confère en elle-même aucun droit sur le brevet. L'acheteur d'un produit breveté ne peut avoir davantage de droits, à l'égard du brevet, que le simple concessionnaire duquel il aurait acheté le produit n'en a lui-même. Les termes «toute personne se réclamant du breveté» à l'article 55 englobent moins que les mots «intéressé» ou «une personne» aux paragraphes 60(1) et 60(2). Ils laissent présumer l'existence d'un lien personnalisé, direct ou indirect, entre le réclamer et le breveté. Même si l'acquéreur pouvait prétendre se réclamer du brevet, en l'absence d'un contrat ferme en ce sens, il ne pourrait prétendre se réclamer du breveté lui-même. Un simple contrat de vente ne devrait pas s'interpréter comme une «licence» conférant à l'acheteur le droit de se porter à la défense du brevet et de «se réclamer du breveté» pour ce faire. Permettre au possesseur et à l'utilisateur d'un produit breveté, du seul fait de la possession et de l'utilisation de ce produit et en l'absence de tout mandat de l'inventeur, d'invoquer la *Loi sur les brevets* pour mettre en question la validité du brevet litigieux, ce serait ouvrir la porte à une multiplication de procédures. Le fait que l'article 55 ne parle que du «breveté» montre que dans l'esprit du législateur la chaîne de titres ne devait guère, lorsqu'il s'agit de déterminer qui se réclame du breveté, dépasser, outre les représentants légaux du breveté, le cessionnaire et le titulaire de licence. La *Loi sur les brevets* établit et protège une situation de monopole. En l'absence d'invitation plus claire du législateur, cette protection ne devrait pas s'étendre à tout utilisateur ou possesseur de produit breveté. Retenir les prétentions de l'appelante, c'est interpréter l'article 55 comme si les mots «se réclamant du breveté» ne s'y trouvaient pas, et comme s'il suffisait que des dommages soient subis en raison de la contrefaçon d'un brevet pour que la personne lésée ait un recours.

Le juge Létourneau, J.C.A. (qui souscrit aux motifs du juge Hugessen, J.C.A.): Conférer à l'appelante la capacité légale d'intenter une action pour le préjudice subi par suite de la contrefaçon n'équivaldrait pas à supprimer les mots «se réclamant du breveté» figurant au paragraphe 55(1). Le titulaire de licence qui invoque ce paragraphe ne réclame rien au contrefacteur, pour la contrefaçon, il réclame des dommages-

55(1) are not more limited than the word "person" in subsections 60(1) and (2). Those subsections are also qualified. Subsection 55(1) was enacted to discourage patent infringement and to provide a redress to those who have a right which may be traced back to the patentee and who suffer a wrong as a result of the infringement. It is unrealistic in commercial matters to require buyers and users of patented articles to negotiate, before they acquire or use them, an agreement whereby the patentee or another licensee would undertake to compensate them in case of patent infringement or would undertake to bring legal proceedings to end the infringement. It is because a claim in damages by an implied licensee would put in issue the validity of the patent that subsection 55(2) requires that the patentee be made a party to any action for damages.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2, 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 55 (as am. *idem*, s. 21).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Betts v. Wilmott* (1871), L.R. 6 Ch. 239; *Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 907; (1982), 136 D.L.R. (3d) 596; 66 C.P.R. (3d) 46; 42 N.R. 254.

CONSIDERED:

Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning, [1964] S.C.R. 49; (1964), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat. C. 99; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Fiberglas Canada, Ld. and Another v. Spun Rock Wools, Ld. and Another*, [1947] A.C. 313 (P.C.); *American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.*, [1972] F.C. 739; (1972), 7 C.P.R. (2d) 61 (C.A.); *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch. D. 461 (C.A.); *Chadwick v. Bridges (S. N.) & Co. Ltd.*, [1960] R.P.C. 85 (Ch. D.).

REFERRED TO:

Hirsh Co. v. Minshall et al. (1988), 89 N.R. 136 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Fisher, Harold and Russel S. Smart. *Canadian Patent Law and Practice*, Toronto: Canada Law Book Co., 1914.

intérêts pour le préjudice subi en raison de la violation du brevet. Les mots «personne se réclamant du breveté» au paragraphe 55(1) ne sont pas plus restreints que le mot «intéressé» au paragraphe 60(1) ou le mot «personne» au paragraphe 60(2) de la Loi. Ces paragraphes contiennent aussi une réserve. Le paragraphe 55(1) vise à décourager la contrefaçon d'un brevet et à fournir un recours aux personnes qui possèdent un droit dont la source peut être attribuée au breveté et qui sont lésés par la contrefaçon. Il n'est pas réaliste, en matière commerciale, de s'attendre à ce que les acheteurs et les utilisateurs d'articles brevetés négocient, avant de les acheter et de les utiliser, un accord selon lequel le breveté ou un autre porteur de licence s'engage à les indemniser en cas de contrefaçon du brevet ou à intenter une action en justice pour mettre fin à la contrefaçon. C'est parce qu'une action en dommages-intérêts par un porteur de licence implicite remettrait en question la validité du brevet que le paragraphe 55(2) exige que le breveté soit constitué partie à toute action en recouvrement des dommages-intérêts.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C., 1985, ch. P-4, art. 2, 42 (mod. par L.R.C., 1985 (3^e supp.), ch. 33, art. 16), 55 (mod. *idem*, art. 21).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Procureur général du Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.S.C. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Betts v. Wilmott* (1871), L.R. 6 Ch. 239; *Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 907; (1982), 136 D.L.R. (3d) 596; 66 C.P.R. (3d) 46; 42 N.R. 254.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning, [1964] R.C.S. 49; (1964), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat. C. 99; *Finlay v. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Fiberglas Canada, Ld. and Another v. Spun Rock Wools, Ld. and Another*, [1947] A.C. 313 (P.C.); *American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.*, [1972] C.F. 739; (1972), 7 C.P.R. (2d) 61 (C.A.); *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch. D. 461 (C.A.); *Chadwick v. Bridges (S. N.) & Co. Ltd.*, [1960] R.P.C. 85 (Ch. D.).

DÉCISION CITÉE:

Hirsh Co. v. Minshall et autres (1988), 89 N.R. 136 (C.A.F.).

DOCTRINE

Fisher, Harold and Russel S. Smart. *Canadian Patent Law and Practice*, Toronto: Canada Law Book Co., 1914.

Fox, Harold G. *Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1969.

APPEAL from orders striking out the statement of claim on the ground that the plaintiff lacked capacity to sue and dismissing an application for interlocutory injunction (*Signalisation de Montréal Inc. v. Services de Béton Universels Ltée*, T-1614-92, Rouleau J., judgment dated 28/7/92, not yet reported). Appeal allowed in part.

COUNSEL:

J. Nelson Landry and Judith M. Robinson for appellant and for respondent Barrier Systems Inc.

André C. Lavigne and Roger Hughes, Q.C. for respondents Les Services de Béton Universels Ltée, 2704927 Canada Inc., 2859-7888 Québec Inc. and Richard Capuano.

David J. McGruder for respondent Energy Absorption Systems Inc.

SOLICITORS:

Ogilvy Renault, Montréal, for appellant and for respondent Barrier Systems Inc.

Pouliot, Mercure, Montréal, for respondents Les Services de Béton Universels Ltée, 2704927 Canada Inc., 2859-7888 Québec Inc. and Richard Capuano.

Barrigar & Oyen, Ottawa, for respondent Energy Absorption Systems Inc.

Editor's Note

Two issues were raised by this appeal. The first was as to whether the appellant had the capacity to sue for patent infringement and the second was whether, assuming capacity, an interlocutory injunction should be granted. This case is reported as abridged, the second issue being dealt with by an Editor's Note.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: This appeal is against two orders given by Rouleau J. in the Trial Division, July 28,

Fox, Harold G. *Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1969.

APPEL interjeté contre des ordonnances radiant la déclaration au motif que la demanderesse n'avait pas qualité pour poursuivre et rejetant une demande d'injonction interlocutoire (*Signalisation de Montréal Inc. c. Services de Béton Universels Ltée*, T-1614-92, juge Rouleau, jugement en date du 28-7-92, encore inédit). L'appel est accueilli en partie.

AVOCATS:

J. Nelson Landry et Judith M. Robinson pour l'appelante et pour l'intimée Barrier Systems Inc.

André C. Lavigne et Roger Hughes, c.r. pour les intimés Les Services de Béton Universels Ltée, 2704927 Canada Inc., 2859-7888 Québec Inc. et Richard Capuano.

David J. McGruder pour l'intimée Energy Absorption Systems Inc.

PROCUREURS:

Ogilvy Renault, Montréal, pour l'appelante et pour l'intimée Barrier Systems Inc.

Pouliot, Mercure, Montréal, pour les intimés Les Services de Béton Universels Ltée, 2704927 Canada Inc., 2859-7888 Québec Inc. et Richard Capuano.

Barrigar & Oyen, Ottawa pour l'intimée Energy Absorption Systems Inc.

Note de l'arrétiste

Deux questions ont été soulevées dans cet appel. La première consistait à savoir si l'appelante avait qualité pour intenter une action en contrefaçon de brevet, et la seconde consistait à savoir, à présumer qu'elle ait eu qualité, s'il y avait lieu d'accorder une injonction interlocutoire. Cette affaire est publiée sous forme abrégée, la seconde question étant traitée sous forme de note de l'arrétiste.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel de deux ordonnances rendues en première instance par

1992. By the first [T-1614-92, not yet reported], he allowed an application by the defendant (here respondent), Les Services de Béton Universels Ltée,¹ and struck out the statement of claim pursuant to Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the ground that the appellant “has no capacity to bring this action”.² By the second order under appeal, for which no reasons were given but quite evidently as a consequence of the first order, Rouleau J. dismissed the application made by plaintiff (here appellant) for an interlocutory injunction.

The appeal accordingly raises two discrete issues, the first being as to the appellant’s capacity to bring an action for patent infringement and the second, assuming such capacity, being whether the case is an appropriate one for the issuance of an interlocutory injunction.

Capacity to sue

The action as framed is for patent infringement. Its statutory base (and there can be no other) is therefore in section 55 of the *Patent Act*:³

55. (1) Any person who infringes a patent is

(a) liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damages sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement; and

(b) liable to pay reasonable compensation to the patentee and to all persons claiming under the patentee for any damages sustained by the patentee or by any such person by reason of any act on his part, after the application for the patent became open to the inspection of the public under section 10 and before the grant of the patent, that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the application became open to the inspection of the public under that section.

(2) Unless otherwise expressly provided, the patentee shall be or be made a party to any action for the recovery of damages referred to in subsection (1).

¹ Hereinafter sometimes referred to as the respondent or “Béton”. Of the other respondents, the first three were co-defendants and the last two, respectively the owner and licensee of the patent in suit, were mises en cause in the Trial Division; none of them appeared on the hearing of the appeal.

² Order, Appeal Book, Vol. VIII, at p. 1754.

³ R.S.C., 1985, c. P-4 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 21].

le juge Rouleau le 28 juillet 1992. Par la première [T-1614-92, encore inédite], le juge agréait la demande présentée par la défenderesse (intimée), Les Services de Béton Universels Ltée¹, et radiait la déclaration conformément à la Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] pour le motif que l’appelante «n’avait pas qualité» pour intenter cette action². Par la seconde ordonnance faisant l’objet de l’appel, à l’égard de laquelle aucun motif n’a été prononcé, mais qui découlait de toute évidence de la première, le juge Rouleau rejetait la demande présentée par la demanderesse (appelante) en vue de l’obtention d’une injonction interlocutoire.

L’appel soulève donc deux questions distinctes, à savoir si l’appelante a qualité pour intenter une action en contrefaçon de brevet et si, à supposer qu’elle ait qualité, il est opportun en l’espèce de décerner une injonction interlocutoire.

Qualité pour agir

Il s’agit d’une action en contrefaçon de brevet. Son fondement légal (et il ne peut y en avoir d’autre) est donc l’article 55 de la *Loi sur les brevets*:³

55. (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci de tous dommages-intérêts que cette contrefaçon a fait subir à ces personnes après l’octroi du brevet. Il est également responsable envers ceux-ci, à concurrence d’une indemnité raisonnable, des dommages-intérêts qu’un acte de sa part leur a fait subir entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible sous le régime de l’article 10 et l’octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été accordé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible.

(2) Sauf disposition expressément contraire, le breveté est, ou est constitué, partie à toute action en recouvrement des dommages-intérêts en l’espèce.

¹ Ci-après parfois désignée sous le nom d’intimée ou de «Béton». Quant aux autres parties intimées, les trois premières étaient codéfenderesses et les deux dernières, soit respectivement la propriétaire du brevet en litige et le porteur de la licence y afférente, étaient mises en cause en première instance; aucune d’elles n’a comparu à l’audition de l’appel.

² Ordonnance, dossier d’appel, vol. VIII, à la p. 1754.

³ L.R.C. (1985), ch. P-4 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 21].

Since the appellant is not itself the patentee the question is whether it is a person “claiming under” the patentee.

The patent in issue is Canadian Patent number 1208469 for a “Transferable Roadway Lane Divider”. The specification sets out that it is for “a system of transferable roadway lane dividers and a method of transferring said dividers”.⁴ The first nine claims relate to the “lane dividers” themselves which may, in layman’s language, be described as the movable medians used to separate and contain traffic flows around roadway construction sites. There is no allegation of infringement with regard to any of these claims and they are not in issue here.

The last three claims, being numbers 10, 11 and 12, are for a “method” of transferring the lane dividers from one side of the roadway to the other. Its utility is that it is supposed to permit a “quick change”⁵ of the direction of vehicle flow in high density traffic areas. In particular it permits the number of lanes going either way to be quickly switched so as to accommodate anticipated heavy traffic at rush hours in one direction or in the other as may be appropriate.

The statement of claim asserts an infringement of claim 10 only, but it is helpful for an understanding of the patented method to reproduce all three “method claims” 10, 11 and 12:

10. A method for transferring a roadway lane divider from a first position to a laterally displaced second position on a roadway or the like, said lane divider comprising a plurality of interconnected divider sections positioned in freestanding relationship on said roadway and disposed in closely spaced tandem relationship relative to each other, comprising the steps of positioning a mobile road vehicle having a transfer mechanism adjacent to a first end of said lane divider and into engagement with divider sections thereof, moving said transfer mechanism from the first end of said lane divider towards a second end thereof and simultaneously lifting said divider sections as a unit in suspended and spaced relationship above said roadway from said first position adjacent to a first side of said transfer mechanism, moving said suspended divider sections as a unit

Étant donné que l’appelante n’est pas elle-même titulaire du brevet, il s’agit de savoir si elle est une personne «se réclamant» de celui-ci.

a Le brevet en litige est le brevet canadien 1208469 concernant un [TRADUCTION] «séparateur transposable». Selon le mémoire descriptif, il s’agit d’[TRADUCTION] «un système de séparateurs transposables et d’une méthode permettant de déplacer lesdits séparateurs»⁴. Les neuf premières revendications se rapportent aux [TRADUCTION] «séparateurs» eux-mêmes, qui peuvent être décrits, en termes vulgaires, comme les terre-pleins centraux amovibles utilisés pour séparer et contenir l’écoulement de la circulation près des chantiers de construction de routes. La contrefaçon n’est pas alléguée à l’égard de l’une quelconque de ces revendications et ces dernières ne sont pas ici en litige.

d Les trois dernières revendications, qui portent les numéros 10, 11 et 12, se rapportent à une «méthode» permettant de transposer les séparateurs d’un côté de la route à l’autre. Elle vise à permettre un [TRADUCTION] «changement rapide»⁵ du sens de la circulation routière dans les zones de circulation à forte densité. En particulier, cette méthode permet de modifier rapidement le nombre de voies dans chaque sens de façon qu’il soit tenu compte de la circulation intense prévue à l’heure de pointe dans un sens ou dans l’autre selon le cas.

Dans la déclaration, seule la contrefaçon de la revendication 10 est alléguée, mais pour comprendre la méthode brevetée, il est utile de reproduire les «revendications de méthode» 10, 11 et 12:

[TRADUCTION] 10. Une méthode permettant de transposer un séparateur d’une première position à une seconde position latérale sur une route, ledit séparateur étant composé de plusieurs éléments reliés les uns aux autres, placés d’une façon auto-stable sur ladite route et disposés en tandem rapproché l’un par rapport à l’autre, comprenant le positionnement d’un véhicule routier mobile ayant un mécanisme de transposition près du bout dudit séparateur, enclenché dans les éléments, le déplacement dudit mécanisme de transposition à l’autre bout du séparateur et le levage simultané desdits éléments en tant qu’ensemble d’éléments suspendus et espacés au-dessus de ladite route de ladite première position près d’un côté dudit mécanisme de transposition, le déplacement en forme de S desdits éléments suspendus en tant qu’ensemble, généralement trans-

⁴ Appeal Book, Vol. I, at p. 021.

⁵ In fact, the trade name used by one of the parties.

⁴ Dossier d’appel, vol. 1, à la p. 021.

⁵ En fait, le nom commercial employé par l’une des parties.

serpentine-like generally transversely across said transfer mechanism from said first position towards said second position adjacent to a second side of said transfer mechanism opposite to the first side thereof, and depositing said suspended divider sections as a unit at said second position in free-standing relationship on said roadway.

11. The method of claim 10 wherein each of said lifting and moving steps comprises engaging and supporting upper ends of said divider sections in suspended relationship under said transfer mechanism.

12. The method of claim 11 wherein each said divider section has a pair of laterally spaced and longitudinally extending undercut bearing surfaces defined on an upper end thereof and wherein said engaging and supporting steps comprise moving a plurality of rollers beneath and into engagement with said bearing surfaces and gradually lifting said divider sections as a unit in suspended relationship above said roadway. (Appeal Book, Vol. 1, at page 028.)

The claims, it will be noted, are for a "method" and not for a machine but we were shown photographs and a video tape of machines said to embody the method. Again, in layman's terms, it appears to consist of a large wheeled rectangular frame which occupies approximately the whole of a single traffic lane on a high-speed highway and which, as it is moved along such highway, picks up the concrete lane dividers on one side at the front and transfers them across diagonally to deposit them on the other side at the rear.

The appellant is not the owner of the patent which is presently held in the name of the respondent, Energy Absorption Systems Inc. ("Energy Absorption"). The owner of the patent has granted a licence covering the U.S.A. and Canada to the respondent Barrier Systems Inc. ("Barrier"). The following terms of that licence are relevant:

2.01 The Licensor in consideration of the royalties hereby reserved hereby grants the Licensee an exclusive and nontransferable (except such transfers as are provided for in Section 10.01 hereof) right and license to make, have made for it, use, lease, repair and sell:

- (i) the inventions covered by the Licensor Patents in the Territory;
- (ii) The Technology in the Territory; and

versalement de l'autre côté dudit mécanisme de transposition, de ladite première position à ladite seconde position, près du côté opposé dudit mécanisme de transposition par rapport au premier côté, et le dépôt desdits éléments suspendus en tant qu'ensemble dans ladite seconde position, d'une manière autostable, sur ladite route.

11. La méthode mentionnée dans la revendication 10 selon laquelle chacune desdites opérations de levage et de déplacement comprend l'enclenchement et le soutien des extrémités supérieures desdits éléments suspendus sous ledit mécanisme de transposition.

12. La méthode mentionnée dans la revendication 11 selon laquelle chacun desdits éléments comporte une paire de surfaces portantes de dégagement espacées latéralement et s'étendant longitudinalement définies à l'extrémité supérieure et selon laquelle lesdites opérations d'enclenchement et de soutien comportent le déplacement de plusieurs rouleaux sous lesdites surfaces portantes et leur enclenchement et le levage graduel desdits éléments en tant qu'ensemble d'éléments suspendus au-dessus de ladite route. (Dossier d'appel, vol. 1, à la page 028.)

Il est à noter que les revendications visent une «méthode» et non une machine, mais on nous a montré des photographies et un vidéo des machines constituant apparemment une réalisation de la méthode. Ici encore, en termes vulgaires, il semble que la machine consiste en un gros cadre rectangulaire sur pneus qui occupe presque toute une voie de circulation sur une route à grande vitesse et qui, au fur et à mesure qu'il est déplacé le long de la route, ramasse les séparateurs en béton d'un côté à l'avant et les transpose diagonalement pour les déposer de l'autre côté à l'arrière.

L'appelante n'est pas propriétaire du brevet, qui est, à l'heure actuelle, détenu au nom d'Energy Absorption Systems Inc. («Energy Absorption»), partie intimée. Le propriétaire du brevet a accordé une licence visant les États-Unis et le Canada à l'intimée Barrier Systems Inc. («Barrier»). Voici les conditions pertinentes de la licence:

[TRADUCTION] 2.01 En échange des redevances ici prévues, le donneur de licence concède au porteur de licence un droit et une licence exclusifs et incessibles (sauf en ce qui concerne les cessions prévues à l'article 10.01) en vue de fabriquer, de faire fabriquer pour son compte, d'utiliser, de louer, de réparer et de vendre:

- i) les inventions visées par les brevets du donneur de licence dans le territoire;
- ii) la technique dans le territoire; et

(iii) any subsequent inventions, innovations or improvements made by Licensor in the fields covered by the Licensor Patents and The Technology during the term hereof. (Appeal Book, Vol. II, at page 225.)

iii) toute invention, innovation ou amélioration subséquente faite par le donneur de licence dans les domaines visés par les brevets du donneur de licence ainsi que la technique y afférente pour la durée de la licence. (Dossier d'appel, vol. II, à la page 225.)

10.01 The rights granted to the Licensee pursuant to this Agreement are personal, and Licensee shall not assign the benefit of this Agreement or any rights granted or to be granted hereunder without the written consent of the Licensor which consent shall not be unreasonably withheld, except that such rights may be assigned without such consent to a new company which may be formed for the exclusive or principle purpose of manufacturing and selling the products of this Agreement provided any such company agrees to be bound by the provisions of this Agreement and the Licensor is furnished with proof of such compliance. (Appeal Book, Vol. II, at page 234.)

[TRADUCTION] 10.01 Les droits accordés au porteur de licence en vertu du présent accord sont personnels, et le porteur de licence ne doit pas céder les avantages de cet accord ou tout autre droit accordé ou qui doit être accordé en vertu du présent accord sans l'autorisation écrite du donneur de licence, laquelle ne sera pas refusée sans motif valable, mais ces droits pourront être cédés sans que pareille autorisation ait été obtenue à toute nouvelle société constituée dans le but exclusif ou principal de fabriquer et de vendre les produits visés par cet accord, à condition que cette société s'engage à être liée par les dispositions de l'accord et que le donneur de licence obtienne la preuve de pareil engagement. (Dossier d'appel, vol. II, à la page 234.)

The appellant has entered into an agreement with Barrier by which it is appointed as "representative". The following provisions of that agreement are relevant for present purposes:

L'appelante a conclu avec Barrier un accord par lequel cette dernière est désignée à titre de [TRADUCTION] «représentant». Voici les dispositions pertinentes de cet accord:

I. DEFINITIONS

[TRADUCTION] I. DÉFINITIONS

A. The Products shall mean the following traffic control devices:

A. «Produits» Dispositifs de signalisation suivants:

- (1) Moveable concrete barriers;
- (2) Transfer vehicle; and
- (3) Ancillary equipment necessary to allow the barrier system to function properly.

- 1) des barrières de béton amovibles;
- 2) un véhicule de transfert; et
- 3) l'équipement connexe nécessaire pour permettre au système de barrières de fonctionner.

B. The Territory shall mean the Province of Québec, Canada.

B. «Territoire»: Le Québec (Canada).

II. RIGHTS GRANTED

II. DROITS ACCORDÉS

Barrier hereby appoints Representative exclusive representative of the Products in the Territory. Representative hereby accepts the exclusive representation of the Products in the Territory and agrees to promote the Products to customers located in the Territory only for use within the Territory. Barrier shall not ship Products to any other buyer in the Territory without prior written notification to the Representative. On the first sale, Barrier shall pay to Representative a commission equal to 7% of the net sale. In all other cases, Representative will receive a minimum commission of 5% of the net invoice amount of up to \$500,000, 4% of the next \$500,000, 3% of the next \$500,000, and 2% of amounts over \$1,500,000. Net invoice shall be defined as invoice price less freight and taxes. All amounts will be calculated in US dollars. If Barrier manufactures any new or modified devices different from the traffic control devices presently manufactured, Barrier shall give written notice to Representative of such new or modified devices and Representative shall have, for a period of sixty (60) days from the date of such notice, the option of adding such new or modified devices to the list specified in Article I.A. The Repre-

Barrier désigne par les présentes le représentant à titre de représentant exclusif des produits dans le territoire. Le représentant accepte d'agir à titre de représentant exclusif des produits dans le territoire et s'engage à promouvoir les produits auprès de la clientèle se trouvant dans le territoire, mais uniquement en vue de leur utilisation dans le territoire. Barrier n'expédiera pas de produits à quelque autre acheteur dans le territoire sans avoir signifié par écrit un préavis au représentant. Au moment de la première vente, Barrier versera au représentant une commission représentant 7 % du prix net de vente. Dans tous les autres cas, le représentant touchera une commission minimale représentant 5 % du montant net de la facture jusqu'à concurrence de la somme de 500 000 \$, 4 % des 500 000 \$ suivants, 3 % des 500 000 \$ suivants et 2 % des montants en sus de la somme de 1 500 000 \$. Le montant net de la facture sera défini comme le prix facturé moins le transport et les taxes. Toutes les sommes seront calculées en dollars américains. Si elle fabrique quelque dispositif nouveau ou modifié différent des dispositifs de signalisation actuellement fabriqués, Barrier avisera par écrit le représentant de la chose

sentative shall not have the right to manufacture or produce the Products unless specifically approved by Barrier in writing. (Appeal Book, Vol. I, at pages 090-091.)

et dans les soixante (60) jours de la date de pareil avis, le représentant pourra à son gré ajouter ce dispositif à la liste mentionnée à l'article I.A. Le représentant n'aura pas le droit de fabriquer ou de produire les produits sans avoir expressément obtenu l'autorisation écrite de Barrier. (Dossier d'appel, vol. I, aux pages 090 et 091.)

VI. INDEPENDENT CONTRACTORS

It is understood that each party hereto is an independent contractor engaged in the operation of its own business, is not the agent of the other party for any purpose whatsoever, and neither party has any authority to enter into any contracts or assume any obligation for the other party, or to make any warranties or representations on behalf of the other party. Nothing herein contained shall be construed to establish a relationship of employer and employee, co-partners or joint venturers between Barrier and Representative. (Appeal Book, Vol. I, at page 093.)

The agreement makes no specific reference to the patent but it is not contested that the "movable concrete barriers" which are its object are in fact "lane dividers" covered by one or more of claims 1 to 9 and the "transfer vehicle" is the embodiment of the "method" covered by one or more of claims 10, 11 and 12. It is also clear that the appellant has acquired such "lane dividers" and "transfer vehicle" (called a "T.T.V.") from Barrier and has been making use of them and the patented methods in carrying on its business.

(I have used the word "acquired" because much was sought to be made by respondent of the fact that appellant had financed its acquisition by means of a leasing arrangement with financial institutions and was therefore not the owner of the "lane dividers" and "T.T.V.", did not have title thereto, and did not even derive its rights, whatever they might be, directly from Barrier. In my view, nothing whatsoever turns on this fact. If it were necessary to do so, I should have no hesitation in looking through the technicalities imposed by modern financing methods to the underlying commercial realities, but it is not. In my view, the question whether the appellant is a person "claiming under" the patentee does not depend upon the number of removes between it and

VI. ENTREPRENEURS INDÉPENDANTS

Il est entendu que chaque partie aux présentes est un entrepreneur indépendant s'occupant de l'exploitation de sa propre entreprise et n'est pas mandataire de l'autre partie à quelque fin que ce soit et que ni l'une ni l'autre des parties n'est autorisée à passer un contrat ou à assumer une obligation pour l'autre partie ou à fournir des garanties ou à faire des représentations pour le compte de l'autre partie. Aucune disposition des présentes ne doit être interprétée comme établissant une relation employeur-employé, ou une relation de coassociés ou de coentrepreneurs entre Barrier et le représentant. (Dossier d'appel, vol. I, à la page 093.)

L'accord ne fait aucune mention expresse du brevet, mais il n'est pas contesté que les [TRADUCTION] «barrières de béton amovibles» qui en font l'objet sont de fait les [TRADUCTION] «séparateurs» visés par une ou plusieurs des revendications 1 à 9 et que le [TRADUCTION] «véhicule de transfert» constitue la réalisation de la «méthode» visée par une ou plusieurs des revendications 10, 11, 12. Il est également clair que l'appelante a acquis pareils [TRADUCTION] «séparateurs» et le [TRADUCTION] «véhicule de transfert» (appelé un «T.T.V.») de Barrier et les a utilisés ainsi que les méthodes brevetées dans l'exploitation de son entreprise.

(J'ai employé le mot «acquis» parce que l'intimée a fait grand cas du fait que l'appelante avait financé son acquisition au moyen d'un contrat de crédit-bail avec des établissements financiers et n'était donc pas propriétaire des [TRADUCTION] «séparateurs» et du «T.T.V.», qu'elle ne possédait aucun droit de propriété à leur égard et qu'elle ne tirait même pas ses droits, quels qu'ils soient, directement de Barrier. À mon avis, ce fait n'entre absolument pas en ligne de compte. S'il était nécessaire de le faire, je n'hésiterais aucunement à passer outre aux subtilités imposées par les méthodes contemporaines de financement pour tenir compte des réalités commerciales sous-jacentes, mais ce n'est pas le cas. À mon avis, la question de savoir si l'appelante est une personne «se

the patentee but upon the nature of the rights held and their ultimate provenance.)

As previously indicated, Rouleau J. was of the view that the appellant did not have the capacity to seek relief for any alleged infringement of the patent. The core of his reasoning is contained in the following passage where, after reviewing the documents which I have just quoted, he said [at pages 4-5]:

It is evident from the above that the patent owner granted to the defendant Barrier an exclusive licence to the patent in North America and that the rights granted to Barrier under this licence were non-transferable. It is also evident that Barrier, in its agreement with the plaintiff, did not purport to transfer any of these rights to the plaintiff, that the plaintiff is not an agent of Barrier, merely a representative entitled to use and promote Barrier's patents.

Most of the jurisprudence asserted by the plaintiff relies on the general principle that a purchaser of a patented article may use it without infringing the patent because the law implies that, by virtue of the purchase, a purchaser is granted "a licence" by the patentee to sell, lease or deal with the patented article as he pleases. I do not disagree, while there is no doubt that the plaintiff has a "right" or "licence" to use the equipment as he sees fit, this corollary does not confer on it any "rights" under the patent.

I must conclude that the plaintiff is no more than an exclusive representative of Barrier, the manufacturer of the equipment, in the territory of Ontario and Quebec and it has, in fact, no capacity to seek injunctive relief. (Appeal Book, Vol. VIII, at pages 1759-1760.)

In my view, and with respect, this is an error. The fact that Barrier could not assign its rights under its licence (section 10.01 *supra*) nor transfer the licence (section 2.01) is nothing to the point. Barrier was clearly entitled by the latter section to sell the invention and in fact did so, and that is the source of appellant's right.

It is trite law that on an application to strike, pursuant to Rule 419(1)(a), the allegations of the statement of claim must be taken as proven and the statement should be struck out "only in plain and obvious

réclamant» du breveté ne dépend pas du degré de proximité entre elle et le breveté, mais de la nature des droits possédés et de leur source ultime.)

^a Comme je l'ai ci-dessus indiqué, le juge Rouleau estimait que l'appelante n'avait pas qualité pour demander réparation pour quelque présumée contrefaçon du brevet. Le cœur de son raisonnement figure dans le passage suivant où, après avoir examiné les documents que je viens de citer, il a dit ceci [à la page 4]:

^c Il est évident d'après ce qui précède que le titulaire du brevet a cédé à la défenderesse Barrier une licence exclusive à l'égard du brevet en Amérique du nord et que les droits conférés à Barrier aux termes de cette licence étaient inaccessibles. Il est également évident que Barrier, dans l'accord qu'elle a conclu avec la demanderesse, n'avait pas l'intention de lui transférer un de ces droits, que la demanderesse n'est pas le mandataire de Barrier, mais simplement un représentant autorisé à utiliser et à promouvoir les brevets de Barrier.

^d La plupart des causes citées par la demanderesse se fondent sur le principe général selon lequel l'acheteur d'un bien breveté peut l'utiliser sans violer le brevet parce que la Loi sous-entend que, en vertu de l'achat, l'acheteur obtient «une licence» du breveté pour vendre, céder à bail le bien breveté ou le traiter à son gré. Je suis d'accord, bien qu'il soit évident que la demanderesse possède un «droit» ou une «licence» lui permettant d'utiliser le matériel selon qu'elle le juge à propos, cette conclusion ne lui confère pas de «droits» aux termes du brevet.

^e Je dois conclure que la demanderesse n'est rien de plus qu'un représentant exclusif de Barrier, le fabricant du matériel, dans le territoire de l'Ontario et du Québec et n'a en fait aucune qualité pour chercher à obtenir une injonction. (Dossier d'appel, vol. VIII, aux pages 1759 et 1760.)

^f À mon avis, et avec égards, le juge a commis une erreur. Le fait que Barrier ne pouvait pas céder les droits que lui conférait sa licence (article 10.01 précité) ni céder la licence (article 2.01) n'a rien à voir avec l'affaire. Ce dernier article permettait clairement à Barrier de vendre l'invention et, de fait, c'est ce que Barrier a fait, et c'est là la source du droit de l'appelante.

^g Il est de droit constant que lorsqu'une demande de radiation est présentée conformément à la Règle 419(1)a), les allégations de la déclaration doivent être considérées comme avérées et que la déclaration

cases” and where “the case is beyond doubt”.⁶ Here the relevant allegations of the statement of claim are as follows:

16. By virtue of the aforementioned agreements and its purchases of TTV equipment covered by patent 469 from the defendant BARRIER SYSTEMS, the plaintiff SIGNALISATION enjoys exclusive use of the patented system, the exclusive right to promote the sale of, sell or enable third parties to benefit from a right to exploit the patented system and method, and rights to license use of the patented method in the provinces of Quebec and Ontario.

17. Pursuant to the aforementioned agreements and the provisions of the Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, the only other persons entitled to use the devices and exploit under licence the method covered by patent 469 are other purchasers of the system patented through the plaintiff SIGNALISATION, the purchase of such devices and barriers giving the purchaser a licence to exploit rights to the method patented in patent 469 within the territories of the provinces of Quebec and Ontario or any part thereof.

33. The plaintiff SIGNALISATION and the defendants BARRIER SYSTEMS and ENERGY ABSORPTION consider that the method of moving flexible rigid barriers used either by the defendant SERVICES DE BÉTON, the defendant ITI or the defendant 927 CANADA in repairing the Pont Gédéon Ouimet project is an infringement of the patented method described in claim 10 of patent 469.

39. As a consequence of their unlawful activities the defendants SERVICES DE BÉTON, ITI, 927 CANADA and RICHARD CAPUANO made profits, while the plaintiff SIGNALISATION sustained damage by reason of the use by the aforesaid defendants of a method for moving rigid flexible barriers which infringed claim 10 of patent 469 in connection with the Pont Gédéon Ouimet project. (Appeal Book, Vol. I, at pages 004-009.)

These allegations may be reduced for present purposes to three very simple propositions:

- 1) The appellant by acquiring the “lane dividers” and the “T.T.V.” has acquired an implied licence to use the patented method in Ontario and Quebec;
- 2) The respondents have breached claim 10 of the patent;
- 3) The appellant has thereby suffered damage.

⁶ *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740, per Estey J.

devrait être radiée «seulement dans les cas évidents» et lorsqu’il s’agit d’un cas «au-delà de tout doute»⁶. Voici les allégations pertinentes de la déclaration:

16. La défenderesse SIGNALISATION bénéficie, en vertu des accords précités et de ses achats d’équipements T T V couverts par le brevet 469 auprès de la défenderesse BARRIER SYSTEMS, de l’usage exclusif du système breveté, du droit exclusif de promouvoir la vente, de vendre ou de faire bénéficier des tierces parties d’un droit d’exploiter le système et la méthode brevetés, et des droits de licence d’utilisation de la méthode brevetée dans les provinces de Québec et d’Ontario.

17. En vertu des accords précités et des dispositions de la Loi sur les brevets S.R.C. 1985, c. P-4, les seules autres personnes qui auraient le droit d’utiliser des appareils et d’exploiter sous licence la méthode couverte par le brevet 469 seraient d’autres acquéreurs du système breveté par l’intermédiaire de la demanderesse SIGNALISATION, l’achat de tels appareils et barrières donnant à l’acquéreur une licence d’exploitation des droits de la méthode brevetée du brevet 469 dans les territoires des provinces de Québec et d’Ontario, ou d’une partie de ceux-ci.

33. La demanderesse SIGNALISATION ainsi que les défenderesses BARRIER SYSTEMS et ENERGY ABSORPTION sont d’avis que la méthode de déplacement des barrières rigides flexibles utilisée soit par la défenderesse SERVICES DE BÉTON, soit par la défenderesse ITI, ou soit par la défenderesse 927 CANADA, lors de la réparation du projet Pont Gédéon Ouimet, est une contrefaçon de la méthode brevetée décrite à la revendication 10 du brevet 469.

39. En raison de leurs activités illégales, les défenderesses SERVICES DE BÉTON, ITI, 927 CANADA et le défendeur RICHARD CAPUANO ont fait des profits, tandis que la demanderesse SIGNALISATION a subi des dommages en raison de l’emploi par les défenderesses ci-dessus, d’une méthode pour effectuer le déplacement des barrières rigides flexibles en contrefaçon de la revendication 10 de brevet 469 dans le cadre du projet Pont Gédéon Ouimet. (Dossier d’appel, vol. I, aux pages 004 à 009.)

Aux fins qui nous occupent, ces allégations peuvent se ramener à trois propositions fort simples:

- 1) En acquérant les [TRADUCTION] «séparateurs», et le «T.T.V.», l’appelante a acquis une licence implicite lui permettant d’employer la méthode brevetée en Ontario et au Québec;
- 2) Les intimés ont violé la revendication 10 du brevet;
- 3) L’appelante a donc subi un préjudice.

⁶ *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740, le juge Estey.

It is settled law that the purchaser of a patented article from a patentee acquires, at the same time, the right to use the article and the right to sell it, together with the same "right of use", to another person. As long ago as 1871, this right was described as a "licence":

When a man has purchased an article he expects to have the control of it, and there must be some clear and explicit agreement to the contrary to justify the vendor in saying that he has not given the purchaser his license to sell the article, or to use it wherever he pleases as against himself. He cannot use it against a previous assignee of the patent, but he can use it against the person who himself is proprietor of the patent, and has the power of conferring a complete right on him by the sale of the article.⁷

It is equally settled law that under section 55 of the *Patent Act* a licensee, even a non-exclusive licensee, is a person "claiming under" the patentee and is entitled to sue for infringement. The leading Canadian case is *Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd.*⁸ where Martland J. speaking for the Supreme Court said:

Armstrong sought to distinguish an exclusive licence from a non-exclusive licence on the basis that the former was a grant of a part of the monopoly and that such a licensee was practically an assignee of the patent for the term of the licence with all the beneficial rights of the patentee. It is difficult to reconcile this reasoning with what was said in *Heap v. Hartley* (*supra*) (applied by this Court in the *Electric Chain Co.* case) in the passage which I have already quoted. I repeat from that passage the following portion which is apt in relation to Armstrong's submission:

Now he puts his case in a two-fold manner. He says: "In the first place, as exclusive licensee, I am in the position of an assign of the letters patent for that district and for that term, and as an assign of letters patent, I have a right to restrain any person who is infringing within the district." That argument appears to be based on an entire error with regard to the nature of a license. An exclusive license is only a license in one sense; that is to say, the true nature of an exclusive license is this. It is a leave to do a thing, and a contract not to give leave to anybody else to do the same thing. But it confers like any other license, no interest or property in the thing.

In my opinion, the reasons which led this Court and the Privy Council to the conclusion reached in the *Fiberglas* case are as applicable to a non-exclusive licensee as to an exclusive

⁷ *Betts v. Wilmott* (1871), L.R. 6 Ch. 239, at p. 245, per Lord Hatherley, L.C.

⁸ [1982] 1 S.C.R. 907, at pp. 918-919.

Il est de droit constant que la personne qui achète un article breveté au titulaire du brevet acquiert en même temps le droit d'employer l'article et le droit de le vendre à une autre personne, ainsi que le «droit d'utilisation». Dès 1871, ce droit a été décrit comme étant une «licence»:

[TRADUCTION] Lorsqu'un homme achète un article, il s'attend à en avoir le contrôle, et il doit exister une entente contraire claire et expresse pour que le vendeur puisse dire qu'il n'a pas accordé sa licence à l'acquéreur pour vendre l'article, ou pour l'utiliser là où il le juge à propos. Il ne peut pas l'utiliser contre un cessionnaire antérieur du brevet, mais il peut l'utiliser contre la personne qui est elle-même propriétaire du brevet, et est autorisé à conférer un droit complet à son égard au moyen de la vente de l'article⁷.

Il est également de droit constant qu'en vertu de l'article 55 de la *Loi sur les brevets*, le porteur de licence, même si sa licence n'est pas exclusive, est une personne «se réclamant» du breveté et a le droit d'intenter une action en contrefaçon. L'arrêt canadien qui fait autorité est l'arrêt *Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd.*⁸, dans lequel le juge Martland, parlant au nom de la Cour suprême, a dit ceci:

Armstrong tente d'établir une distinction entre une licence exclusive et une licence non exclusive en disant que la première accorde une partie du monopole et que le titulaire de cette licence est pratiquement, pour la durée de la licence, un cessionnaire du brevet avec tous les droits découlant du brevet. Il est difficile de concilier ce raisonnement et ce qu'on a dit dans l'arrêt *Heap v. Hartley* (précité) (que cette Cour a appliqué dans l'affaire *Electric Chain Co.*) dans le passage que j'ai déjà cité. J'en répète l'extrait suivant qui est pertinent à l'égard de l'argument d'Armstrong:

[TRADUCTION] Il expose son cas de deux façons. Il dit: «D'abord, à titre de titulaire exclusif d'une licence, je suis dans la position d'un cessionnaire des lettres patentes pour cette région et pour cette période et, en cette qualité, j'ai le droit de faire cesser les activités de toute personne qui commet une contrefaçon dans cette région.» Cet argument paraît fondé sur une idée complètement erronée de la nature d'une licence. Une licence exclusive est seulement une licence dans un seul sens; c'est-à-dire que la véritable nature d'une licence est la suivante. C'est une permission de faire une chose et un contrat par lequel on s'engage à ne donner à personne d'autre la permission de faire la même chose. Mais cela ne confère, comme toute autre licence, aucun intérêt ou droit réel dans la chose.

À mon avis, les motifs qui ont amené cette Cour et le Conseil privé à conclure comme ils l'ont fait dans l'affaire *Fiberglas* s'appliquent autant au titulaire d'une licence non exclu-

⁷ *Betts v. Wilmott* (1871), L.R. 6 Ch. 239, à la p. 245, lord Hatherley, L.C.

⁸ [1982] 1 R.C.S. 907, aux p. 918 et 919.

licensee. If an exclusive licensee is a person claiming under the patentee within s. 57(1), [now sub-section 55(1)], and the *Fiberglas* case so holds, there is no valid basis, under the wording of the subsection, to exclude its application to a non-exclusive licensee, and there is no valid basis for interpreting the *Fiberglas* case as holding otherwise.

It was also contended on behalf of Armstrong that a non-exclusive licensee has no rights which can be infringed and therefore has no claim against the infringer of a patent. This was the view of Jackett C.J. in the *American Cyanamid* case. He was of the opinion that the non-exclusive licensee had only a right to use the patent, which right was not affected by its infringement.

This was the legal position, even in respect of an exclusive licensee, prior to the enactment of s. 55 of the 1935 Act. Section 55 was enacted to meet this difficulty and, in my opinion, it has overcome the problem. Section 55(1), by its terms, imposes a liability upon the infringer of a patent to the patentee and also to all persons claiming under him for all damages sustained by the patentee or any such person by reason of such infringement. It is the infringement of the patent which gives rise to a liability. If that infringement causes damage to the patentee or to any person claiming under him, the infringer must compensate for the damage sustained by reason of the infringement of the patent. A licensee relying on this subsection is not claiming against the infringer for infringement of his rights under the licence, he is claiming for the damage he has sustained in consequence of the infringement of the patent. [Emphasis added.]

The respondent contends, however, and the Motions Judge seems to have accepted, that it is loose use of language to describe the purchaser's right to use a patented article as a "licence". Quite apart from the fact that I would be reluctant to find that Lord Hatherley, L.C. had been speaking loosely when he spoke of a "licence" in *Betts v. Wilmott*, *supra*, it is difficult to see on what other legal basis one could place the rights accruing to the purchaser of a patented article. The respondent suggests that it is a form of estoppel which simply goes to prevent the patentee from asserting the patent against the person to whom he has sold the thing. But this surely cannot be the case. Estoppel would be personal to the purchaser and would avail only against the patentee or persons claiming under him. Thus, if the respondent's analysis were correct it would mean that the incorporeal right in the patent could somehow become separated from the corporeal right of ownership in the thing sold, for if the first is personal and

sive qu'au titulaire d'une licence exclusive. Si le titulaire d'une licence exclusive est une personne qui se réclame du breveté au sens du par. 57(1) [maintenant paragraphe 55(1)], ce que l'arrêt *Fiberglas* décide, il n'y a pas de motif valable, en vertu du texte de ce paragraphe, d'exclure de son application le titulaire d'une licence non exclusive, et il n'y a pas de motif valable d'interpréter autrement la conclusion de l'arrêt *Fiberglas*.

On a en outre fait valoir au nom d'Armstrong que le titulaire d'une licence non exclusive n'a pas de droits susceptibles d'être violés et donc n'a pas de recours contre le contrefacteur d'un brevet. C'est l'opinion que le juge en chef Jackett a exprimée dans l'arrêt *American Cyanamid*. Il était d'avis que le titulaire d'une licence non exclusive avait uniquement le droit d'exploiter le brevet, et que la contrefaçon ne portait pas atteinte à ce droit.

C'était la situation juridique qui prévalait, même à l'égard du titulaire d'une licence exclusive, avant l'adoption de l'art. 55 de la Loi de 1935. L'article 55 a été adopté pour régler cette difficulté et, à mon avis, il a résolu le problème. Le paragraphe 55(1), par son texte même, impose au contrefacteur du brevet une responsabilité envers le breveté et également envers toutes les personnes qui se réclament de lui pour tous dommages que subissent le breveté ou ces personnes en raison de la violation. La responsabilité découle de la violation du brevet. Si la violation cause des dommages au breveté ou à une personne qui se réclame de lui, le contrefacteur doit les indemniser des dommages imputables à la violation du brevet. Un titulaire de licence qui invoque ce paragraphe ne réclame rien au contrefacteur pour la violation des droits que lui accorde la licence, il réclame des dommages-intérêts en compensation des pertes qu'il a subies en conséquence de la violation du brevet. [C'est moi qui souligne.]

Toutefois, l'intimée soutient, et le juge des requêtes semble avoir accepté, que qualifier de «licence» le droit que possède l'acquéreur d'utiliser un article breveté est une façon peu exacte de s'exprimer. Indépendamment du fait que j'hésiterais à conclure qu'en parlant d'une «licence» dans l'arrêt *Betts v. Wilmott*, précité, lord Hatherley, L.C., avait fait un emploi peu exact du mot, il est difficile de voir sur quel autre fondement juridique pourraient reposer les droits acquis par l'acheteur d'un article breveté. L'intimée laisse entendre qu'il s'agit d'une sorte d'*estoppel* qui vise simplement à empêcher le breveté d'invoquer le brevet contre la personne à laquelle il a vendu la chose. Cependant, cela ne peut sûrement pas être le cas. L'*estoppel* serait propre à l'acheteur et pourrait uniquement être invoqué contre le breveté ou les personnes se réclamant de celui-ci. Par conséquent, si la thèse de l'intimée était exacte, cela voudrait dire que le droit incorporel sur le brevet pourrait de quelque façon être séparé du droit corporel de pro-

limited in scope, there can be no doubt that the second avails against the world. But if the first is simply an incident of the second, which it clearly is, it seems more consonant with principle that they should not be separated. The characterization of the relationship as one of licence, albeit implied, seems far more appropriate.

The concept of an implied licence from the patentee to a purchaser of a patented article also serves better to explain the latter's undoubted right (saving any contractual provision to the contrary) to himself resell the article and convey to his purchaser an equal right to use and sell it, and so on *ad infinitum*. The chain is surely better viewed as one of a series of implied sub-licences than of notional estoppels.

Also, it seems that estoppel is an inappropriate characterization in the circumstances because it assumes infringement. It is trite to say that estoppel is a shield and not a sword, that it serves only as a defence and not as a cause of action. But as a defence to what? The answer can only be an action for infringement. But, if I purchase a patented monkey wrench from a hardware store which has acquired it from a wholesaler which has obtained it from a distributor who got it from a manufacturer who holds a licence from the patentee, an infringement action by the latter against me will fail, not because I have infringed but am protected from the claim asserted against me, but rather because I have a right to use the thing which I have bought, a right that can be asserted not only against the patentee but against the world at large and which prevents me from being an infringer. Just like any other licensee, I am a person "claiming under" the patentee and that claim avails as much against the latter as against anyone else.

Finally, the respondent threatened us with the "floodgates" argument: if the purchaser of a patented article is to be held to be an implied non-exclusive licensee and thereby to have the right to claim for damages for infringement pursuant to section 55, there will be no end to infringement actions by all the

propriété sur la chose vendue, car si le premier est personnel et limité quant à son étendue, il est certain que le second peut être invoqué contre tous. Cependant, si le premier est simplement accessoire du second, ce qui est clairement le cas, il semble être plus conforme au principe que ces droits ne soient pas séparés. Dire qu'il s'agit d'une licence, quoique implicite, semble être beaucoup plus approprié.

La notion de licence implicite accordée par le breveté à l'acquéreur d'un article breveté sert également à mieux expliquer le droit indubitable que possède ce dernier (en l'absence de quelque disposition contractuelle contraire) de revendre lui-même l'article et de transférer à l'acquéreur un droit égal de l'utiliser et de le vendre, et ainsi de suite *ad infinitum*. De toute évidence, il est préférable de considérer la chaîne comme une série de sous-licences implicites plutôt que comme une série d'estoppels théoriques.

De plus, il semble qu'en l'occurrence, il ne soit pas approprié de considérer qu'il y a *estoppel* parce que cela laisse supposer la contrefaçon. Il est bien établi que l'*estoppel* est un bouclier et non une épée, qu'il ne sert que comme moyen de défense et non comme cause d'action. Cependant, à quoi peut-il être opposé? Il doit uniquement s'agir d'une action en contrefaçon. Toutefois, si j'achète une clé anglaise brevetée chez un quincaillier qui l'a achetée à un grossiste, qui l'a obtenue d'un distributeur, qui l'a eue chez un fabricant qui détient une licence du breveté, l'action en contrefaçon intentée contre moi par ce dernier sera rejetée, non parce que j'ai contrefait le brevet, mais que je suis protégé contre l'action intentée contre moi, mais plutôt parce que j'ai le droit d'utiliser la chose que j'ai achetée, droit qui peut être invoqué non seulement contre le breveté, mais aussi contre toute personne et qui m'empêche d'être un contrefacteur. Comme tout autre porteur de licence, je suis une personne «se réclamant» du breveté et la chose peut être invoquée autant contre ce dernier que contre toute autre personne.

Enfin, l'intimée a invoqué l'argument tiré de l'avalanche à redouter: si l'acheteur d'un article breveté doit être considéré comme porteur d'une licence implicite non exclusive et comme ayant donc le droit de demander des dommages-intérêts pour contrefaçon en vertu de l'article 55, il n'y aura pas de fin aux

ultimate purchasers of all the patented monkey wrenches, ballpoint pens, flashlights, clocks and whatnots that human ingenuity has invented and placed on the market.

Like most “floodgates” arguments, this one is specious. In the first place, it will be rare that a non-exclusive licensee of this sort will in fact suffer any damages, or if he did that they would be anything other than *de minimis*. In the second place, however, and assuming that such an implied non-exclusive licensee is seriously damaged by an infringement of the patent, I can think of no principled reason which would deny him his recovery. Certainly, one cannot say that his damages should be included in those of the patentee, for clearly that is not the case. To hold, on the other hand, that this is a case of *damnum absque injuria* is offensive in the extreme. Such cases usually arise where the damage is caused by the exercise of some competing right; an infringer, by definition, has no right to infringe and should, therefore, be held accountable to those whom he harms.

In my view, a person “claiming under” the patentee is a person who derives his rights to use the patented invention, at whatever degree, from the patentee. The right to use an invention is one the monopoly to which is conferred by a patent.⁹ When a breach of that right is asserted by a person who can trace his title in a direct line back to the patentee that person is “claiming under” the patentee. It matters not by what technical means the acquisition of the right to use may have taken place. It may be a straightforward assignment or a licence. It may, as I have indicated, be a sale of an article embodying the

⁹ Section 42 [as am. *idem*, s. 16] of the *Patent Act* reads:

42. Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to this Act, grant to the patentee and the patentee's legal representatives for the term of the patent, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction. [Emphasis added.]

actions en contrefaçon intentées par les acquéreurs finaux des clés anglaises, stylos à bille, lampes de poche, horloges et autres articles brevetés que l'ingéniosité humaine a permis d'inventer et de mettre en marché.

Comme la plupart des arguments tirés de l'avalanche à redouter, il s'agit d'un argument spécieux. En premier lieu, il est rare qu'un porteur de licence non exclusive de ce genre subisse en fait un préjudice autre que minime. En second lieu toutefois, et à supposer que pareil porteur de licence implicite non exclusive subisse un préjudice grave par suite de la contrefaçon du brevet, je ne puis songer à aucune raison valable qui empêcherait le recouvrement. À coup sûr, on ne peut pas dire que ses dommages-intérêts devraient être compris dans ceux du breveté car, de toute évidence, ce n'est pas le cas. D'autre part, juger qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle le principe *damnum absque injuria* s'applique est extrêmement offensant. Pareilles affaires se présentent habituellement lorsque le préjudice est causé par l'exercice de quelque droit concurrentiel; par définition, le contrefacteur n'a pas le droit de contrefaire un brevet et devrait donc être tenu responsable envers les personnes auxquelles il cause un préjudice.

À mon avis, une personne «se réclamant» du breveté est une personne qui tire du breveté son droit d'utilisation de l'invention brevetée, à quelque degré que ce soit. Le droit d'employer une invention en est un dont le monopole est conféré par un brevet⁹. Lorsque la violation de ce droit est alléguée par une personne qui peut directement faire remonter son titre jusqu'au breveté, cette personne «se réclame» du breveté. Peu importe le moyen technique par lequel le droit d'utilisation peut avoir été acquis. Il peut s'agir d'une cession directe ou d'une licence. Comme je l'ai indiqué, il peut s'agir de la vente d'un article consti-

⁹ L'article 42 [mod., *idem*, art. 16] de la *Loi sur les brevets* est ainsi libellé:

42. Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou le nom de l'invention avec renvoi au mémoire descriptif et accorde, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée du brevet à compter de la date où il a été accordé, le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention, sauf jugement en l'espèce par un tribunal compétent. [C'est moi qui souligne.]

invention. It may also be a lease thereof. What matters is that the claimant asserts a right in the monopoly and that the source of that right may be traced back to the patentee. That is the case with the appellant here.

In my view, the appellant has the status to assert a claim for damages under section 55 of the *Patent Act* and has done so *inter alia* in the paragraphs in the statement of claim reproduced and summarized above. That statement of claim should not have been struck out.

His Lordship agreed with Rouleau J. that the interlocutory injunction application should be denied. By the date that this appeal was argued, the construction project in respect of which the interlocutory injunction was sought had been completed. Accordingly, injunctive relief could relate only to possible future use of the allegedly infringing machine. Hugessen J.A. said that the principles governing the granting of interlocutory injunctions were well known and had been restated by Stone J.A. in Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc. There was here a serious question to be tried. As for irreparable harm, appellant's case was argued on the basis of the financial stability of the two sides. Appellant was said to be at risk of bankruptcy if it lost the sub-contract for the construction project. It was further asserted that respondent was in a shaky financial position so that it might be unable to satisfy a judgment awarded against it. But it did not appear that appellant's financial difficulties resulted from respondent's activities and the Court was not persuaded that respondent would be unable to satisfy a judgment. Nor could it be concluded that the balance of convenience clearly favoured either party. In making a rough assessment of the relative strengths of the parties' cases—the final factor mentioned in Turbo Resources—His Lordship concluded that the defences raised were serious enough to cast a long shadow on the rights which were at the heart of appellant's claim. The evidence was such as to leave the Court in doubt as to the fact of infringement. It would therefore be inappropriate to issue an interlocutory injunction.

tuant une réalisation de l'invention. Il peut également s'agir de la location de l'invention. Ce qui importe est que le réclamant invoque un droit sur le monopole et que la source de ce droit puisse remonter au breveté. C'est ce qui se produit ici dans le cas de l'appelante.

À mon avis, l'appelante a qualité pour intenter une action en dommages-intérêts en vertu de l'article 55 de la *Loi sur les brevets* et elle l'a notamment fait dans les paragraphes de la déclaration que j'ai ci-dessus reproduits et résumés. Cette déclaration n'aurait pas dû être radiée.

Le juge s'est montré d'accord avec le juge Rouleau pour dire que la demande d'injonction devrait être rejetée. À la date à laquelle cet appel a été plaidé, le projet de construction à l'égard duquel l'injonction interlocutoire était recherchée avait été réalisé. Conséquemment, l'injonction ne pouvait se rapporter qu'à l'usage futur éventuel de la machine dont on alléguait qu'elle constituait une contrefaçon. Le juge Hugessen, J.C.A., a dit que les règles régissant l'octroi des injonctions interlocutoires sont bien connues et qu'elles ont été exposées de nouveau par le juge Stone, J.C.A., dans l'arrêt Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc. Il y avait en l'espèce une question sérieuse à trancher. Quant au préjudice irréparable, l'appelante a fait valoir ses moyens en se fondant sur la stabilité financière des deux parties. On a dit que l'appelante risquait de faire faillite si elle perdait le sous-contrat visant le projet de construction. On a de plus avancé que l'intimée était aussi dans une situation précaire, de sorte qu'elle pourrait ne pas être en mesure de respecter un jugement prononcé contre elle. Mais il n'était pas évident que les problèmes pécuniaires de l'appelante étaient imputables aux activités de l'intimée, et la Cour n'était pas convaincue que l'intimée ne serait pas en mesure de payer la somme adjudgée contre elle, le cas échéant. On ne pouvait non plus conclure que la prépondérance des inconvénients favorisait clairement une partie ou l'autre. En faisant une évaluation sommaire de la force relative de la preuve des parties—le dernier facteur mentionné dans l'arrêt Turbo Resources—le juge a conclu que les moyens de défense invoqués

étaient suffisamment sérieux pour laisser planer un grave doute sur les droits qui servent de fondement à la demande de l'appelante. La preuve est telle que la Cour doute qu'il y ait contrefaçon.

^a Il ne serait donc pas opportun de décerner une injonction interlocutoire.

Conclusion

I would allow the appeal in part. I would set aside the order of Rouleau J. which struck out the statement of claim and I would dismiss the application made pursuant to Rule 419 with costs. I would affirm the order dismissing the application for an interlocutory injunction. Success on the appeal being divided, I would make no order as to costs in appeal.

* * *

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

DÉCARY J.A. (*dissenting* in part): Unlike my colleague Hugessen J.A., I do not believe that the remedy available to Signalisation de Montréal Inc., if remedy it has, may take the form of an action for patent validation and infringement under subsection 55(1) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act). I therefore find, for the reasons set out herein, that the appellant has no capacity to bring the action and that the motion by Les Services de Béton Universels Ltée based on Rule 419 was properly allowed by the Motions Judge.

To assist in understanding the following reasons, the owner of the patent, Quick-Steel Engineering Pty Limited, will be referred to as "Quick-Steel"; the assignee of the patent, Energy Absorption Systems Inc., as "Energy"; the holder of a licence issued by Quick-Steel, Barrier Systems Inc., as "Barrier"; the exclusive representative of Barrier under a contract signed by it, Signalisation de Montréal Inc., as "the appellant"; and the alleged infringer of the patent, Les Services de Béton Universels Ltée, as "the respondent". I shall further refer to the [TRANSLATION] "equipment forming part of a patented method of rapidly installing and transferring movable barri-

Conclusion

^b J'accueillerais l'appel en partie. J'annulerais l'ordonnance par laquelle le juge Rouleau a radié la déclaration et je rejetterais la demande présentée conformément à la Règle 419 avec dépens. Je confirmerais l'ordonnance rejetant la demande d'injonction interlocutoire. Le succès de l'appel étant partagé, je ne rendrais aucune ordonnance au sujet des dépens en appel.

* * *

Voici la version française des motifs du jugement rendus par

^e LE JUGE DÉCARY, J.C.A. (*dissident* en partie): Contrairement à mon collègue le juge Hugessen, J.C.A., je ne crois pas que le recours de Signalisation de Montréal Inc., s'il en est, puisse prendre la forme d'une action en validation de brevet et en contrefaçon dudit brevet en vertu du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C., 1985, ch. P-4 (la Loi). J'en viens donc, pour les raisons que voici, à la conclusion que l'appelante n'a pas qualité pour intenter l'action et que la requête des Services de Béton Universels Ltée fondée sur la Règle 419 a été à bon droit accueillie par le juge des requêtes.

^h Pour faciliter la compréhension des motifs qui suivent, le titulaire du brevet, Quick-Steel Engineering Pty Limited, sera désigné par «Quick-Steel»; le cessionnaire du brevet, Energy Absorption Systems Inc., par «Energy»; le détenteur d'une licence émise par Quick-Steel, Barrier Systems Inc, par «Barrier»; le représentant exclusif de Barrier en vertu d'un contrat conclu avec cette dernière, Signalisation de Montréal Inc., par «l'appelante»; et le soi-disant contrefacteur du brevet, Les Services de Béton Universels Ltée, par «l'intimée». Je désignerai par ailleurs sous le nom de «produit breveté» cet «équipement faisant partie d'un système breveté d'installation et de déplacement

ers”¹⁰ “for the sale” of which the appellant “secured exclusive representation rights” and which it claims to have subsequently acquired under a lease-to-purchase contract.¹¹

In paragraphs 16 and 17 of its statement of claim, the appellant relied both on the exclusive representation contract which it had entered into in 1989 with Barrier and on the contract for the purchase of the patented product under a lease-to-purchase arrangement which it had entered into with Barrier, in support of its argument that it was “a person claiming under the patentee” within the meaning of subsection 55(1) of the Act.

After examining the relevant documents, the Motions Judge concluded that the representation contract had not given the appellant any right in respect of the patent, properly speaking. This conclusion was not challenged before us, in my view correctly, because the documents in question clearly indicate that the appellant is simply a concessionaire or representative of Barrier. Nor is there any allusion to the patent in the representation contract; the situation could not be otherwise, since in the licence which it granted to Barrier, Quick-Steel stipulated in section 2.01 that:

2.01 The Licensor in consideration of the royalties hereby reserved hereby grants the Licensee an exclusive and nontransferable . . . right and licence . . .

in section 10.01 that:

10.01 The rights granted to the Licensee pursuant to this Agreement are personal, and Licensee shall not assign the benefit of this Agreement or any rights granted or to be granted hereunder without the written consent of the Licensor . . .

and in section 10.02 that:

10.02 Licensor may assign the Licensor Patents during the term of this Agreement, provided that any assignee of the Licensor Patents shall agree to be bound by the terms hereof and to assume all obligations of Licensor hereunder.

¹⁰ See the affidavit of the general manager of the appellant, A. B., Vol. I, para. 14, at p. 46.

¹¹ I share the view of my colleague that no distinction should be made in this case on the basis of whether the possession and use of the patented product arose under a simple purchase contract or under a contract for purchase under a lease-to-purchase arrangement.

rapide de barrières mobiles¹⁰» «pour la vente» duquel l’appelante s’est «assurée . . . l’exclusivité de représentation» et dont elle prétend s’être portée par la suite acquéreur en vertu d’un contrat de crédit-bail¹¹.

Dans sa déclaration, aux paragraphes 16 et 17, l’appelante s’appuyait à la fois sur le contrat de représentation exclusive qu’elle avait conclu en 1989 avec Barrier et sur le contrat d’achat du produit breveté par voie de crédit-bail qu’elle avait conclu avec Barrier, pour soutenir qu’elle était «une personne se réclamant du breveté» au sens du paragraphe 55(1) de la Loi.

Le juge des requêtes, après analyse des documents pertinents, a conclu que le contrat de représentation n’avait conféré à l’appelante aucun droit relatif au brevet proprement dit. Cette conclusion n’est pas attaquée devant nous, à juste titre, me semble-t-il, car les documents en question indiquent clairement que l’appelante est simplement une concessionnaire ou représentante de Barrier. Aucune allusion n’est d’ailleurs faite au brevet dans le contrat de représentation et il ne pouvait en être autrement puisque Quick-Steel, dans la licence qu’elle accordait à Barrier, avait stipulé à l’article 2.01 que:

[TRADUCTION] 2.01 En échange des redevances ici prévues, le donneur de licence concède au porteur de licence un droit et une licence exclusifs et incessibles . . .

à l’article 10.01 que:

[TRADUCTION] 10.01 Les droits accordés au porteur de licence en vertu du présent accord sont personnels, et le porteur de licence ne doit pas céder les avantages de cet accord ou tout autre droit accordé ou qui doit être accordé en vertu du présent accord sans l’autorisation écrite du donneur de licence . . .

h et à l’article 10.02 que:

[TRADUCTION] 10.02 Le donneur de licence peut céder ses brevets pendant la durée du présent accord, pourvu que le concessionnaire de ces brevets s’engage à respecter les conditions de l’accord et à assumer toutes les obligations du donneur de licence prévues dans cet accord.

¹⁰ Voir affidavit du directeur général de l’appelante, D.A., vol. I, par. 14 à la p. 46.

¹¹ Je partage l’avis de mon collègue qu’il n’y a pas lieu, en l’espèce, de distinguer selon que la possession et l’utilisation du produit breveté proviennent d’un contrat d’achat pur et simple ou d’un contrat d’achat par voie de crédit-bail.

The appellant could not have received anything more from Barrier than Barrier was entitled to transmit to it.

With respect to the contract for the purchase of the patented product, the Motions Judge found that while the purchase of a patented product gives the purchaser the "right" or "licence" to use the product in accordance with the method set out in the patent, such purchase does not, however, give it any "rights" under the patent properly speaking.

Before this Court, the appellant argued essentially that the owner and user of a patented product has an "implied licence" to use the product without being accused by the owner of the patent of infringement, and that, [TRANSLATION] "as a necessary consequence of the rights of the Appellant . . . as an implied licensee having the right to enjoy the exclusive and uninhibited use of the Equipment . . . and of the patented method", the appellant "should be able to bring proceedings to put a stop to the activities of third parties which infringe the patent method and thereby cause damages to the appellant".¹²

With respect, it is this "necessary consequence" which completely escapes me. Counsel for the appellant, who could cite no authority bearing directly on this point, made much of the decision of the Supreme Court of Canada in *Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 907. I do not see how that decision can be of any use to him.

That decision held, at the most, that "a licensee under a patent" (*le titulaire d'une "licence en vertu d'un brevet"*) is a person claiming under the patentee within the meaning of subsection 57(1) (now 55(1) of the Act), regardless of whether the licence is exclusive, which it was established prior to that case, or non-exclusive. It did not hold, and it does not allow us to hold, that the purchaser of a patented product becomes by implication "a licensee under a patent".

In *Armstrong*, the owner of the patent, Congoleum, had granted to Domco "a restricted non-exclusive right and licence to make, use and sell the products covered by the patent in Canada" [at page 909]. It

¹² Appellant's statement of fact and law, at paras. 116 and 117.

L'appelante ne saurait avoir reçu de Barrier plus que ce que Barrier avait le droit de lui transmettre.

En ce qui a trait au contrat d'achat du produit breveté, le juge des requêtes a conclu que si l'achat d'un produit breveté confère à l'acquéreur le «droit» ou la «licence» d'utiliser ce produit conformément à la méthode enseignée par le brevet, cet achat ne lui confère cependant aucun «droit» en vertu du brevet proprement dit.

Devant nous, l'appelante a soutenu, essentiellement, que le possesseur et utilisateur d'un produit breveté a une «licence implicite» d'utiliser ce produit sans que le titulaire du brevet ne puisse l'accuser de contrefaçon et que, «comme conséquence nécessaire des droits de l'Appelante . . . en tant que licenciée implicite ayant le droit de jouir de l'utilisation exclusive et sans empêchements de l'Équipement . . . et de la méthode brevetée», l'appelante «devrait pouvoir intenter des recours pour faire cesser les activités de tiers en contrefaçon de la méthode brevetée lui causant des dommages»¹².

C'est cette «conséquence nécessaire» qui, je le dis avec égards, m'échappe complètement. Le procureur de l'appelante, qui n'a pu citer aucune autorité portant directement sur ce point, a fait grand état de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 907. Je ne vois pas en quoi cet arrêt peut lui être utile.

Cet arrêt décide tout au plus que le titulaire d'une «licence en vertu d'un brevet» («a licensee under a patent») est une personne se réclamant du breveté au sens du paragraphe 57(1) (maintenant 55(1) de la Loi), peu importe que la licence soit exclusive, ce qui était alors établi, ou qu'elle soit non exclusive. Il ne décide pas, ni ne permet de décider que l'acquéreur d'un produit breveté devient implicitement le titulaire d'une «licence en vertu d'un brevet».

Dans *Armstrong*, le titulaire du brevet, Congoleum, avait octroyé à Domco «un droit et une licence limités et non exclusifs de fabriquer, d'exploiter et de vendre au Canada les produits visés par le brevet» [à

¹² Exposé des faits et du droit de l'appelante, aux par. 116 et 117.

was assumed that the “licence” was a “licence under a patent”. “The real issue” was “whether Domco, as the holder of a licence to make, use and sell in Canada the products covered by the patent, can claim damages from Armstrong [the infringer] arising out of its infringement of that patent [at page 910]”. The Court decided that it could. It based this on, *inter alia*, the following comments of Lord Simonds in *Fiberglas Canada, Ltd. and Another v. Spun Rock Wools, Ltd. and Another*, [1947] A.C. 313 (P.C.), at pages 320-321 [at page 914]:

But it appears to [their Lordships] that the statutory amendment of 1935 following on the decision of *Electric Chain Co. of Canada, Ltd. v. Art Metal Works Inc.* ([1933] S.C.R. (Can.) 581) points irresistibly to the conclusion that licensees are persons claiming under the patentee within the meaning of the section. The patentee by definition means the person for the time being entitled to the benefit of a patent. Section 55, sub-s. 1, contemplates an action not only by the person for the time being entitled to the benefit of a patent but also by any person claiming under that person. On the plain language of the section a licensee answers that description. The appellants as licensees were therefore entitled to sue for damages under s. 55.

and, at page 919, it approved the following comments of Sweet D.J. in *American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.*, [1972] F.C. 739 (C.A.), at page 767, which it quoted at page 915:

It would seem logical for Parliament to decide to correct the situation wherein the licensee, under such circumstances, had no protection from and no recourse against the infringer and, in enacting section 57(1) [now s. 55(1)] in its present form, to create, by statute, a right in the licensee against the infringer and to provide a means of enforcing that right. Certainly the change was not necessary for the protection of the patentee or the assignee of the patent. They were already protected.

Since the patentee and the assignee were already protected, the 1935 amendment to the legislation extended protection to the exclusive licensee and, with *Armstrong*, to the non-exclusive licensee. The appellant would like to extend the chain of title so as to include any purchaser or user of the patented product among persons “claiming under the patentee”.

I have no difficulty in accepting the first part of the appellant’s proposition, that is: the “implied licence” of the owner and user of a patented product to use the

la page 909]. Il était acquis que la «licence» était une «licence en vertu du brevet». «La véritable question en litige» était «de savoir si Domco, en sa qualité de titulaire d’une licence qui lui permet de fabriquer, d’exploiter et de vendre au Canada les produits que vise le brevet, peut réclamer à Armstrong [le contrefacteur] les dommages-intérêts qui résultent de la contrefaçon de ce brevet» [à la page 910]. La Cour a décidé que oui. Elle s’est fondée notamment sur les propos suivants de lord Simonds dans *Fiberglas Canada, Ltd. and Another v. Spun Rock Wools, Ltd. and Another*, [1947] A.C. 313 (P.C.), aux pages 320 et 321 [à la page 914]:

[TRADUCTION] Il leur semble cependant [à leurs Seigneuries] que la modification apportée à la Loi en 1935 par suite de l’arrêt *Electric Chain Co. of Canada, Ltd. c. Art Metal Works Inc.* ([1933] R.C.S. (Can.) 581) les oblige à conclure que les titulaires de licence sont des personnes se réclamant du breveté au sens de cet article. Par définition, le breveté est la personne qui bénéficie actuellement d’un brevet. Le paragraphe 55(1) accorde un droit d’action non seulement à la personne qui bénéficie actuellement d’un brevet, mais aussi à toute personne se réclamant de cette personne. Au sens courant des termes de cet article, un titulaire de licence répond à cette définition. Les appelantes, en tant que titulaires de licence, pouvaient donc agir en dommages-intérêts sur le fondement de l’art. 55.

et elle a approuvé, à la page 919, ces propos qu’elle citait à la page 915 du juge suppléant Sweet dans *American Cyanamid Co. c. Novopharm Ltd.*, [1972] C.F. 739 (C.A.), à la page 767:

Il semblait logique que le législateur décide de corriger cette situation où le titulaire d’une licence, dans de telles circonstances, n’était pas protégé et n’avait aucun recours contre le contrefacteur, et crée, par voie légale, en promulguant l’article 57(1) [maintenant 55(1)] dans sa forme actuelle, un droit au profit du titulaire d’une licence contre le contrefacteur en lui fournissant les moyens de faire valoir ce droit. Ce changement n’était certes pas nécessaire pour protéger le breveté ou le cessionnaire du brevet. Ils l’étaient déjà.

Le breveté et le cessionnaire étant déjà protégés, la modification législative apportée en 1935 venait protéger aussi le titulaire d’une licence exclusive et, avec l’arrêt *Armstrong*, le titulaire d’une licence non exclusive. L’appelante voudrait prolonger la chaîne de titre de manière à inclure, parmi les personnes «se réclamant du breveté», tout acheteur et utilisateur de produit breveté.

Je n’ai aucune difficulté à accepter le premier volet de la proposition de l’appelante, savoir: la «licence implicite» du possesseur et utilisateur d’un produit

product without thereby infringing the patent.¹³ It is clear that anyone who purchases a patented product from the inventor, an assignee or a licensee thereby acquires, unless there is notice to the contrary, the right to use that product with the implied warranty that he or she will not be accused of infringement if such use is made of it. This implied warranty (I prefer this expression to “implied licence”) derives from the contract of sale by which the inventor, the assignee or the licensee and the purchaser are bound, and it attaches to the product sold. However, and this is where I am unable to concur in the appellant’s position, I do not see how the implied warranty on use, which attaches to the patented product sold, can be transformed into an implied licence under the patent, which would attach to the patent itself. In my opinion, the appellant is confusing the patented product and the patent, and is giving the word “licence”, in fact there is a licence, a meaning which it does not have. As Lord Fry of the English Court of Appeal pointed out in *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch. D. 461 [at page 470] (quoted in *Armstrong* at pages 912 and 913):

An exclusive license is only a license in one sense; that is to say, the true nature of an exclusive license is this. It is a leave to do a thing, and a contract not to give leave to anybody else to do the same thing. But it confers like any other license, no interest or property in the thing. A license may be, and often is, coupled with a grant, and that grant conveys an interest in property, but the license pure and simple, and by itself, never conveys an interest in property. It only enables a person to do lawfully what he could not otherwise do, except unlawfully.¹⁴

In this case, the mere implied warranty on use of the product in accordance with the patented method does not in itself confer any interest in the patent. The licences in issue in *Armstrong* were not merely implied warranties; they were “licences under the

¹³ See H. Fisher and R. S. Smart, *Canadian Patent Law and Practice*, Toronto, Canada Law Book, 1914, at p. 129; H.G. Fox, *Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed., Toronto, Carswell, 1969, at pp. 294 and 301; *Betts v. Wilmott* (1871), L.R. 6 Ch. 239, at p. 245.

¹⁴ On the distinction between «assignment» and «licence», see Fox, *supra*, footnote 13, at pp. 284 and 285. See also *Chadwick v. Bridges (S. N.) & Co. Ltd.*, [1960] R.P.C. 85 (Ch. D.), at p. 91, in which Lloyd-Jacob J. stated: “the grant of a licence—that is to say, rights under Letters Patent, which is in the form of a franchise”.

breveté d'utiliser le produit sans contrefaire, ce faisant, le brevet¹³. Il est clair que quiconque achète de l'inventeur, d'un cessionnaire ou d'un titulaire de licence un produit breveté, acquiert du fait même, à moins d'avis contraire, le droit d'utiliser ce produit avec la garantie implicite qu'il ne sera pas accusé de contrefaçon s'il en fait usage. Cette garantie implicite (je préfère cette expression à «licence implicite») découle du contrat de vente qui lie l'inventeur, le cessionnaire ou le titulaire de licence et l'acheteur et elle est rattachée au produit vendu. Mais, et c'est là où je suis incapable de me rallier à la thèse de l'appelante, je ne vois pas comment la garantie implicite d'usage, qui s'attache au produit breveté vendu, peut être transformée en une licence implicite en vertu du brevet, qui se rattacherait au brevet lui-même. L'appelante confond, à mon avis, produit breveté et brevet et donne au mot «licence», si tant est qu'elle ait une licence, une portée qu'il n'a pas. Ainsi que le rappelait le lord juge Fry de la Cour d'appel d'Angleterre dans *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch. D. 461 [à la page 470] (cité dans *Armstrong*, aux pages 912 et 913):

[TRADUCTION] Une licence exclusive est seulement une licence dans un seul sens; c'est-à-dire que la véritable nature d'une licence est la suivante. C'est une permission de faire une chose et un contrat par lequel on s'engage à ne donner à personne d'autre la permission de faire la même chose. Mais cela ne confère, comme toute autre licence, aucun intérêt ou droit réel dans la chose. Une licence peut être, et est souvent, accompagnée d'une concession et cette concession transfère un droit réel, tandis que la licence pure et simple, par elle-même, ne transfère jamais le droit réel. Elle permet seulement à une personne de faire légalement ce qu'elle n'aurait pu faire autrement, sinon illégalement¹⁴.

En l'espèce, la simple garantie implicite d'utiliser le produit selon la méthode brevetée ne confère en elle-même aucun intérêt dans le brevet. Les licences dont il était question dans *Armstrong* n'étaient pas que de simples garanties implicites; elles étaient des

¹³ Voir H. Fisher et R. S. Smart, *Canadian Patent Law and Practice*, Toronto, Canada Law Book, 1914, à la p. 129; H.G. Fox, *Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1969, aux p. 294 et 301; *Betts v. Wilmott* (1871), L.R. 6 Ch. 239, à la p. 245.

¹⁴ Sur la distinction entre «cession» et «licence», voir Fox, *supra*, note 13, aux p. 284 et 285. Voir aussi, *Chadwick v. Bridges (S. N.) & Co. Ltd.*, [1960] R.P.C. 85 (Ch. D.), à la p. 91 où le juge Lloyd-Jacob s'est exprimé comme suit: [TRADUCTION] «l'octroi d'une licence—c'est-à-dire, de droits en vertu de lettres patentes, qui a la forme d'une franchise».

patent” which were issued by the patentee and which conferred an interest in both the product and the patent.

It would be curious, to say the least, if the purchaser of a patented product were to have greater rights in respect of the patent than the mere concessionaire from which the product was purchased has itself. Thus, in this case, if the appellant’s position were to be accepted, the appellant could not claim against the patentee under its exclusive contract to distribute the product, but could do so under its contract to purchase the product. This is an extension of the chain of title which does not reflect reality and for which there is no support in the provisions of the Act.

The provisions of subsection 55(1) itself, “all persons claiming under the patentee”, “*toute personne se réclamant [du breveté]*”, do not lend themselves to the extremely large construction suggested by the appellant. These words are certainly narrower than the words “any interested person”, “*intéressé*”, which are found in subsection 60(1), or “any person”, “*une personne*”, found in subsection 60(2), which refer, respectively, to an application to declare a patent invalid and a declaration as to an alleged patent infringement. Similarly, the person must be able to claim under the “patentee”, and not under the “patent”; in my opinion, this presumes the existence of a personal link, whether direct or indirect, between that person and the “patentee”. Even if the person who purchases a patented product could assert a claim under the patent, I do not believe that in the absence of a firm contract to that effect he or she could assert a claim from the patentee itself.

I am further not persuaded that a mere contract for the sale of a patented product which contains no discernible indication of the intention of the patentee, the assignee or the licensee to confer on the purchaser anything more than the implied warranty on use of the product could be construed as a “licence” conferring on the purchaser the right to come to the defence of the patent and to “claim under the patentee” for that purpose. A licence may indeed be granted by oral contract (unless it is exclusive; in that case, subsection 50(2) of the Act requires registration). How-

«licences en vertu du brevet» qui émanaient du breveté et qui conféraient un intérêt à la fois dans le produit et dans le brevet.

^a Il serait à tout le moins curieux que l’acheteur d’un produit breveté ait, à l’égard du brevet, davantage de droits que le simple concessionnaire duquel il aurait acheté le produit n’en a lui-même. Ainsi, en l’espèce, si la thèse de l’appelante était retenue, celle-ci ne pourrait se réclamer du breveté en vertu de son contrat exclusif de distribution du produit, mais le pourrait en vertu de son contrat d’achat dudit produit. Il y a là un prolongement de la chaîne de titres qui ne colle pas à la réalité et qui ne trouve aucun appui dans le texte de la Loi.

^b Les termes mêmes du paragraphe 55(1), «toute personne se réclamant [du breveté]», «*all persons claiming under the patentee*», ne se prêtent pas à l’interprétation des plus large que suggère l’appelante. Ces mots sont certainement moins englobants que les mots «intéressé», «*any interested person*» qu’on retrouve au paragraphe 60(1) ou «une personne», «*any person*» qu’on retrouve au paragraphe 60(2), lesquels visent, respectivement, une demande d’invalidation de brevet et une déclaration relative à une violation alléguée de brevet. De même, c’est du «breveté», et non pas du «brevet», que la personne doit pouvoir se réclamer, ce qui suppose, à mon avis, l’existence d’un lien personnalisé, direct ou indirect, entre cette personne et le «breveté». Même dans l’hypothèse où la personne qui achète un produit breveté pourrait prétendre se réclamer du brevet, je ne crois pas qu’en l’absence d’un contrat ferme en ce sens, elle puisse prétendre se réclamer du breveté lui-même.

^c Je ne suis pas convaincu, par ailleurs, qu’un simple contrat de vente d’un produit breveté qui ne contient aucun indice décelable de la volonté du breveté, du concessionnaire ou du titulaire de licence de conférer à l’acheteur plus que la garantie implicite d’usage du produit, puisse être interprété comme une «licence» conférant à l’acheteur le droit de se porter à la défense du brevet et de se «réclamer du breveté» pour ce faire. Une licence, il est vrai, peut être accordée par contrat verbal (à moins qu’elle ne soit exclusive, car dans ce cas le paragraphe 50(2) de la Loi prescrit

ever, on this point, Fox¹⁵ pointed out at page 286, that:

A licence, to be effectual, should be in writing. . . . An effective licence may arise by parol agreement if acted upon.

In any event, it is all the more necessary that evidence be available of an oral or written contract different from the contract of sale conferring on the purchaser more than the implied warranty on use of the product, solely for the sale price and without any royalties. In this case, there was no such oral or written contract which would supplement the contract of sale.

I find it difficult to accept that any owner and user of a patented product could, simply by virtue of owning and using the product and in the absence of any mandate from the inventor, assignee or licensee, trigger application of the particularly stringent provisions of the *Patent Act*, bring the validity of the patent into issue before the courts and open the floodgates of litigation. Under section 59 of the Act, the defendant in any action for infringement of a patent may plead as a matter of defence any fact or default which renders the patent void. Moreover, in this case, the appellant expressly sought in its statement of claim to have claim 10 of the patent in issue declared valid. While under the provisions of subsection 55(2) the patentee must be made a party to any action for the recovery of damages, this does not mean that Parliament intended that any mere owner and user of a patented product could take the initiative and itself come to the defence of the patent. Section 55 refers only to the "patentee", which leads me to believe that in Parliament's mind the chain of title should hardly, in seeking to determine who is claiming under the patentee, go beyond the assignee and the licensee, apart from the patentee's legal representatives. This requirement for a personal connection, whether direct or indirect, between the patentee and the person asserting a claim also appears to me to derive from the definition of "legal representatives" [*représentants légaux*] in section 2 of the Act, in which the expression "claiming through or under applicants for patents and patentees of inventions" is rendered as "*réclamant par l'intermédiaire ou à la faveur de demandeurs et de titulaires de brevets*". By

¹⁵ *Supra*, footnote 13.

l'enregistrement). Cependant, à cet égard, Fox¹⁵ rappelait, à la page 286, que:

[TRADUCTION] Pour être valide, une licence devrait être consignée dans un document . . . Une licence efficace peut résulter d'un accord verbal si on y donne suite.

Quoi qu'il en soit, encore faudrait-il que preuve puisse être faite d'un contrat verbal ou écrit qui serait différent du contrat de vente et qui conférerait à l'acheteur, pour le seul prix de vente et en l'absence de toutes redevances, plus que la garantie implicite d'usage du produit. En l'espèce, il n'existe aucun tel contrat verbal ou écrit qui vient s'ajouter au contrat de vente.

J'ai du mal à accepter que tout possesseur et utilisateur d'un produit breveté puisse, du seul fait de la possession et de l'utilisation de ce produit et en l'absence de tout mandat de l'inventeur, du cessionnaire ou du titulaire de licence, enclencher l'application particulièrement exigeante de la *Loi sur les brevets*, faire en sorte que la validité du brevet puisse être remise en question devant les tribunaux et ouvrir la porte à une multiplication de procédures. En vertu de l'article 59 de la Loi, en effet, le défendeur dans une action en contrefaçon de brevet peut invoquer comme moyen de défense tout fait ou manquement qui entraîne la nullité du brevet. De plus, en l'espèce, l'appelante a expressément demandé, dans sa déclaration, que la revendication 10 du brevet en litige soit déclarée valide. Il est vrai qu'aux termes du paragraphe 55(2), le breveté doit être constitué partie à toute action en recouvrement des dommages-intérêts, mais cela ne signifie pas que le Parlement a voulu que n'importe lequel possesseur et utilisateur de produit breveté puisse prendre l'initiative de se porter lui-même à la défense du brevet. L'article 55 ne parle que du «breveté», ce qui m'incite à penser que dans l'esprit du législateur la chaîne de titres ne devait guère, lorsqu'il s'agit de déterminer qui se réclame du breveté, dépasser, outre les représentants légaux du breveté, le cessionnaire et le titulaire de licence. Cette exigence d'un lien personnalisé, direct ou indirect, entre le breveté et la personne qui s'en réclame, me paraît aussi ressortir de la définition, à l'article 2 de la Loi, de «représentants légaux» [*legal representatives*], où l'expression «*claiming through or under applicants for patents and patentees of inventions*»

¹⁵ *Supra*, note 13.

adding licensees to assignees, the courts have quite probably exhausted the chain. The *Patent Act* is legislation which establishes and protects a monopoly situation. In the absence of a clearer invitation from Parliament, I would hesitate to extend this protection to every user or owner of the patented product.

It is my decision simply that the appellant has no remedy against a so-called infringer under section 55 of the *Patent Act*. It is not necessary for me to decide whether the appellant has some other remedy or remedies, and if so what it or they may be, against the patentee, the assignee, the seller of the patented product or the infringer. The *Patent Act* is not legislation to provide insurance against any damage resulting from the infringement of a patent.

It is not impossible that the appellant might, at the appropriate time, have compelled Energy or Barrier to apply to the courts to have the infringement stopped; Energy itself applied to the Federal Court on September 3, 1992 to have the alleged infringement by the respondent stopped (T-2197-92). On this point I note the admission, found in paragraph 35 of the statement of claim and repeated in paragraph 48 of the affidavit of the appellant's general manager, that:

[TRANSLATION] 35. Under the agreements between the defendant BARRIER SYSTEMS and the plaintiff SIGNALISATION, and the agreements between the defendant BARRIER SYSTEMS and QUICK STEEL ENGINEERING PTY LIMITED, the predecessors of the defendant ENERGY ABSORPTION, the plaintiff SIGNALISATION has no remedy in damages or otherwise which it may exercise against the defendants BARRIER SYSTEMS or ENERGY ABSORPTION in order to be compensated for the unlawful activities of the defendants SERVICES DE BÉTON, ITI, 927 CANADA and RICHARD CAPUANO, and those defendants have no obligation to bring proceedings before the Court to obtain financial compensation or damages on behalf of the plaintiff SIGNALISATION against the latter defendants.

48. I am informed by my solicitors that under the plaintiff SIGNALISATION's agreements with the defendant BARRIER SYSTEMS, SIGNALISATION has no remedy in damages against BARRIER with respect to a third party who might use a competing system which infringes the licence rights it enjoys. The only remedy in damages and action which the plaintiff SIGNALISATION has is an action in infringement for violation of its licence rights over the patented procedure

est rendue par «réclamant par l'intermédiaire ou à la faveur de demandeurs et de titulaires de brevets». En ajoutant les titulaires de licence aux cessionnaires, les tribunaux ont vraisemblablement épuisé la chaîne. La *Loi sur les brevets* est une loi qui établit et protège une situation de monopole. J'hésiterais, en l'absence d'invitation plus claire du législateur, à étendre cette protection à tout utilisateur ou possesseur de produit breveté.

Je décide simplement que l'appelante n'a pas de recours contre un soi-disant contrefacteur en vertu de l'article 55 de la *Loi sur les brevets*. Je n'ai pas à décider si l'appelante a quelque autre recours, et le cas échéant lequel ou lesquels, à l'encontre du breveté, du cessionnaire, du vendeur du produit breveté ou du contrefacteur. La *Loi sur les brevets* n'est pas une loi d'assurance contre tout dommage résultant d'une contrefaçon de brevet.

Il n'est pas impossible que l'appelante ait pu, en temps utile, contraindre Energy ou Barrier à s'adresser aux tribunaux pour que cesse la contrefaçon; Energy elle-même, le 3 septembre 1992, s'est adressée à la Cour fédérale pour faire cesser la prétendue contrefaçon par l'intimée (T-2197-92). Je note à cet égard l'admission, contenue au paragraphe 35 de la déclaration et reprise au paragraphe 48 de l'affidavit du directeur général de l'appelante, que:

35. En vertu des ententes et accords entre la défenderesse BARRIER SYSTEMS et la demanderesse SIGNALISATION d'une part, et des accords entre la défenderesse BARRIER SYSTEMS et QUICK STEEL ENGINEERING PTY LIMITED prédécesseurs de la défenderesse ENERGY ABSORPTION, la demanderesse SIGNALISATION n'a aucun recours en dommages ou autres qu'elle puisse exercer à l'encontre des défenderesses BARRIER SYSTEMS ou ENERGY ABSORPTION pour être indemnisé (sic) pour les activités illégales des défenderesses SERVICES DE BÉTON, ITI, 927 CANADA et le défendeur RICHARD CAPUANO, et ces défenderesses n'ont aucune obligation d'intenter devant la Cour un recours pour obtenir compensation financière ou dédommagement au nom de la demanderesse SIGNALISATION contre les dites défenderesses et défendeur RICHARD CAPUANO.

48. Je suis informé par mes procureurs, qu'en vertu de ses ententes avec la défenderesse BARRIER SYSTEMS, la demanderesse SIGNALISATION n'a aucun recours en dommages contre cette dernière à l'égard de quelque tierce partie qui utiliserait un système concurrentiel violant les droits de licence dont elle a le bénéfice. Le seul recours en dommages et action que la demanderesse SIGNALISATION a, est celui d'une action en contrefaçon de violation de ses droits de

resulting from its acquisition of two series 200 vehicles from the defendant BARRIER SYSTEMS.

We need only read sections 11.01 and 11.02 of the licence contract between Quick-Steel and Barrier:

XI Patent Infringement

11.01 The Licensee shall forthwith give notice in writing to the Licensor of any infringement or threatened infringement in the Territory of any of the Licensor Patents which shall at any time during the life of this Agreement come to its knowledge.

11.02 If the Licensee establishes to the satisfaction of the Licensor that any person, firm, or company is making, selling, or using a system in infringement of any of the Licensor Patents and the Licensor agrees that steps ought to be taken to bring such infringement to an end, including legal proceedings where necessary, the Licensee may notify the Licensor that it wishes the Licensor to join with the Licensee in taking steps to end such infringement including legal proceedings in the Party's joint names. Upon agreement between the parties as to the proportions in which they shall share the costs thereof, such steps shall be taken. Failing such agreement, each party shall be free to act independently. In the event of joint proceedings being taken and damages awarded, such damages shall be shared by the parties in the same proportion as they agree to share the costs.

to see what contractual avenues are available in respect of patent infringement by a third party, and which allow a party to claim under the patentee. I wonder whether the appellant is not, at bottom, inviting the Court to interpret section 55 of the Act as if it contained implied provisions of the nature found in sections 11.01 and 11.02 of the licence contract.

Nor is it impossible that the appellant may have some ground for bringing action itself against the respondent on the basis of some form of liability in tort.

Whether or not there is, or was, any possibility of a contractual remedy against Energy or Barrier or of a remedy in tort against the respondent, it is not for this Court to extend the statutory remedy provided by Parliament. As Judson J. pointed out in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, at page 57:

licence sur le procédé breveté résultant de son acquisition de deux véhicules de série 200 de la défenderesse BARRIER SYSTEMS.

Il suffit de lire les articles 11.01 et 11.02 du contrat de licence conclu entre Quick-Steel et Barrier:

[TRADUCTION] XI Contrefaçon du brevet

11.01 Le preneur de licence doit immédiatement donner avis écrit au donneur de licence de toute contrefaçon, survenue ou imminente dans le territoire, de tout brevet du donneur de licence dont il a connaissance au cours de la période de validité de l'entente.

11.02 Si le preneur de licence établit de façon jugée satisfaisante par le donneur de licence qu'une personne, société ou compagnie fabrique, vend ou utilise un système en contrefaçon de l'un des brevets du donneur de licence, et si ce dernier convient que des mesures devraient être prises pour mettre fin à la contrefaçon, y compris des procédures judiciaires si nécessaire, le preneur de licence peut aviser le donneur de licence qu'il aimerait que ce dernier se joigne à lui pour prendre des mesures destinées à mettre fin à la contrefaçon, y compris des procédures judiciaires intentées en leurs noms à tous deux. Une fois les parties convenues de leur participation respective aux frais de ces procédures, les mesures en question seront prises. À défaut d'une telle entente, chaque partie est libre d'agir indépendamment. Dans l'éventualité où il y aurait des procédures communes et adjudication de dommages-intérêts, les parties auront droit à ceux-ci en proportion de leur participation aux frais.

pour constater les avenues contractuelles qui s'ouvrent en matière de contrefaçon de brevet par un tiers et qui permettent à une partie de se réclamer du breveté. Je me demande si l'appelante, au fond, n'invite pas la Cour à interpréter l'article 55 de la Loi comme s'il contenait implicitement des dispositions du type qu'on retrouve aux articles 11.01 et 11.02 du contrat de licence.

Il n'est pas impossible, non plus, que l'appelante ait quelque motif de poursuivre elle-même l'intimée sur la base d'une quelconque responsabilité délictuelle.

Qu'il y ait ou non, ou qu'il y ait eu ou non, possibilité de recours contractuel contre Energy ou Barrier ou de recours délictuel contre l'intimée, il n'appartient pas à cette Cour d'étendre le recours statutaire prévu par le législateur. Ainsi que le rappelait le juge Judson, dans *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, à la page 57:

There is no inherent common law right to a patent. An inventor gets his patent according to the terms of the *Patent Act*, no more and no less.

The same is true of a person who claims under the patentee. That person is the person whom the *Patent Act* recognizes as such, and no one else. To accept the appellant's arguments would, in my opinion, be to interpret subsection 55(1) of the Act as if the words "claiming under the patentee" did not appear, and as if it were sufficient for damages to have been incurred as a result of the infringement of a patent in order for the injured party to have a remedy under that subsection.

I therefore conclude that a mere contract of purchase of a patented product does not make the purchaser a person claiming under the patentee within the meaning of subsection 55(1) of the Act.

I am aware that this is a motion under Rule 419, that I must take the allegations of the statement of claim as proven and that the motion must be dismissed if I have the least doubt as to the merits of the appellant's arguments, having regard to its capacity to bring action. The appellant asserts that Quick-Steel is the inventor, that Energy is the assignee of the patent, that Barrier is an exclusive licensee, that under agreements entered into with Barrier the appellant [TRANSLATION] "has the exclusive right to promote sale and use", and that it has purchased two pieces of equipment from Barrier. However, paragraphs 16 and 17, which my colleague has quoted, are assertions of law, which are assertions and no more, and I cannot take them as proven. The test is to determine whether the facts, not the law, if we take them as proven, disclose a reasonable cause of action (*Hirsh Co. v. Minshall et al.* (1988), 89 N.R. 136 (F.C.A.)). Rule 419(a) would hardly make sense if the Court had to take the causes of action asserted by the plaintiff to be well founded. I have sought in vain the assertion that the appellant holds a licence under a patent, and even had there been such an assertion, it would have been contradicted by the documents which form part of the statement of claim. Paragraph 18 of the statement of claim, in my opinion, concludes the discussion. The appellant states in that paragraph that [TRANSLATION] "it exploits its exclusive rights of representation and use". Its rights of representation were not argued before us. As to its rights of use, I believe that I have

[TRANSLATION] Il n'existe pas, en common law, de droit inhérent à un brevet. L'inventeur détient un brevet en conformité avec la *Loi sur les brevets*, ni plus ni moins.

Il en va de même de la personne qui se réclame du breveté. Cette personne est celle que la *Loi sur les brevets* reconnaît telle, et aucune autre. Retenir les prétentions de l'appelante, c'est, à mon avis, interpréter le paragraphe 55(1) de la Loi comme si les mots «se réclamant du breveté» ne s'y trouvaient pas et comme s'il suffisait que des dommages soient subis en raison de la contrefaçon d'un brevet pour que la personne lésée ait un recours en vertu de ce paragraphe.

J'en viens donc à la conclusion qu'un simple contrat d'achat d'un produit breveté ne fait pas de l'acheteur une personne se réclamant du breveté au sens du paragraphe 55(1) de la Loi.

Je suis conscient qu'il s'agit ici d'une requête fondée sur la Règle 419, que je dois tenir pour avérés les allégués de la déclaration et que la requête doit être rejetée si j'ai le moindre doute relativement au bien-fondé des prétentions de l'appelante eu égard à sa qualité d'agir. Celle-ci allègue que Quick-Steel est l'inventeur, que Energy est le cessionnaire du brevet, que Barrier est titulaire d'une licence exclusive, que l'appelante, en vertu d'accords conclus avec Barrier, «a le droit exclusif de promouvoir la vente et l'utilisation» et qu'elle a acheté de Barrier deux appareils. Mais les paragraphes 16 et 17 que cite mon collègue sont des allégués de droit, qui valent ce qu'ils valent et que je ne saurais tenir pour avérés. Le test est de déterminer si les faits, et non le droit, tenus pour avérés, révèlent une cause raisonnable d'action (*Hirsh Co. c. Minshall et autres* (1988), 89 N.R. 136 (C.A.F.)). La Règle 419(1)a) n'aurait guère de sens si la Cour devait tenir pour bien fondées les causes d'action alléguées par la partie demanderesse. Je cherche en vain l'allégation selon laquelle l'appelante détient une licence en vertu du brevet, et quand bien même il y aurait eu telle allégation, elle aurait été contredite par les documents qui font partie de la déclaration. Le paragraphe 18 de la déclaration clôt, à mon avis, le débat. L'appelante y dit qu'«elle exploite ses droits exclusifs de représentation et d'utilisation». En ce qui concerne ses droits de représentation, elle ne les a pas plaidés devant nous. En ce qui concerne ses droits d'utilisation, je crois avoir suffi-

adequately established that even if we take them as proven they disclose no reasonable cause of action.

Moreover, even if Rule 419(1) is not the ideal vehicle for arguing lack of capacity of a plaintiff to bring action, it has been accepted, since *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at page 617, that it may be that “the question of standing can be properly determined on a motion to strike”:

It depends on the nature of the issues raised and whether the court has sufficient material before it, in the way of allegations of fact, considerations of law, and argument, for a proper understanding at a preliminary stage of the nature of the interest asserted.

In the case at bar, I have before me everything that I need to decide the issue.

There is therefore no reason not to put an end to the action immediately. I would affirm the order of the Motions Judge and strike the action brought by the appellant on the ground that it discloses no reasonable cause of action.

Having said that, in the event that I am in error on this first point, I am of the opinion, for the reasons given by my colleague, that in any event an interlocutory injunction should not be granted in this case. I would dismiss the appeal *in toto* with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.: I agree with my colleague, Hugessen J.A. and with his reasoning that I find compelling. I do not share the views of my colleague, Décary J.A. that the granting of the legal capacity to sue to the appellant for the damages sustained as a result of the patent infringement would amount to deleting the words “claiming under the patentee” in subsection 55(1) of the *Patent Act*. As the Supreme Court said in *Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd.*, an excerpt already quoted by my brother Hugessen J.A., “[a] licensee relying on this subsection is not claiming against the infringer for infringement of his rights under the licence, he is

samment démontré que même en les tenant pour avérés, ils ne révèlent aucune cause raisonnable d’action.

Par ailleurs, même si la Règle 419(1) n’est pas le véhicule idéal pour plaider le défaut de qualité pour agir d’une partie demanderesse, il est acquis, depuis *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, à la page 617, qu’il peut être «approprié de statuer sur la qualité pour agir au stade de la requête en radiation»:

Cela dépend de la nature des points litigieux et de savoir si le dossier dont la cour est saisie, les énoncés des faits et du droit, et les arguments invoqués sont suffisants pour lui permettre de bien comprendre, au stade de l’exception préliminaire, la nature de l’intérêt invoqué.

En l’espèce, j’ai devant moi tout ce dont j’ai besoin pour décider de la question.

Il n’est donc aucune raison de ne pas mettre un terme dès maintenant à l’action. Je confirmerais l’ordonnance du juge des requêtes et radierais l’action instituée par l’appelante pour le motif qu’elle ne révèle aucune cause raisonnable d’action.

Cela dit, s’il advenait que je fasse erreur sur ce premier point, je suis d’avis, pour les raisons données par mon collègue, que de toute façon il n’y a pas lieu en l’espèce de prononcer une injonction interlocutoire. Je rejetterais l’appel dans sa totalité et avec dépens.

* * *

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris à l’avis de mon collègue, le juge Hugessen, J.C.A., et à son raisonnement que j’estime convaincant. Contrairement à mon collègue, le juge Décary, J.C.A., je ne crois pas que conférer à l’appelante la capacité légale d’intenter une action pour le préjudice subi par suite de la contrefaçon du brevet équivaldrait à supprimer les mots «se réclamant du breveté» figurant au paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets*. Comme la Cour suprême l’a dit dans l’arrêt *Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd.*, remarque qui a déjà été citée par mon collègue, le juge Hugessen, J.C.A., «[u]n titulaire de licence qui invoque ce para-

claiming for the damage he has sustained in consequence of the infringement of the patent.”¹⁶

Nor do I believe as my colleague Décary J.A. suggests that the words “persons claiming under the patentee” in subsection 55(1) are more limited than the word “person” in subsections 60(1) and (2) of the Act. In subsection 60(1), it has to be an interested person and therefore it is not unqualified. In subsection 60(2), it has to be a person who uses or proposes to use a process or a person who makes, uses or sells an article that might constitute an infringement of a patent. Likewise in subsection 55(1), it has to be a person who claims under the patentee, that is to say a person who as a user, an assignee, a licensee or a lessee had a title or a right which may be traced back to the patentee.

As pointed out by my colleague Hugessen J.A., it will be rare instances where a simple user of a patented article will suffer damages in consequence of a patent infringement. But when this happens I simply cannot believe and accept that the victim would have to assume its loss and that the infringer would go scott-free, free to create more victims. Subsection 55(1) was enacted to discourage patent infringement and to provide a redress to those who have a right which may be traced back to the patentee and who suffer a wrong as a result of the infringement. I do not think it is realistic in commercial matters, especially in this day and age, to expect and require from buyers and users of patented articles to negotiate, before they acquire or use them, an agreement whereby someone else, be it the patentee or another licensee, would undertake to compensate them in case of patent infringement or worse would undertake to bring legal proceedings to put an end to the infringement. In this latter case, the victim would still not be compensated for his damages as, save exceptions, no one can claim for the damages sustained by a third party.

¹⁶ [1982] 1 S.C.R. 907, at p. 919, *per* Martland J.

graphe ne réclame rien au contrefacteur pour la violation des droits que lui accorde la licence, il réclame des dommages-intérêts en compensation des pertes qu’il a subies en conséquence de la violation du brevet»¹⁶.

Je ne crois pas non plus, comme mon collègue le juge Décary, J.C.A., le laisse entendre, que les mots «personne se réclamant du breveté» figurant au paragraphe 55(1) sont plus restreints que le mot «intéressé» figurant au paragraphe 60(1) ou le mot «personne» figurant au paragraphe 60(2) de la Loi. Au paragraphe 60(1), il doit s’agir d’un intéressé et une réserve est donc faite. Au paragraphe 60(2), il doit s’agir d’une personne qui emploie ou se propose d’employer un procédé ou d’une personne qui fabrique, utilise ou vend un article qui pourrait constituer une contrefaçon du brevet. De même au paragraphe 55(1), il doit s’agir d’une personne qui se réclame du breveté, c’est-à-dire une personne qui, en sa qualité d’utilisateur, de cessionnaire, de porteur de licence ou de locataire, possède un titre ou un droit dont la source peut être attribuée au breveté.

Comme l’a souligné mon collègue le juge Hugessen, J.C.A., il est rare que le simple utilisateur d’un article breveté subisse un préjudice par suite de la contrefaçon d’un brevet. Cependant, lorsque cela se produit, je ne puis tout simplement pas croire et accepter que la victime devrait assumer sa perte et que le contrefacteur s’en tirerait indemne et libre de créer d’autres victimes. Le paragraphe 55(1) vise à décourager la contrefaçon d’un brevet et à fournir un recours aux personnes qui possèdent un droit dont la source peut être attribuée au breveté et qui subissent un tort par suite de la contrefaçon. Je ne crois pas qu’il est réaliste, en matière commerciale, particulièrement de nos jours, de s’attendre à ce que les acheteurs et les utilisateurs d’articles brevetés négocient, avant de les acheter et de les utiliser, un accord par lequel quelqu’un d’autre, que ce soit le breveté ou un autre porteur de licence, s’engage à les indemniser en cas de contrefaçon du brevet ou, encore pis, s’engage à intenter une action en justice pour mettre fin à la contrefaçon. Dans ce dernier cas, la victime ne serait toujours pas indemnisée du préjudice subi car, sauf exception, personne ne peut présenter une demande pour des dommages subis par un tiers.

¹⁶ [1982] 1 R.C.S. 907, à la p. 919, le juge Martland.

It is true that a claim in damages by an implied licensee such as the buyer of a patented article would put in issue the validity of the patent and the extent of the infringement, if any. However, this is the reason why subsection 55(2) requires that the patentee be made a party to any action for the recovery of damages. Thus, the patentee can meaningfully participate in the debate and protect his patent.

Il est vrai qu'une action en dommages-intérêts intentée par un porteur de licence implicite comme l'acheteur d'un article breveté remettrait en question la validité du brevet et l'étendue de la contrefaçon, le cas échéant. Toutefois, c'est la raison pour laquelle le paragraphe 55(2) exige que le breveté soit constitué partie à toute action en recouvrement des dommages-intérêts. Par conséquent, le breveté peut vraiment participer au débat et protéger son brevet.

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 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 to review refusal to give access to certain records—Applicant requesting keys and records pertaining to keys used in German communications between Germany and Latin America in 1941 and 1942—Respondent providing 67 pages, of which 42 blank (claiming total exemption based on Access to Information Act, s. 13(1)) (material obtained from foreign government in confidence where foreign government not consenting to release)—Five pages containing omissions based on s. 15(1) (material whose disclosure could reasonably be expected to be injurious to conduct of international affairs or defence of Canada)—Applicant arguing respondent never making proper response to request for “keys”, stating only “Please find enclosed copies of records which may be disclosed to you” and referring to exemptions claimed—Although general, notice within requirements of s. 10(1) amounting to permissible refusal to indicate whether record (keys) existed, but stating grounds upon which exemption claimed if did exist—No basis for ordering new search as no evidence of refusal to make search or adequate search—Every reasonable effort made to find such records and no reasonable ground to believe keys at DND—No basis for *mandamus* under Act—For *mandamus* to issue must be clear legal duty involving no discretion on part of public officer—Act imposing only duties as to release of Government information and imposing own penalties—Scope of judicial review of s. 15(1) exemptions under s. 50 more limited than under s. 49—Court not entitled to order disclosure simply because would have reached different conclusion than head of institution—Disclosure ordered only if unable to say no reasonable person could have come to conclusion, on facts presented, records should be exempted—Court unable to find reasonable grounds for refusing to disclose excised passages—Unreasonable to conclude information in 50-year old documents relating to wartime could reveal anything pertinent to conduct of Canada’s international relations and national defence in peacetime now—Disclosure of severed portions ordered, but operation of order suspended pending appeal in order not to render appeal futile—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 10(1), 13(1), 15(1), 19(1), 41, 47(1), 49, 50.

X v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE)
(T-2648-90, Strayer J., order dated 4/11/92, 6 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Appeal from Immigration and Refugee Board’s dismissal of appeal from immigration officer’s refusal of sponsored application for landing of widowed mother and two dependent daughters—Application refused as one daughter mentally retarded, which in opinion of one or more medical officers might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services—Board holding refusal valid based on concurring diagnoses of retardation—Finding no humanitarian or compassionate considerations warranting special relief as appellant established and functioning well in Canada and family in India self-sufficient and offering security for retarded daughter—Board suspicious of family’s reluctance to acknowledge more than severe shyness with strangers—Appeal allowed—Board erred on issues of equity and validity of refusal—Although Board may not question diagnosis of medical officers, should, when requested, enquire into reasonableness of conclusion as to probable demands on government services—Board assuming from sole fact of agreement as to existence of mental retardation conclusion reasonable—Fact of mental retardation alone not leading to particular conclusion as retardation covering wide range of possibilities from total inability to function independently to near normality—Degree of retardation and probable consequences thereof in relation to excessive demands on government services relevant—Board failed to assess that degree—Furthermore, medical notification form completed by two medical officers showed intended occupation as “new worker”, characterization intended for independent applicant, not sponsored dependants—May have imposed higher standard of medical admissibility because not realizing sponsored dependant—Board erred in exercise of equitable jurisdiction to grant special relief on humanitarian or compassionate grounds—Considered only understandable reluctance of family to confront retardation and successful functioning of two households—Failed to consider nature of daughter’s condition, psychological dependencies retardation engenders, and close bonds of affection arising in such family in light of Act’s objective of facilitating reunion of close relatives in Canada—If application for landing allowed, entire

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

immediate family reunited in Canada—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 3(c).

DEOL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-280-90, MacGuigan J.A., judgment dated 27/11/92, 5 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for injunction restraining Crown or Minister of Employment and Immigration from restraining admission to Canada of David Irving to attend plaintiff's meeting—Application dismissed—Claim law being used to impinge on constitutional right serious issue to be tried—Interference with plaintiff's dinner meeting in Victoria caused by failure to issue injunction not serious and irreparable harm, but temporary inconvenience—When balancing rights of individual against public interest in sense of public administration carrying out laws of legislatures or Parliament, must give due weight to public interest—Immigration Act authorizing administration of system controlling access to Canada by non-citizens—Substantial public interest in ensuring steps lawfully authorized under Act carried out—Steps Minister authorized to take not demonstrated to be unlawful—Remedies under Immigration Act more appropriate—Matter should be first heard by adjudicator—If injunction granted, plaintiff would be given ultimate remedy, altering *status quo*—Federal Court Act, s. 57 requirement where constitutional validity or applicability or operability of Act of Parliament in issue, federal and provincial Attorneys General should be given at least ten days' notice, not complied with—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

CANADIAN FREE SPEECH LEAGUE V. CANADA (T-2557-92, Strayer J., judgment dated 27/10/92, 8 pp.)

Motion for reconsideration of order under RR. 324 and 1733—Applicant's claim for Convention refugee status dismissed by Immigration and Refugee Board—Respondent served with application for leave to appeal Board's decision—Applicant granted extension of time for filing written submissions—New matter discovered subsequent to judgment: applicant's counsel failing to file affidavit required to support application for leave to appeal—Applicant not showing reasonable diligence—Requirements of R. 1733 and case law not satisfied—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 1733.

ABDI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-3481, Heald J.A., order dated 25/11/92, 4 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Federal Court Jurisdiction

Stay of deportation—Application for stay of execution of deportation order pending consideration of application for leave to seek judicial review—Applicant, native of Trinidad, found to have no credible basis for Convention refugee claim—Application for leave to seek judicial review not brought to attention of Judge for three months—Delay of Court in dealing

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

with matter ought not to work to disadvantage of applicant—Application raising arguable issue—Irreparable harm to applicant and family if stay denied—Husband recovering from surgery—Applicant's continuing presence with family in Canada pending disposition of application would avoid disruption for family—Application granted.

MAHADEO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-757, MacKay J., order dated 27/11/92, 5 pp.)

Application to extend time to file notice of appeal from order dismissing motion for order to extend time to file affidavits and written representations in support of application for leave to commence judicial review proceedings of negative humanitarian or compassionate decision—Order seeking to appeal made because so little material on file could not be determined whether application had any merit—Applicant alleging no prejudice to respondent if leave granted, and in interests of justice to grant leave as merits of application for leave not considered—Application dismissed—General authority of Court to extend time for filing appeal under Federal Court Act, s. 27(2) read in light of Immigration Act provisions relating to Federal Court proceedings—Immigration Act, s. 84.2(2) providing Immigration Act prevails in event of inconsistency between ss. 82.1 to 84.1 and any provision of Federal Court Act—Federal Court Act, s. 27(2) predicated upon general existence of right of appeal to Court of Appeal from decision of Trial Division—Under s. 82.2(1) no appeal lies to Court of Appeal on application under s. 82.1 for leave to seek judicial review—If no appeal in relation to matter in issue, no authority in Trial Division to extend time for appeal—Dismissal of application for extension of time to file documents integral aspect of Court's jurisdiction to consider application for leave to apply for judicial review under s. 82.1—Appeal from such decision precluded by s. 82.2(1)—Since no appeal to Court of Appeal in relation to that decision, Court without authority under Federal Court Act, s. 27(2) to extend time for filing appeal—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 53), 82.2 (as am. *idem*, s. 54), 84.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(2) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 7).

RAFIQUE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-991, MacKay J., order dated 29/10/92, 5 pp.)

Stay of deportation—Application for stay of execution of exclusion order pending final determination of application for leave to commence proceedings for judicial review of decision by credible basis hearing panel—Convention refugee claim found to be without credible basis—Application for judicial review expected to be considered by Court soon—Application for stay not urgent matter as no date arranged for removal of applicants from Canada—Application adjourned.

AULAKH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1082, MacKay J., order dated 13/11/92, 2 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Stay of deportation—Application for stay of execution of removal order pending final disposition of application for leave to commence proceedings for judicial review—Applicants found to have insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant application for permanent residence from within Canada—Application for leave not yet considered—Court having jurisdiction to hear matter under Federal Court Act, s. 18(2)—No evidence applicants will suffer irreparable harm if stay not granted—Inconvenience, emotional upset, financial hardship not factors deemed to constitute irreparable harm—Not exceptional case warranting Court's intervention—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

KHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1311, MacKay J., order dated 6/11/92, 6 pp.)

Stay of deportation—Application for stay of execution of exclusion order pending final disposition of application for leave to seek judicial review of ministerial decision—Review of humanitarian and compassionate considerations disclosing insufficient grounds to warrant recommendation under Immigration Act, s. 114(2) that applicant be landed from within Canada—Whether serious issue to be tried, whether irreparable harm if stay not granted and whether balance of convenience favours granting of stay—Serious or arguable issues before Court—Issue of possible statutory entitlement of applicant to be processed for landing from within Canada under Act, s. 46.04 not addressed by counsel for respondent at hearing—General conditions in Kenya creating serious difficulties for Muslims—Removal of applicant likely to create emotional and physical disruption for applicant, infant daughter born in Canada and father—Hardship causing irreparable harm if stay sought not granted—Court may intervene to issue interim order to stay other processes pending determination of issues before Court under Federal Court Act, s. 18.2—Balance of convenience favouring grant of stay of execution of exclusion order—Application granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.04 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 82.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 53), 114(2).

HAIDER V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1459, MacKay J., order dated 13/11/92, 11 pp.)

Application for leave to commence application for interim stay of s. 27 inquiry, and for interim stay of inquiry concerning applicant Lenford Smith—Application for leave to commence s. 18 application prohibiting continuation of inquiry, and to quash determination insufficient humanitarian and compassionate grounds to allow applicant to apply for landing from within Canada pending—Applicant, Ann Smith, met Lenford Smith in 1989 at which time had commenced divorce proceedings from former husband and had ten-month old child from previous relationship—Some months later Lenford moved in with her—Applicants married within weeks of Ann Smith's divorce—Couple had child in May 1991—In August 1991, after marital dispute, Ann informed immigration authorities

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Lenford working illegally—Ann posted bail to secure Lenford's release—Couple still living together and had second child in September 1992—Three children very attached to Lenford Smith—Lenford has no one to return to in Jamaica, having lost contact with relatives—In September 1992 Lenford Smith advised "no humanitarian and compassionate grounds identified to warrant processing case from within Canada"—Common ground refusal based on conclusion marriage not *bona fide*, although no explanation for refusal given—If deportation order issued, Lenford would require Ministerial consent to return—Takes several years to process application for permanent residence from Jamaica—No advantage in awaiting decision on s. 27 hearing—Serious issues as to whether marriage *bona fide* and whether matter could be processed from within Canada—As to irreparable harm, emotional and psychological effects on children of losing beloved father might be severe—Balance of convenience favouring Lenford—Consequences of awaiting decision on application to seek review of adverse finding on humanitarian and compassionate application, and outcome of review merely delay to respondent, whereas deportation major inconvenience for Lenford and family—Application allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27, 114(2).

SMITH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1552, Walsh D.J., order dated 23/11/92, 11 pp.)

Stay of deportation—Application for stay of removal order pending determination of application for leave to seek judicial review of decision refusing special treatment on humanitarian and compassionate grounds—Stay of execution of removal order may not be granted if validity of order not in dispute—Attack on exercise of discretion under Immigration Act, s. 114(2) not attack on validity of execution of removal order—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

ALI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1647, Strayer J., order dated 17/11/92, 2 pp.)

Stay of deportation—Appeal from refusal by Trial Division to grant stay of execution of removal order in refugee case—Under rule laid down by FCA in recent cases, Court having no power to stay execution of removal order where deprived of jurisdiction by Immigration Act, s. 82.2(1) to entertain appeal from Trial Division's decision—Even allegation of violation of Charter right based on serious issue found by Trial Division cannot give Court statutory jurisdiction to hear appeal if withheld by Parliament—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 54).

DUGGAL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1480-92, MacGuigan J.A., judgment dated 16/11/92, 2 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application to review decision no credible basis to Convention refugee claim—Applicant army deserter from El Salvador—Panel concluding applicant not credible witness based on inconsistencies in evidence—At time of hearing, applicant 18 years old, with grade 3 education, and testified with aid of interpreter—Application allowed—Panel erred in some findings of fact—Holding evidence as to applicant's age constituting inconsistency when clear such evidence tendered solely to establish not minor who required representative at hearing—Panel misunderstood applicant's evidence concerning steps taken to obtain passport—Although Panel found description of lake in personal information form to be inconsistent with evidence in cross-examination, evidence tendered on judicial review hearing establishing description of lake in form improperly translated—Panel also failed to consider documentary evidence concerning manner in which El Salvador deals with army deserters—Frequent interruptions by Panel members and lengthy questions posed in cross-examination by case presenting officer contributing greatly to confusion.

MEMBRENO-GARCIA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1312-92, McGillis J., order dated 2/12/92, 4 pp.)

Appellant, Tamil from Sri Lanka, fearing persecution from Sri Lankan army and three other groups—Board erred in law in failing to expressly address previous one-month detention involving considerable mistreatment by army—Matter returned to differently constituted Board for rehearing.

SUNDRALINGAM V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-116-91, MacGuigan J.A., judgment dated 23/11/92, 2 pp.)

COPYRIGHT

PRACTICE

Action for copyright infringement alleging defendants permitting public performance of musical works forming part of plaintiff's repertoire without licence—Plaintiff moving to strike out certain paragraphs of statement of defence and for particulars—Particulars provided properly respond to plaintiff's motion—Defendant pleading authorized to present musical performances by motion picture distributors and producers—Providing names of distributors and producers and indicating authorization obtained when licence to show relevant motion pictures granted—Fact defendant unaware of legal source of rights of distributors and producers not rendering particulars insufficient—Particulars also indicating amount of fees paid for acquisition of rights allegedly conveyed to defendant encompassed in purchase price of licence to display

COPYRIGHT—Continued

motion picture to public, and easily ascertained at discovery or at trial—As to motion to strike, defendant pleading estoppel against plaintiff, producers and distributors—If defendant can establish allegations distributors and producers had right to authorize performance of musical works, plea of estoppel against them would disclose reasonable defence—Plea allowed to stand—Defence of estoppel raised against plaintiff based on acquiescence of plaintiff and predecessors since 1972—Plaintiff submitting actions of predecessors cannot bind it—As nothing before Court allowing any conclusion in that regard, plea also stands—Defendant alleging s. 67.2 of Copyright Act violating Charter, ss. 2(b), 15—Material facts upon which plaintiff intending to rely pleaded—Attack aimed at part of legislative scheme authorizing Copyright Board to determine royalties plaintiff permitted to collect for performance of works by parties—Not clear and obvious Charter attack cannot succeed—Defendant pleading Copyright Board's legislative authority to determine royalties in pith and substance law respecting property and civil rights and not ancillary to powers of Parliament to pass laws respecting copyright—Directly opposite to long-established case law holding Board's power to fix licence fees not matter of contract, but of statutory fixation ancillary to Parliament's jurisdiction with respect to copyright under Constitution Act, 1867, s. 91(23)—Attack not based on changed circumstances, evolving factual context, or novel aspect of jurisdictional relevance—Plea not disclosing reasonable defence—Clear and obvious cannot succeed and should be struck out—Defendant alleging quantum of royalties certified by Copyright Board constituting restraint of trade, used to enhance price, and contrary to Competition Act, s. 32—Alleging establishment of royalties by Copyright Board constituting illegal price fixing and unfair and monopolistic trade practice injurious to Canadian public—Competition Act, s. 32 not applicable—Activities of plaintiff and Board within framework of Copyright Act, s. 67 expressly sanctioned by federal legislation and exempt from operation of s. 32 under "regulated industry defence"—Board's fee setting activities within legislative mandate and deemed to be in public interest—Plea struck out—Defendant moved on short notice for order all future interlocutory motions be held in Edmonton where resides—Arguing bringing interlocutory motions in Ottawa where plaintiff's solicitors reside, working injustice, oppressive and vexatious to defendant—Motion not heard on short notice but Court noting litigant's ability to file motion in Registry of choice must not be abused—No Rule permitting party to bring motions in city of choice without regard to convenience of other party—In matters involving protracted pre-trial motions, parties must share inconvenience regardless of who initiates motions and counsel expected to ensure result—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 67 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 67.2 (as enacted *idem*)—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 18), s. 32 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 29)—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. 2(b), 15—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitu-

COPYRIGHT—Concluded

tion Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(23).

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. LANDMARK CINEMAS OF CANADA LTD. (T-633-92, Noël J., order dated 13/11/92, 11 pp.)

CROWN

TORTS

Action for assault and false imprisonment—Upon return from U.S.A. to buy gasoline, plaintiff stopped by RCMP at road block set up to catch drinking drivers—RCMP officer issuing warning for vehicle infractions (licence partially obscured by commercial plate, non-functioning tail lights)—Plaintiff refusing to produce driver's licence and registration as allegedly at home—Although giving his name once, repeatedly refusing to spell it—Plaintiff effectively agreed officer should arrest him as would not identify himself—Officer placed hand firmly on plaintiff's upper arm to escort him to police car—Plaintiff jerked arm out of officer's grip—Officer attempted to put plaintiff in headlock—Second officer grabbed plaintiff's pant leg, causing plaintiff and first officer to fall down—Officer, who was taller and heavier, landed on top of plaintiff—Officer applied pressure to his throat and threatened to "choke out" plaintiff if he did not cooperate—Plaintiff indicated willingness to cooperate fairly quickly—Upon refusing to sign fingerprint form at police station, plaintiff put in cell—Also refused to sign form confirming effects surrendered—Released next morning when someone who knew plaintiff picked him up and after signing fingerprint form and promise to appear—Plaintiff alleging discomfort in neck, soreness and headache—RCMP exercising authority as provincial peace officers—At time it was offence under provincial law to drive improperly equipped vehicle and to refuse or fail to produce driver's licence or registration certificate when requested by peace officer to do so—Arrest on intended charges under Motor Vehicle Act reasonable, particularly as plaintiff had just entered Canada without any identification papers—In public interest to identify plaintiff—Plaintiff acted unreasonably—Officer applied too much force to plaintiff in seizing him by throat, given size difference, position (officer on top of plaintiff), and nearby back-up—No reasonable apprehension of immediate danger—Plaintiff insolent, obstructive and consciously testing system—As no particulars provided, no special damages allowed—As use of excessive force neither premeditated nor sustained, claim for punitive or aggravated damages dismissed—\$500 awarded as general damages for unnecessary discomfort and inconvenience—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, s. 18—Police Act, R.S.B.C. 1979, c. 331, ss. 13, 16—Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305, s. 122—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 450 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5)—Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, ss. 64(1)(b) (as am. by S.B.C. 1980, c. 37, s. 23; 1985, c. 78, s. 9), 67 (as am. by S.B.C. 1982, c. 36, s. 13), 216 (as am. by S.B.C. 1983, c. 21, s. 10).

WREN V. CANADA (T-2696-87, Strayer J., judgment dated 26/11/92, 13 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

CUSTOMS ACT

Application to extend time to apply for judicial review under s. 18.1 re: debt certificate issued under Customs Act, s. 145, and registered in Federal Court or demands for payment of ascertained forfeiture under s. 124—Application for judicial review under s. 18.1 three months out of time re: debt certificate and eighteen months late re: ascertained forfeiture—Applicant alleging Legal Aid lawyer not following instructions to file appeal when applicant incarcerated; between acquittal on charges under Customs Act and receipt of certificate of debt, believed criminal proceeding disposing of all matters against him—Application dismissed—Debt certificate not contemplated by s. 18.1—Challenge of debt certificate not constituting challenge to indebtedness—Judicial review of debt certificate narrowly circumscribed inquiry into compliance with s. 145—Applicant not establishing fairly arguable case re: debt certificate in arguing notices of ascertained forfeiture inappropriate and illegal—That issue pertaining to decision under s. 124, not debt certificate under s. 145—As to notices of ascertained forfeiture, no fairly arguable case judicial review lies to Court directly from notice under s. 124—S. 127 providing debt due as result of demand under s. 124 final and not subject to review except in accordance with s. 129—S. 129 providing for request of decision of Minister under s. 131 within 30 days of service of notice—S. 135 providing for appeal to Federal Court, Trial Division of Minister's decision—As these provisions set out statutory scheme for appeal from ascertained forfeiture, judicial review precluded by Federal Court Act, s. 18.5—Also, Customs Act, s. 127 form of privative clause intended to limit challenges of ascertained forfeitures to procedure set out in Act—If procedure set out in Act for appealing government official's decision to Minister and then to Federal Court followed, anything arbitrary or inappropriate can be caught—No provision for extension of time to seek Minister's decision—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 124, 127, 129, 135 (as am. by S.C. 1990, c. 9, s. 49), 145—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 18.5 (as enacted *idem*).

SMITH V. CANADA (T-1872-92, Rothstein J., order dated 24/11/92, 7 pp.)

EXCISE ACT

Action to claim launch and two engines seized pursuant to Excise Act, s. 88(2)—Launch and two engines seized used to transport sixty cases of tobacco not packaged or stamped in accordance with Act, s. 240(2)—Transport in question made without knowledge or participation of plaintiff—Plaintiff's statement of claim based on Act, s. 116 not s. 164(1), and necessarily constitutes action *in rem* for forfeiture of thing—Plaintiff did not seek "order declaring his interest" and brought action thirty days after seizure—As admitted launch and engines seized used to transport tobacco contrary to Excise Act and provisions of latter observed by RCMP officers, action must be dismissed—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14, ss. 88(2), 116, 164, 240(2).

POURVOIRIE HART V. CANADA (T-2374-91, Pinard J., judgment dated 18/11/92, 6 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

EXCISE TAX ACT

Appeal under Excise Tax Act, s. 81.22 from assessment or determination by Minister of National Revenue—Written admissions filed by counsel for parties—Machinery, apparatus and parts (subject goods commercial type) not covered by s. 1(a)(i) of Part XIII of Schedule III of Excise Tax Act—Goods not sold to persons who are “producers or manufacturers” within meaning of Act, s. 42—Machinery, apparatus and parts (subject goods commercial type) covered by s. 3 of Part V of Schedule III of Excise Tax Act—Expressions “manufacturer or producer”, “manufactured or produced” and “manufacture or production” found in various places and contexts in Act used for differing purposes—Tax exemptions set out in separate portions of Schedule III of Act relate to different matters—Provisions of Schedule III containing these exemptions independent and to be considered and applied separately—S. 3 of Part V of Schedule III of Act to be interpreted so as to exclude these goods—Machinery, apparatus and parts (subject goods domestic type) not covered by s. 1(a)(i) of Part XIII of Excise Tax Act—These goods not sold to persons who are “producers or manufacturers” within meaning of Act, s. 42 as they should be—Machinery, apparatus and parts (subject goods domestic type) not covered by s. 3 of Part V of Schedule III of Excise Tax Act—Parliament established tax exemptions in Parts V and XIII of Schedule III of Act in context of commercial and not domestic “manufacture or production”—Appeal allowed only in respect of machinery, apparatus and parts designated as “subject goods commercial type”—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 81.22, Schedule III, Part V, s. 3, Part XIII, s. 1(a)(i).

FAEMA DISTRIBUTEUR INC. v. M.N.R. (T-1992-91, Pinard J., judgment dated 4/12/92, 10 pp.)

DAMAGES

COMPENSATORY

Action for damages caused to plaintiff's boat and boathouse—Liability not in issue—Considerable damage caused by defendant's vessel to structure of boathouse—Plaintiff's witness experienced and reliable—Witness concluding cheaper to build new boathouse than to attempt to repair existing one—Approach by defendants' marine surveyor and involvement in assessment of work to be undertaken leading to procrastination and delay on part of defendants—No credible and sufficient evidence from defendants to put in question cost of repairs completed by boathouse builder and repairman—All repairs undertaken by latter necessary—Account reasonable and within educated estimates—Judgment for plaintiff in amount of \$102,209.83 with pre-judgment interest.

ALEXANDER v. EL PRIMERO (THE) (T-2431-91, Roulcau J., judgment dated 16/11/92, 9 pp.)

ELECTIONS

Application for order directing returning officer in applicant's constituency to register applicant as voter and permit him to vote—Application dismissed—Effectively seeking *mandamus*, requiring clearly expressed statutory duty—Statutory duty herein requiring returning officer not to register applicant because not citizen—If applicant successful, order would compel returning officer to act against statutory duty—Further, application already decided against applicant by Joyal J. who struck out action.

ROACH v. CANADA (MINISTER OF STATE FOR MULTICULTURALISM AND CULTURE) (T-460-91, Jerome A.C.J., order dated 19/10/92, 4 pp.)

ENERGY

Action for declaration plaintiff incurred “eligible expenses” within Canadian Exploration and Development Incentive Program Act (CEDIP) re: Phases Three, Four of gas well drilling program in Brooks, Alberta, in 1989—Also seeking *mandamus* requiring defendant Minister to requisition certain incentive payments from Consolidated Revenue Fund—Act to provide incentive payments for exploration and development for production of hydrocarbons other than coal—Minister of Finance abruptly cancelling program, subject to payment of subsidies in respect of expenses incurred for wells “spudded” before that date or pursuant to “binding commitments” entered into before April 27, 1989—In May 1988 plaintiff commenced drilling, in four phases, 97 gas wells in Brooks area on lands, mineral rights in which belonged to PanCanadian Petroleum Limited—Chevron Associates holding joint interests in Pan-Canadian minerals on Phase Four lands—On September 30, 1988 Minister announced instead of planned reduction of incentive payment, payments would continue at rate of 25% for expenses incurred up to June 30, 1989, to decrease thereafter until end of 1989 when program would terminate—Plaintiff entering agreement with PanCanadian, evidenced by exchange of correspondence and formalized in documents entitled “natural gas lease”, in respect of lands in Phase Three in January 1989—Document not typical of “natural gas lease” commonly used in industry under which owner of mineral rights grants right to petroleum company to explore for and extract natural gas and retains no role for itself—As to Phase Four, while correspondence indicating plaintiff and Chevron Associates intended to enter “farmout” arrangement, plaintiff's proposal never accepted—As of date of announcement of cancellation of CEDIP, plaintiff and Chevron Associates had binding agreement whereby plaintiff could proceed with drilling on terms set out in plaintiff's proposal of February 6, 1989—Full arrangement not finally committed to writing until later (signed February 1990)—As of date of cancellation plaintiff had incurred obligations to third parties to proceed with drilling of Phase Three and Four wells—Failure to proceed would have resulted in varying degrees of liability with third parties and with Pan-Canadian and Chevron Associates—In May 1989 plaintiff received draft guidelines for phasing out of CEDIP—Indicated eligible expenses would have to be incurred under contractual obligations “in writing” entered into before April 26, 1989—Based on Minister's announcement, plaintiff's applications for CEDIP incentive payments to June 30, 1989 refused because

ENERGY—Concluded

expenses not incurred pursuant to written agreement—Regulations adopting retroactive amendment to definition of “eligible expense” not adopted until January 25, 1989—Definition provided eligible expense must be undertaken pursuant to written agreement under which had unconditional obligation to incur expense—Issues: (1) as to Phase Three, whether “lease” between plaintiff and PanCanadian outside “written agreement” because “freehold lease”; (2) as to Phase Four, whether any written agreement; (3) whether Minister estopped from refusing to pay for expenses incurred after announcement due to information provided to plaintiff as to eligibility of expenses incurred from May 1989—Laws adversely affecting citizen’s rights to be construed strictly: *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493—(1) Well established by cases petroleum and natural gas leases not “lease” but “*profit à prendre*” or licence permitting lessee to explore for and remove petroleum and natural gas from lands with respect to which lessor owns mineral rights—Drafter of regulations presumably familiar with case law and if wished to exclude agreements for *profit à prendre* would have said so—Form of “natural gas lease” used by PanCanadian re: Phase Three lands having many provisions typical to farmout agreements—Even if standard oil and gas lease elements falling within meaning of “freehold lease” in regulations, agreements containing other elements which could not—Expenses incurred in respect of Phase Three from January 27 to December 31, 1989 constituted eligible expenses for purposes of CEDIP—(2) Expenses incurred during same period re: Phase Four not eligible unless plaintiff having unconditional obligation to incur expenses in respect of seismic field work under “written agreement” with Chevron Associates—As of April 26, 1989 correspondence among four parties not amounting to written agreement, even if consensus and common understanding of respective roles—Court prepared to accept written agreement could consist of several documents exchanged among parties if collectively showed *consensus ad idem*, but no such set of documents herein—(3) As plaintiff would have gone ahead with drilling even if clear no subsidies available under CEDIP, plea of estoppel cannot succeed as cannot demonstrate acted to its detriment based on defendant’s conduct or representations—Canadian Exploration and Development Incentive Program Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 15 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), s. 27—Canadian Exploration and Development Program Regulations, SOR/87-514, ss. 2 (as am. by SOR/90-96, s.1), 4 (as am. *idem*, s. 2).

NUGAS LTD. v. CANADA (T-1692-90, Strayer J., judgment dated 9/11/92, 19 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

TRIAL DIVISION

Plaintiff awarded contract for tank replacement and pump installation at Hay River, Northwest Territories—Defendant terminated contract for inadequate performance—Statement of claim disputing validity of termination—Plaintiff moving for judgment for failure to file defence within 30 days—Defendant seeking stay of proceedings on ground Court lacking jurisdic-

FEDERAL COURT JURISDICTION— Continued

tion to hear proposed counterclaim—Supreme Court of Canada cases dealing with Federal Court jurisdiction reviewed—That Federal Court may need to apply provincial law in resolution of claim not bar to jurisdiction where claim validly founded on federal law—Determination of when provincial component so great that case no longer based on federal law more difficult particularly where jurisdictional basis for secondary claim in question—Prior to February 1, 1992, Trial Division had statutory grant of exclusive original jurisdiction in most cases involving contractual claims against Crown—Often resulted in action being split between courts—Amendments to Federal Court Act granted Court concurrent jurisdiction as rule and exclusive jurisdiction only in certain situations—Clear statutory jurisdiction for plaintiff’s claim under Federal Court Act, s. 17(2)(b) as claim arising out of contract entered into by Crown, and for Crown’s claim by s. 17(5)(a) as civil proceeding in which Crown claims relief—Both claims also grounded in s. 23(c) (public work beyond limits of province)—Common law respecting federal public works existing and applicable federal law—Fact Crown seeking to apply principles of set-off, incorporating provincial common law, only incidental to counterclaim—Laws of Northwest Territories “laws of Canada”—Even common law relating to subject-matter normally within provincial jurisdiction valid federal law when concerns Territories—Applications dismissed—Statement of defence to be filed forthwith—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 402(2)(a), 432, 433—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 23, 50.1 (as enacted *idem*, s. 16).

KARL MUELLER CONSTRUCTION LTD. v. CANADA (T-464-92, Jerome A.C.J., order dated 27/11/92, 7 pp.)

Motion for order rescinding arrest warrant for oil bunkers on ship on ground Court lacking jurisdiction to issue warrant or defendant not owner of oil bunkers—Plaintiff seeking interim measure of protection to keep oil bunkers in Canadian jurisdiction pending outcome of arbitration proceedings—Statement of claim alleging defendant time charterer of vessel and owner of bunkers—Cause of action arising out of dispute surrounding previous time charter involving same parties, under arbitration at London—Neither party residing in Canada, time charter executed at London, not involving transport to or from Canada, no connection with Canada—Arrest warrant obtained to secure unsecured portion of claim in arbitration proceedings—Federal Court Act, s. 22(2)(i) giving Trial Division jurisdiction over any claim arising out of any agreement relating to carriage of goods in or on ship or to use or hire of ship whether by charter party or otherwise—S. 43(3) providing jurisdiction *in rem* under s. 22(2)(i) cannot be exercised unless at time of commencement of action property subject of action beneficially owned by person who was beneficial owner at time cause of action arose—Application allowed—Cause of action underlying action *in rem* arising out of dispute surrounding time charter under arbitration at London—Oil bunkers, object of action *in rem* not beneficially owned by defendant at time contemplated by s. 43(3)—Plaintiff’s motion dismissed—No evidence (1) defendant unable to pay if plaintiff successful, (2) as to merits of case under arbitration, (3) as to balance of con-

FEDERAL COURT JURISDICTION— Concluded

venience—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(2)(i), 43(3).

DATLINE NAVIGATION CO. v. GLOBAL CONTAINER LINES (BAHAMAS) LTD. (T-2725-92, Noël J., order dated 9/11/92, 3 pp.)

Appeal from Trial Division's order ([1990] 3 F.C. D-19) dismissing application to review and set aside decertification under Income Tax Regulations of videotape series—Certification decision and subsequent revocation having no consequences other than upon assessment of income tax—Decisions may be reviewed on appeal to Trial Division under Income Tax Act but cannot be attacked by s. 18 proceedings—Appeal dismissed.

BRYDGES v. KINSMAN (A-786-90, Hugessen J.A., judgment dated 30/11/92, 2 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for interlocutory stay of proceedings of Canadian Human Rights tribunal pending determination of application for judicial review—Originating motion based on laches, breach of natural justice and failure to observe procedural fairness as extreme delay in proceeding with complaint prejudicial to applicant's interests—Interlocutory motion raising serious issue to be tried, tipping balance of convenience—Canadian Human Rights Commission failing to notify complainant of applicant's offer to hire of June 6, 1988—Delay of nearly 4 1/2 years between offer and hearing—Wrongful conduct on Commission's part—Facts sufficient to found order for interlocutory stay of proceedings of Canadian Human Rights Tribunal—Application granted.

CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-2340-92, Muldoon J., order dated 17/11/92, 7 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Capital Gains

Appeal from Tax Court decision entire 8.99-acre property on which defendant had residence constituting principal residence and none of proceeds of disposition subject to capital gains tax—Defendant purchased property in 1966 and lived there until 1980 when property sold—At time of purchase, zoning required minimum lot size of 3 acres—Other buildings on property including barn, greenhouse, sheds, paddock where kept riding horses for personal use—Western half of property pasture, used partly for own horses and to temporarily accommodate horses boarded for Calgary owners—Defendant carried on business of egg jobber from garage attached to house—Also purporting to carry on farming business, but over 90% of gross income derived from egg jobbing—1980 zoning bylaw

INCOME TAX—Continued

amendment requiring detached dwellings to be on 80 acres of land, but permitted non-conforming uses to continue—Calgary purchased entire parcel for \$899,000 in 1980—That same year defendant purchased 4-acre parcel near Calgary on which still resides, and 196 acres west of city—In 1980 income tax return, defendant claimed principal residence consisted of house and 1 acre of immediately contiguous land and remainder of 8.99 acres used for farming business—Elected to treat 4-acre and 196-acre parcels acquired in 1980 as replacement properties for remaining 7.99 acres—On reassessment, Minister holding principal residence consisting of house and immediately contiguous 3 acres—Tax Court holding necessary to look to minimum amount of property legally required for residence at time of disposition to define "principal residence" according to *The Queen v. Yates (W. and M.)*, [1983] C.T.C. 105 (F.C.T.D.); aff'd [1986] 2 C.T.C. 46 (F.C.A.)—Appeal allowed—*Yates* holding minimum amount of land taxpayer legally obliged to have in connection with residence at time of disposition of property establishes objectively amount of land associated with "principal residence"—Minimum permitted by previous bylaw minimum amount of property upon which plaintiff entitled to have residence after bylaw amendment i.e. 3 acres—Defendant not meeting burden of showing larger area necessary to use and enjoyment of house—Not substantiating claim excess over 3 acres used primarily in farming business—As failed to demonstrate carried on any significant farming business on excess, defendant not entitled to treat 196-acre parcel as replacement property for "former business property" since former property not used "primarily for purpose of gaining or producing income from business"—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 44(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 18), (5) (as am. by S.C. 1977-78, c. 32, s. 8), 54(g) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 14; 1974-75-76, c. 26, s. 25; 1976-77, c. 4, s. 14), 248(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 98).

M.N.R. v. AUGART (T-1396-89, Strayer J., judgment dated 23/11/92, 8 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court's dismissal of appeal concerning deductibility of moving expenses in 1985—Plaintiff, public servant, living and working in Paris, France from 1982 to 1985—In spring of 1985, notified of transfer back to Canada—In August married man who maintained home in England and gave up Paris apartment—Began commuting regularly to house in England—Household goods and personal effects shipped to Canada and placed in storage until October when moved into new home in Ottawa—Fully reimbursed by employer for cost of moving household goods and personal effects from Paris to Ottawa—From September to November either working in Embassy in Paris or outside Paris on temporary duty or taking annual or foreign service leave in United Kingdom—Lived in non-commercial temporary accommodation—Most of November spent at husband's home in England—Never intended to live permanently in England—Assumed duties of new position in December—Deducted \$20,024.62 as cost of moving personal effects of plaintiff and husband from England to Ottawa—Minister disallowed deduction—Income Tax Act, s. 62(1) permitting deduction of moving expenses incurred while moving from residence where ordinarily resided in Canada to new ordinary residence in Canada—S.

INCOME TAX—Concluded

250(1) deeming servant of Canada resident in Canada immediately prior to appointment abroad to have been resident in Canada throughout taxation year—S. 63.1 stating where taxpayer deemed by s. 250 to be resident in Canada, s. 62(1) shall be read without reference to “in Canada”—Only issue whether ordinarily resident in England before moving to Canada—Appeal dismissed—Ordinary residence meaning residence in course of customary mode of life of person concerned and contrasted with special, occasional or casual residence: *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209—Cannot have two ordinary residences at same time: *Rennie, J. v. M.N.R.* (1989), 90 DTC 1050 (T.C.C.)—Plaintiff not ordinarily resident in England prior to move to Ottawa—Resided there casually—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 62 (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 21), 63.1 (as enacted by S.C. 1976-77, c. 4, s. 22), 250.

MALLETT v. M.N.R. (T-435-89, McGillis J., judgment dated 29/9/92, 6 pp.)

PRACTICE

Appeal from Tax Court order dismissing application to extend time for filing reply to notice of appeal—S. 44 requiring reply to be filed and served within sixty days after service of notice of appeal, but if respondent applies to Court within that time for extension of time for filing and serving reply, Court may grant such extension as it considers necessary—S. 12 permitting Court to extend or abridge any time prescribed by Rules on such terms as are just—Motion for direction extending time may be made before or after expiration of time prescribed—Tax Court holding s. 12 not impinging on time limitations mandated by s. 44, which alone applies to filing and service of replies—Appeal allowed—S. 12 applies to empower Court in appropriate circumstances to extend time fixed by s. 44 after such time expired—Form must not prevail over substance—Although reply to notice of appeal served on 60th day, not filed until next day due to unexplained failure of messenger to whom filing entrusted—Test not whether everything possible had been done to ensure reply filed on time, but whether what was done was reasonable in circumstances—In context of this litigation, addition of one day to time of filing (not even to time of service) of reply of no consequence—Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688, ss. 12, 44.

M.N.R. v. CAREW (A-1240-91, Hugessen J.A., judgment dated 10/11/92, 3 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Application for *certiorari* setting aside MNR's requirement to pay issued to applicant's bank, for declaratory order directing MNR to repay monies collected thereby and for prohibition against further audits of applicant's employee source deductions account for 1988, 1989, and 1990 taxation years—Applicant found to have made reporting errors and omissions in T4/T4A returns re: calculation of contributions to Canada Pension Plan and premiums for unemployment insurance—Notices of objection filed against Minister's assessments—Crown confirming assessments and forwarding notice of confirmation to applicant's home by registered mail—*Certiorari*

JUDICIAL REVIEW—Concluded

sought in paragraph 1 of notice of motion and declaratory relief sought in paragraph 2 not open to applicant—Appeal procedures in Income Tax Act not supplanted by s. 18 application to Court, only means of challenging assessment or reassessment issued by Minister—No obligation on Minister to serve applicant personally with notice of confirmation—Only requirement to deliver document to taxpayer by registered mail—Requirements of Act complied with by Minister—Crown not proper party to s. 18 application as latter only possible against actions or decisions of federal boards, commissions or other tribunals—Order striking Crown as party and striking paragraphs 1 and 2 of notice of motion—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

MCCAFFREY v. CANADA (T-1907-91, Jerome A.C.J., order dated 3/12/92, 12 pp.)

LABOUR RELATIONS

S. 18.1 application for judicial review of decision of adjudicator appointed under Canada Labour Code allowing complaint of wrongful dismissal—Respondent absent from work without leave for 1 1/2 hours to take children to dentist when wife suddenly ill—Applicant submitting adjudicator asked wrong question under Code, s. 242(3)(a)—Culminating incident approach adopted by adjudicator recognized in Canadian labour law—Case of innocent absenteeism—No error of jurisdiction by adjudicator—Culminating incident approach not displacing decision as to whether dismissal unjust, rather analytical tool to be used in reaching decision prescribed by statute—Adjudicator looking at all circumstances—Adjudicator's findings not patently unreasonable, outrageous or unjustifiable on their face—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242(3)(a), 243.

ALBERTA WHEAT POOL v. JACULA (T-958-92, Rothstein J., order dated 16/11/92, 9 pp.)

NATIVE PEOPLES

Application for interlocutory injunctive relief—Applicant seeking appointment of Receiver-Manager to receive forthwith all monies held by Crown to Band's credit as well as all future oil and gas revenues payable to Crown in trust for Band—Reserve lands giving rise to oil and gas revenues in question surrendered to Crown in 1946 whereby reserves, natural resources and royalties to be held by Crown in trust for use and benefit of Band—Crown under fiduciary obligation to Band—Royalties held and administered by Crown in Consolidated Revenue Fund for benefit of Band—Band alleging improper management of monies (conversion to Crown's own use), preservation thereof requiring monies be removed from Crown's control, breach of fiduciary relationship, relevant provisions unconstitutional—Parties disagree as to characterization of funds under various Acts, content of fiduciary duty—Application dismissed—Balance of convenience test not met—“Intangible losses” claimed by applicants continuing for many years—Although applicant may continue to suffer disadvan-

NATIVE PEOPLES—Concluded

tage until trial, additional time not creating irreparable injury incapable of precise monetary measurement—Order not directed toward preservation of *status quo*—Relief sought would effect drastic change—Prerequisite to *mandamus* order of public duty clearly and unequivocally expressed in governing statute not met—Order would dispose of action finally—Equivalent to award of summary judgment and denial of proper opportunity to respond to argue its case—Public interest precludes order at this stage—Potential for profound third-person ramifications as decision's consequences could extend to anyone with anything on deposit in Consolidated Revenue Fund—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4), 44—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319 (as am. by SOR/88-221, s. 4), 469, 470—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2, 61, 62, 64 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10), 69—Indian Oil and Gas Act, R.S.C., 1985, c. I-7, s. 4—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 2, 17.

SAMSON INDIAN BAND AND NATION V. CANADA (T-2022-89, Jerome A.C.J., order dated 16/10/92, 11 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Interlocutory application for orders directing defendant Metro Paper Industries to file defence within 30 days, restraining latter from removing paper rewinding machine from place of business and jurisdiction, or permitting plaintiffs to inspect, test machine prior to removal—Whether Court should grant plaintiffs' request for preservation of Gemini II paper rewinding machine under R. 470—Plaintiffs alleging machine installed at Metro infringes Perini America's patent—Tests under R. 470 similar to those for granting interlocutory injunctions—Case law reviewed—Threshold of "serious question to be tried" appropriate standard in intellectual property cases—Test requiring plaintiffs to demonstrate serious question to be tried in relation to substantive action, not in relation to procedural application under R. 470—Evidence supporting patent infringement claim—First threshold test of serious issue to be tried met by plaintiffs—Whether damages to plaintiff adequate remedy—Failure to grant preservation order could result in irreparable harm to plaintiffs—Evidence of irreparable harm must be clear, not speculative—Without evidence offered by Metro, benefit of doubt to plaintiffs—Evidence clear, not speculative, sufficient to meet requirements for interlocutory injunctions—R. 470 application only way to ensure effectiveness of order if inspection order granted at discovery stage—Machine will be dismantled without preservation order—Plaintiffs having done all they could do—Damages not adequate remedy without order under R. 470—Preservation order not tantamount to injunction preventing Consani defendants from conducting business activities—Order not directed to Consani defendants, but to Metro to ensure machine not dismantled or disposed of—Damages to defendants adequate remedy—Evidence of Consani defendants showing no material inconvenience from granting of order—Plaintiffs having done as much as they could to demonstrate irreparable harm if preservation order not granted—Balance of convenience favouring

PATENTS—Concluded

plaintiffs—R. 470(5) not bar to preservation order for purposes sought herein—"Pending suit" covering period prior to or during lawsuit—Application within purpose specified in R. 470(5)—Order granted on terms—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 470.

PERINI AMERICA INC. V. ALBERTO CONSANI NORTH AMERICA INC. (T-2334-91, Rothstein J., order dated 6/10/92, 16 pp.)

PRACTICE

Application for order setting aside Senior Prothonotary's order allowing defendant's motion for particulars of certain paragraphs of statement of claim, suspending operation of Senior Prothonotary's order pending outcome of this motion, and extension of time to file particulars—Patent infringement action relating to office panelling systems—General principle of pleading statement of claim required to plead material facts on which plaintiff relies—In patent infringement case, plaintiff must set out succinct description of essential features defendant alleged to have taken, and facts constituting encroachment by defendant on plaintiff's rights—Plaintiffs allege rights defined by claims in patents, not by allegations in statement of claim and should not be required to set them out in other words in particulars—Claiming statement of claim herein far more explicit than in case where particulars not ordered—Plaintiffs submitting order appealed from would require pleading patent infringement either literally or by taking specific elements considered essential to inventions so as to take substance of them—Plaintiffs submitting not required in view of doctrine of "purposive construction" of patents—In these circumstances where plaintiffs including by reference specified claims in two patents, each and every element of which said to be infringed, defendant entitled to particulars of invention alleged to have wrongly taken and used—General principles of pleading in patent infringement actions also apply to pleadings relating to infringement of industrial design—Although difficult to describe features of industrial design wrongly taken and used in writing, plaintiffs required to articulate complaint of industrial design infringement at trial to succeed—Defendant entitled to details of facts upon which complaint based to prepare defence, to discover witnesses and to prepare for trial—Particulars to be provided within 30 days—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 336(5), 341A (as enacted by SOR/79-57, s. 8), 1909.

TEKNION FURNITURE SYSTEMS V. PRECISION MFG. INC. (T-193-92, MacKay J., order dated 13/11/92, 11 + 2 pp.)

PENITENTIARIES

Application to quash decision to transfer applicant from Edmonton Institution to Special Handling Unit of Prince Albert Penitentiary and for *mandamus* directing respondents to transfer him back to Edmonton Institution—Applicant aggressive homosexual who often assaulted other inmates—On February 21, 1991 notified of involuntary transfer recommendation in response to which filed undated, three-page letter—Also given copy of Progress Summary Appraisal and Recommendation dated February 27, 1991—On March 22, 1991 transferred to Regional Psychiatric Centre in Saskatchewan for

PENITENTIARIES—Concluded

assessment—Returned to Edmonton Institution on June 12, 1991—Regional Transfer Board reviewing transfer documentation package and recommending transfer to Special Handling Unit—Acting Regional Deputy Commissioner approving transfer June 27, 1991, explaining delay in decision due to transfer to Regional Psychiatric Centre—Applicant submitting respondents failed to comply with Commissioner's Directive requiring decision on recommendation for involuntary transfer to higher security institution to be made within 30 days of date inmate receiving written notification of recommendation, and reasons for decision be provided within 10 days of decision being made—*R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.) applied—Failure to comply with Commissioner's Directive not resulting in decision-maker's loss of jurisdiction—Failure to comply with 30-day time limit not breach of duty to act fairly—Commissioner's Directives neither carrying force of law nor conferring rights upon inmate—Corrections staff not owing duty to inmates to adhere to directives—Merely rules directed towards internal procedure, designed to facilitate administration of penitentiary system—Court had discretion to quash decision if failure to observe Commissioner's Directive giving rise to unfairness or denial of justice—Strict compliance with time limit making no substantial difference here—Mere technical transgression, not resulting in failure to comply with duty to act fairly—Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5, ss. 15(3), 37—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

LEPRETTE V. CANADA (WARDEN OF THE EDMONTON INSTITUTION) (T-3041-91, Jerome A.C.J., order dated 10/11/92, 8 pp.)

POSTAL SERVICES

Application for order of prohibition or injunction enjoining respondent from proceeding with conversion plan in relation to postal service for City of Stoney Creek—Plaintiffs proud of historic heritage of Winona, Vinemount and Fruitland—Fearing elimination of communities as entities by changes proposed by Canada Post—Names in issue having no legal status, not recognized in municipal legislation of Ontario—Applicants asserting right of customary usage—Conventions or usages not legally enforceable in constitutional context—Desire to maintain "unofficial" names having no basis in law upon which to assert rights against others—No serious issue established by applicants—Balance of convenience in favour of respondent—Application dismissed.

CONCERNED CITIZENS OF VINEMOUNT, FRUITLAND AND WINONA V. CANADA POST CORP. (T-2229-92, Rothstein J., order dated 27/11/92, 9 pp.)

PRACTICE

Vexatious proceedings—Application for order dismissing plaintiff's applications in two files and for order under Federal Court Act, s. 40 barring plaintiff from instituting further pro-

PRACTICE—Continued

ceedings in Federal Court of Canada, except by leave of Court—Plaintiff's applications in both files dismissed as disclosing no reasonable cause of action—Various actions brought by plaintiff in Court since 1984—Failure to appear in Court on several occasions and disrespect shown to Court by walking out of proceedings—Plaintiff persistently instituting vexatious proceedings or conducting proceeding in vexatious manner—Federal Court Act, s. 40 similar to Ontario Courts of Justice Act, 1984, s. 150(1)—Proceedings held to be vexatious by Ontario authorities where no reasonable grounds to institute action, issue already determined by Court and unsuccessful appeals pursued—Application granted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 40 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 11)—Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 150(1).

VOJIC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-663-92, T-1300-92, McGillis J., order dated 2/10/92, 8 pp.)

Motion for order all future motions herein be heard in Ottawa—Place for hearing motion to be determined on balance of convenience—Inappropriate to prescribe place of hearing of motions immutably in advance—Motion dismissed—Convenience of plaintiffs and public interest in efficient administration of justice factors to be considered—Interests of justice herein best served by making use of experienced counsel in Toronto—Cost and inconvenience of sending similar case-educated counsel to Ottawa making balance in favour of Toronto venue overwhelming.

OLYMPIA INTERIORS LTD. V. CANADA (T-1436-92, Giles A.S.P., order dated 6/11/92, 6 pp.)

Appeal from Trial Division judgment (T-1211-90, Rouleau J., judgment dated 19/12/90) allowing respondent's application pursuant to R. 324—Latter not proper means of obtaining judgment on merits in disputed action—Judge could not dispose of motion without ensuring each party had opportunity to make written representations on said motion—Effect of omission was to rule against one party without giving it opportunity to be heard—Appeal allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

ST-ONGE V. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (A-13-91, Hugessen J.A., judgment dated 12/11/92, 2 pp.)

COSTS

Security for costs—As original order for security, made on consent of plaintiff, not providing for future adjustment should circumstances change, not just for Court to now order additional security—By consenting to order, plaintiff entitled to expect that this would end its obligations in this respect.

PROSPEC INTERNATIONAL LTD. V. CUSTOM GLASS LTD. (T-360-87, Strayer J., order dated 18/11/92, 1 p.)

Motion for order awarding costs to plaintiff under R. 344—Appropriate case to make lump sum award for costs—Plaintiff offering to settle claim on two occasions—Both offers for less than amount awarded at trial—Lump sum amount for costs based on increased party/party costs including out-of-pocket expenses paid to experts—Lump sum award of three times

PRACTICE—Continued

tariff appropriate (\$23,925) plus disbursements including amounts paid for experts (\$10,262.50).

JESIONOWSKI v. WA-YAS (THE) (T-1536-89, Reed J., order dated 19/11/92, 3 pp.)

Appeal from Trial Division "Bullock Order" requiring appellants as unsuccessful defendants to pay trial costs of successful defendants—No reviewable error committed by Motions Judge—Appeal dismissed.

CANADA v. JERVIS CROWN (THE) (A-389-90, Stone J.A., judgment dated 17/11/92, 2 pp.)

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. JERVIS CROWN (THE) (A-387-90, Stone J.A., judgment dated 17/11/92, 2 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Motion to reverse order requiring defendant to answer questions on examination for discovery—Patent infringement action—Patented invention convertible exercise apparatus designed to permit rowing and other exercises—Patent held valid in earlier action against Tye-Sil Corp. Ltd. (*Diversified Products Corp. et al. v. Tye-Sil Corp. Ltd.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.)) wherein defendant relying on prior knowledge and use of Beacon 3002 rower-exerciser—Trial Judge holding invention differed from "Beacon 3002" rower-exerciser—Defendant herein also alleging invalidity based on prior knowledge and use of Beacon 3002—Disputed questions relating to whether defendants relying upon same piece of equipment used in *Tye-Sil*—Teitelbaum J. already ruling another question as to whether Weslo providing physical evidence to assist Tye-Sil in earlier litigation not required to be answered as immaterial—Plaintiffs arguing if same physical evidence used in both cases, findings of fact may have probative value—Appeal allowed—Trial Judge to determine probative value of findings of fact, depending upon nature of evidence and manner of presentation in second case—Questions concerning factual matters of evidence in *Tye-Sil* case irrelevant herein—Facts found in *Tye-Sil* significant only in relation to parties and claims between them therein.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. v. WESLO DESIGN INTERNATIONAL INC. (T-1153-85, MacKay J., order dated 2/11/92, 6 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS*Want of Prosecution*

Mr. Giagnocavo previously struck from claim and Mrs. Giagnocavo allowed time to file amended claim—Notice of appeal of order filed—Appeal adjourned from time to time—Contemporaneously matters proceeding as if no notice of appeal ever filed—Amended claim filed under protest and defence filed—Motion to dismiss for want of prosecution adjourned—Cannot proceed while outstanding appeal—Appeal should either be reactivated or dismissed for want of prosecution by Judge—Countermotion to dismiss motion, filed by Mr. Giagnocavo, reciting arguments in main action, struck

PRACTICE—Continued

as not filed by plaintiff—Affidavit evidence, representations proper response to motion—Counter-motion unnecessary.

GIAGNOCAVO v. CANADA (T-2475-88, Giles A.S.P., order dated 11/11/92, 2 pp.)

EVIDENCE

Application to add to record affidavit purporting to update information re: Agro Managers and Assistant Agro Managers—S. 28 application set aside certification of respondent Union as bargaining agent for full time employees of Alberta Wheat Pool excluding, *inter alia*, area managers and those above—Applicant contesting Board's constitutional jurisdiction over employees selling farm supplies and services, including employees working at Agro centres and farm supply centres, Agro Managers and Assistant Agro Managers—Record and Board's reasons indicating Board's order including Agro Managers and Assistant Agro Managers although reasons silent on issue—Whether special grounds justifying addition to record of affidavit—Application dismissed—R. 1102 not intended to enable party to remake case—*Mercer et al. v. Sijan et al.* (1976), 14 O.R. (2d) 12 (C.A.) wherein held discretion of this nature should be exercised only if evidence not discoverable before end of trial by reasonable diligence, wholly creditable and practically conclusive of issue in action, applied—*Mercer* requirements not met—Plethora of evidence before Board on constitutional jurisdictional issue—Board dealt with issue in order although reasons for so deciding not given—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1102(1).

ALBERTA WHEAT POOL v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (A-1271-91, Heald J.A., order dated 9/11/92, 6 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Stay of Execution*

Application to stay operation of order requiring defendant to provide further and better particulars pending hearing of appeal therefrom—Action for infringement of patent for invention entitled "Tablet Formulation"—Federal Court R. 1909 permitting Court, in its discretion, to stay proceedings in any cause or matter where, for any reason, in interest of justice to do so—Application dismissed—Similarity in exercise of discretion to grant stay and to grant interlocutory injunction: *Honeywell Inc. v. Litton Systems Canada Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 227 (F.C.T.D.)—Applicant must show arguable case, irreparable harm and balance of convenience in its favour—*Apotex, Inc. v. Hoffman-La Roche Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 117 (F.C.T.D.): stay should only be granted in clearest cases—Neither irreparable harm if stay not granted, nor balance of convenience lying in applicant's favour—In absence of evidence as to expense, substantial effort or expense not constituting irreparable harm—If appeal successful, particulars so provided can be disregarded—That appeal not to be heard for three or four months immaterial—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1909.

WELLCOME FOUNDATION LTD. v. NOVOPHARM LTD. (T-2998-91, Teitelbaum J., order dated 8/10/92, 6 pp.)

PRACTICE—Continued**PLEADINGS**

Application for separate hearings to determine question of liability in tort—Analyzing question at same time as damages would entail huge expense for plaintiffs—By separating two questions, Court greatly reduced examinations for discovery—Application allowed.

FRIGAULT ESTATE v. CANADA (T-1011-89, Rouleau J., order dated 10/11/92, 2 pp.)

Amendments

Application to amend statement of claim—Plaintiff claiming herd wiped out by operation of low flying jets from National Defence Base at Cold Lake—Proposed amendments changing basic nature of action by adding two defendants and possibility damages caused by aircraft of visiting force—Different law suit, different grievance, different kind of complaint against different people—New claims statute barred—Amendment could not be permitted to avoid intervening limitation period—Application dismissed except if consent to change date of one incident in May, 1988.

YADLOWSKI v. CANADA (T-649-89, Jerome A.C.J., order dated 13/11/92, 6 pp.)

Motion questioning adequacy of twice further amended statement of defence—Counsel invoking provisions of R. 411, terms of order dated June 2, 1992—Order of June 2 enlarging time limit in R. 402(2)(a), not affecting provisions of R. 402(2)(b)—No time limit for filing of twice further amended statement of defence—Three changes in latter pleading from former: two additions, one change—Neither of two additions mutually exclusive—R. 411 not intended to prohibit expansion or better explanation of defence by amendment of latter—Amended pleading technically not inconsistent with earlier pleading as latter subsumed in and carried forward as part of amended pleading—Particulars to be supplied of paragraphs 6 and 10—Twice further amended statement of defence struck with leave to amend—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 402, 411.

SAMSONITE CANADA INC. v. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, Giles A.S.P., order dated 10/11/92, 5 pp.)

Motion to Strike

Whether Associate Senior Prothonotary went beyond fields of inquiry set out in R. 419—Court having discretion to look at whole pleading and, absent prejudice to any party, to make such order in respect of pleading as will advance cause and avoid multiplicity of proceedings relating to same subject-matter—Associate Senior Prothonotary had to consider RR. 408, 415 in applying R. 419—Defendant's notice of appeal not out of time—Delays for appeal commence date of filing, not date of order—Notice of appeal constituting proper notice only after formal order issued—Verbal motion to extend time to file notice of appeal allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 408, 415, 419.

SAMSONITE CANADA INC. v. BENTLEY LEATHER INC. (T-789-92, Joyal J., order dated 2/12/92, 2 pp.)

PRACTICE—Concluded

For lack of standing or absence of reasonable cause of action—Plaintiff alleging unlawful exercise of powers by official of Department of National Revenue resulting in collection of excess sums of money from purchasers of goods—Statement of claim disclosing no cause of action against Crown—Monies allegedly collected from purchasers of goods held by companies having collected monies—Court having no authority to order disciplinary action against senior departmental officials or independent investigations and audits—Plaintiff having no standing to bring action—Application allowed.

WEITEN v. CANADA (T-1695-92, McGillis J., order dated 12/11/92, 4 pp.)

PRIVILEGE

Applicant, partner in law firm representing partnership, Geddes Contracting Co. Ltd., in connection with acquisition of partnership, Grand Bell Property Ltd.—Personally served with requirement to provide documents pursuant to Income Tax Act, s. 231.2—Claiming solicitor-client privilege—Whether environmental audit reports, appraisal reports and financial statements obtained by solicitor to give legal advice privileged—All communications between client and solicitor wherein legal opinion given subject to solicitor-client privilege: *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27—Documents, except accounting documents, prepared by third parties, for and on behalf of solicitor subject to privilege only if prepared for purposes of litigation or in contemplation of litigation—Accounting documents subject to solicitor-client privilege if accountant used as representative of client to obtain legal advice—Same principle applies when solicitor whose advice sought by client requesting information from accountant to prepare legal opinion—Environmental Audit Report and Appraisal Report of vacant agricultural land not privileged—That some information contained in applicant's legal opinion coming from environmental report not sufficient alone to make document privileged—Financial statements privileged for same reason as accountant's report—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.2 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121).

GREGORY v. M.N.R. (T-1423-92, Teitelbaum J., order dated 21/9/92, 15 pp.)

PRIVACY

Application to review decisions of Privacy Commissioner pursuant to Privacy Act, s. 41—Respondent seeking order striking parts of motion for review requesting review of Commissioner's decision under Privacy Act, ss. 7, 8—Ss. 7, 8 prohibiting disclosure of information concerning individual without individual's consent unless information used for purpose consistent with purpose for which obtained—Complaint concerning improper disclosure of personal information about Gauthier from one branch of government department to another branch of same department—Respondent arguing as no refusal of access to personal information, Court lacking jurisdiction to review matter concerning complaint of improper disclosure—Respondent's motion allowed—*X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670 (T.D.)

PRIVACY—Concluded

applied—Limited scope of review given to courts by Privacy Act criticized by C. H. H. McNair and C. D. Woodbury in *Government Information: Access and Privacy*, Don Mills, Ont.: DeBoo, 1989—Act expressly precluding complainants starting regular action for damages based on negligence—Ss. 67(1), 74 expressly providing exemption from criminal or civil proceedings for anything done in good faith—House of Commons Standing Committee reviewing both Access to Information Act and Privacy Act, expressing concern over lack of remedies available to those alleging improper disclosure of personal information—Recommending creation and clarification of remedies available to persons alleging lack of compliance under Acts: *Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy*: Report of the Standing Committee on Justice and Solicitor General on the Review of the Access to Information Act and the Privacy Act, Queen's Printer for Canada, 1987—Privacy Act, R.S.C., 1985, ss. 7, 8, 41, 67, 74.

GAUTHIER v. CANADA (MINISTER OF CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS) (T-468-92, Reed J., order dated 16/11/92, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application to review and set aside decision by member of Public Service Staff Relations Board, sitting as adjudicator—Decision pursuant to two grievances filed by applicant and submitted for adjudication under Public Service Staff Relations Act, s. 92—Grievance by which applicant asked employer to assign classification and point rating to job description dated July 9, 1987 dismissed—Applicant, who works for Correctional Service Canada, holds title "Sentence Management Officer" and CR-4 Classification—Three job descriptions for position—Adjudicator did not act in such a way as to justify Court intervening—Matters little whether applicant signed third job description—Manager's responsibility to write job description—Adjudicator did not refuse to exercise jurisdiction over second job description—Properly decided description incorrect and did not exist, since never approved by people responsible for regional classification—Responsibility for classification of positions rests with Treasury Board and Departments to which it delegates responsibility—Not affected by provisions governing labour relations in Public Service—Application dismissed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92.

BROCHU v. CANADA (A-800-91, Létourneau J.A., judgment dated 23/11/92, 6 pp.)

Application to review and set aside decision of adjudicator appointed pursuant to Public Service Staff Relations Act—Adjudicator allowed two grievances filed by respondent concerning calculation by employer of retroactive salary adjustment to which employee entitled following signature of new collective agreement—Respondent appointed to position classified AU-02 on July 29, 1987—New annual salary of \$38,377 calculated in accordance with ss. 65 and 66 of Public Service Employment Regulations—"Promotion" under s. 65(1)—Respondent then given "transfer" on August 1, 1988—New

PUBLIC SERVICE—Concluded

collective agreement concluded August 18, 1988—Dispute between parties as to effect of s. 27 of new collective agreement and application of Regulations—Regulations, s. 65 should be read as enabling both employer and employee to know at once whether new appointment promotion, demotion or simply transfer—Interpretation suggested by employer not taking into account line 1 of grid and word "from", clearly indicating starting-point of calculation—Account must first be taken of any possible alteration of level before passing on to revision of pay—Respondent's salary review took place July 29, 1987, date of appointment to AU-02 position—Then receiving annual salary of \$38,377, basis on which new rates of pay to be calculated—Application dismissed—Public Service Employment Regulations, SOR/67-118, ss. 65, 66.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LAJOIE (A-894-91, Hugessen J.A., judgment dated 10/11/92, 11 pp.)

RCMP

Application for *certiorari* against officer of Canadian Pension Commission who allegedly refused to answer applicant's question whether illness duty-related and for *mandamus* against officer of RCMP Administration and Personnel Service—Applicant sought to rely on provisions of Income Tax Act authorizing RCMP member to deduct from income amount equal to what would have been received from workmen's compensation board when on sick leave due to duty-related illness /injury—Denied certification entitling him to deduction—Applicant asked Canadian Pension Commission to find illness duty-related—Application for *certiorari* inadmissible as procedure set out in Bulletin AM-1437 of RCMP Administration Manual applied, not Bulletin AM-1703—Applicant misinterpreted s. 2(c) of Bulletin AM-1703: could only make application for pension to Commission, not request finding of connection between illness and work—Application for *mandamus* also inadmissible, as brought against wrong party and did not disclose any legal duty to act by Administration and Personnel Service officer—Officer in question fulfilled duty which rested on him—Application dismissed.

LAQUERRE v. GUAY (T-896-92, Denault J., order dated 20/11/92, 8 pp.)

TRADE MARKS

Interlocutory injunctions—Application for interlocutory injunction restraining defendants from manufacturing, importing advertising, selling and distributing wares infringing plaintiffs' trade mark "Indian Motorcycle"—Trade mark used in association with sweatshirts, rugged shirts, T-shirts, leather jackets, cotton jackets, baseball hats, mugs, wall clocks and key chains—Plaintiffs using trade mark since 1986 on these wares—Defendants commenced distribution of T-shirts and other apparel displaying design of Indian Motorcycle Manufacturing Company of Albuquerque, New Mexico pursuant to licence agreement in June 1992—Application allowed—

TRADE MARKS—Continued

Defendants admit serious issues of validity and infringement to be tried—Both plaintiffs' and defendants' wares using "Indian Motorcycle"—Some evidence of confusion in minds of public or retailers arising as result of similarity of wording—Evidence of irreparable harm must be clear and not speculative—Infringement not of itself constituting irreparable harm where validity of trade mark challenged—Defendants' wares available at substantially lower price than plaintiffs'—Price difference likely reflecting difference in quality—Defendants approaching retailers already selling plaintiffs' wares as familiar with mark to "get a lead" on these customers—Inconsistent for defendants to attack validity of plaintiffs' trade mark as not distinctive, yet entered into licensing agreement to manufacture products bearing same words—Nothing before Court indicating defendants financially able to pay damages if interlocutory injunction not granted and plaintiffs successful at trial—Not all harm compensable in damages—In some instances may be impossible to assess plaintiffs' damages with respect to loss of sales, goodwill, reduction in value of trade mark—Clear evidence of harm not reasonably quantifiable and compensable in damages—Plaintiffs would suffer irreparable harm if interlocutory injunction not granted—Evidence plaintiff partnership will be out of business if interlocutory injunction not granted—Defendants having several licensee opportunities—No indication bankruptcy imminent for defendants if interlocutory injunction granted—Fact defendants seeking delay of hearing of this application although buying period imminent indicating defendants less anxious to get back into market than plaintiffs—As Court not satisfied as to adequacy of security posted pursuant to order granting interim injunction, considered balance of convenience—Balance of convenience favouring plaintiffs—Trade mark in use since 1986—"Indian Motorcycle" wares sold in Canada since May 1989—Mark registered in 1991—Plaintiff partnership's exclusive business distribution of "Indian Motorcycle" wares—Attempting to establish market niche in higher end of market for "Indian Motorcycle" wares—Defendants obtaining licence in 1992—Defendants' business consists of holding variety of licences and catering to fad markets—Defendants, "with their eyes wide open", with knowledge someone else entered market utilizing trade mark "Indian Motorcycle" before them, chose to proceed regardless of consequences—"Woods Defence" raising question of whether grant or refusal of interlocutory injunction would effectively dispose of action finally because nothing left on which in unsuccessful party's interest to proceed to trial—On facts herein, "Woods Defence" favouring grant of interlocutory injunction—If plaintiffs successful at this stage and defendants successful at trial, defendants merely losing marketing opportunity during time injunction in effect—Free to return to market after trial—If defendants successful herein, exclusivity of plaintiffs' trade mark lost—No purpose in proceeding to trial to try to reestablish exclusivity after both lower and higher end markets flooded with "Indian Motorcycle" wares—Preservation of *status quo* prior to time defendants entered market assuming plaintiffs acted without delay consistent with balance of convenience favouring plaintiffs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 317, 469—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 6, 7, 19, 20, 22, 52(4).

COOPER V. BARAKETT INTERNATIONAL INC. (T-1569-92, Rothstein J., order dated 21/10/92, 35 pp.)

TRADE MARKS—Continued

REGISTRATION

Appeal from decision of Trade-marks Opposition Board rejecting appellant's opposition to registration of trade mark "Kola Loka"—Opposition based on confusion with appellant's trade mark, "Krazy Glue"—"Kola Loka" and "Krazy Glue", as applied to glue, found to be inherently distinctive trade marks—No reasonable likelihood of confusion—Appellant arguing Board erred in finding "Kola Loka" not confusing with "Krazy Glue", doctrine of foreign equivalents not applicable in Canada and in failing to consider Paris Convention, art. 6 *bis*—Under Trade-marks Act, s. 56, onus on appellant to establish Registrar's error—Judge hearing appeal must have regard to all relevant circumstances—Likelihood of confusion must be considered as matter of first impression to average consumer having vague or imperfect recollection of first trade mark—All evidence filed with court must be considered in determining issue of confusion—"Kola Loka" not confusing with "Krazy Glue" as matter of first impression to average consumer having vague or imperfect recollection—"Krazy Glue" distinctive, well-known trade mark entitled to wide scope of protection in Canada—Wares associated with both trade marks identical, travelling through same channels of trade—No resemblance between "Krazy Glue" and "Kola Loka" in appearance or sound—Only minimal proportion of Canadians speaking or understanding Spanish capable of making translation from Spanish to English—No evidence as to packaging which respondent intends to use in Canada—Packaging not surrounding circumstance likely to enhance confusion—Mexican litigation concerning "Krazy Glue" and "Kola Loka" not surrounding circumstance likely to lead to confusion—Trade-marks Act not enacted in implementation of obligations of International Convention for the Protection of Industrial Property (Paris Convention) to which Canada signatory—Paris Convention not adopted as law of Canada, may only be used as interpretative aid where Act ambiguous—Relevant provisions of Act not ambiguous—Paris Convention, art. 6 *bis* of no assistance in interpretation of provisions—American doctrine of foreign equivalents not based on statutory provision, merely principle to be applied in determining registrability of trade mark—No basis for importing doctrine into Canadian law in view of statutory scheme in Act pertaining to determination of confusion—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56.

B. JADOW AND SONS, INC. V. GRUPO CYANOMEX, S.A. DE C.V. (T-2729-89, McGillis J., judgment dated 27/10/92, 18 pp.)

Appeal from Registrar's rejection of opposition to registration of "Babies-R-Us" as trade mark for use in association with photographic services—Registrar holding appellant not establishing confusion as its mark inherently weak (highly suggestive of wares and services) and initial portion of marks different—Applying test of first impression, imperfect recollection—Appeal dismissed—That both marks contain element "R Us" insufficient to conclude marks confusing—Effect of

TRADE MARKS—Concluded

trade mark as whole must be considered—Registrar applied test required by Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13.

TOYS “R” US (CANADA) LTD. v. BABIES-R-US INC. (T-770-91, Jerome A.C.J., judgment dated 19/11/92, 4 pp.)

VETERANS

Originating notice under Federal Court Act, s. 28 to set aside decision of Veterans Appeal Board determining date of application under Pension Act, s. 39—Whether words “the day on which application therefor was first made to the Commission” in s. 39(1)(a) apply only to applications made subsequent

VETERANS—Concluded

to March 30, 1971—Board determining date of application, for purposes of s. 39, cannot pre-date March 30, 1971—Debate turning on relationships between ss. 81(2) and 39(1)(a)—Solution suggested by applicant most in accord with objects of 1970 amendments—Act, s. 2 applying to right of compensation and amount of compensation and ordering Board and Courts, when in doubt, to decide in favour of larger amount—Construction of s. 39(1)(a) by Board minimizing benefits to veteran rather than maximizing same, contrary to compulsory rule of construction in s. 2—Such construction error of law warranting intervention of Court—Application granted—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 39, 81(2).

CANADA (CHIEF PENSIONS ADVOCATE) v. CANADA (VETERANS APPEAL BOARD) (A-1234-91, Décary J.A., judgment dated 7/10/92, 7 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résumant 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 demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale 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 de révision du refus de communiquer certains documents—Le requérant a demandé les clés et les documents se rapportant aux clés utilisées dans les communications allemandes entre l'Allemagne et l'Amérique latine en 1941 et 1942—L'intimé a fourni 67 pages, dont 42 en blanc (en invoquant une exemption totale fondée sur l'art. 13(1) de la Loi sur l'accès à l'information) (documents obtenus d'un gouvernement étranger à titre confidentiel lorsque ce dernier ne consent pas à leur communication)—Cinq pages comportaient des omissions fondées sur l'art. 15(1) (documents dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales du Canada ou à sa défense)—Le requérant soutient que l'intimé n'a jamais donné une réponse appropriée à sa demande pour ce qui est des «clés», se contentant de dire: [TRADUCTION] «Veuillez trouver ci-joint copie des documents qui peuvent vous être communiqués», puis de renvoyer aux exemptions réclamées—L'avis est général, mais il correspond aux exigences de l'art. 10(1) équivalant à un refus autorisé d'indiquer si le document (les clés) existe, mais mentionnant les motifs permettant de revendiquer une exemption si le document existe vraiment—Rien ne permet d'ordonner une nouvelle recherche car il n'existe aucune preuve de refus de faire la recherche ou de faire une recherche adéquate—Tout effort raisonnable a été déployé pour trouver ces documents et il n'existe aucun motif raisonnable de croire que les clés se trouvent au MDN—Il n'existe aucun fondement permettant de décerner un bref de *mandamus* en vertu de la Loi—Pour qu'un bref de *mandamus* soit décerné, il doit exister une obligation légale ne comportant aucun pouvoir discrétionnaire de la part d'un fonctionnaire—La Loi impose seulement des obligations au sujet de la communication des renseignements que possède le gouvernement et prévoit ses propres recours—La portée du contrôle judiciaire des exemptions prévues par l'art. 15(1) sous le régime de l'art. 50 est plus limitée que celle de l'art. 49—La Cour n'a pas le droit d'ordonner la communication simplement parce qu'elle aurait tiré une conclusion différente de celle du responsable de l'institution fédérale—La communication ne peut être ordonnée que si la Cour ne peut dire qu'aucune personne raisonnable ne serait parvenue à la conclusion, compte tenu des faits présentés, que les documents devraient être exemptés—La Cour ne peut conclure qu'il existe des motifs raisonnables de refuser de communiquer les passages retranchés—Il est déraisonnable de conclure que les renseignements figurant dans des documents rédigés il y a

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

une cinquantaine d'années et se rapportant à la guerre pourraient révéler quelque chose qui a trait à la conduite des affaires internationales du Canada et à sa défense nationale maintenant, en temps de paix—La communication des passages retranchés est ordonnée, mais l'exécution de l'ordonnance est suspendue en attendant qu'un appel soit interjeté, afin de ne pas rendre l'appel futile—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 10(1), 13(1), 15(1), 19(1), 41, 47(1), 49, 50.

X C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE)
(T-2648-90, juge Strayer, ordonnance en date du 4-11-92,
6 p.)

ANCIENS COMBATTANTS

Avis introductif d'instance présenté en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale en vue de l'annulation de la décision par laquelle le Tribunal d'appel des anciens combattants a déterminé la date de la demande en vertu de l'art. 39 de la Loi sur les pensions—Question de savoir si l'expression «la date à laquelle une demande y relative a été présentée en premier lieu à la Commission» figurant à l'art. 39(1)a) s'applique uniquement aux demandes faites après le 30 mars 1971—Le Tribunal a conclu que la date de la demande, pour l'application de l'art. 39, ne peut pas être antérieure au 30 mars 1971—Le débat porte sur le rapport existant entre l'art. 81(2) et l'art. 39(1)a)—La solution proposée par le requérant est la plus conforme aux objectifs visés par les modifications effectuées en 1970—L'art. 2 de la Loi s'applique au droit à une compensation et au montant de la compensation et enjoint au Tribunal et à la Cour en cas de doute, de se prononcer en faveur du montant plus élevé—L'interprétation donnée à l'art. 39(1)a) par le Tribunal minimise les avantages accordés à l'ancien combattant plutôt que de les maximiser, ce qui va à l'encontre de la règle d'interprétation obligatoire établie à l'art. 2—Pareille interprétation est une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 39, 81(2).

CANADA (CHEF AVOCAT-CONSEIL DU BUREAU) C. CANADA
(TRIBUNAL D'APPEL DES ANCIENS COMBATTANTS)
(A-1234-91, juge Décary, J.C.A., jugement en date du
7-10-92, 7 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

Demande interlocutoire en vue de l'obtention d'ordonnances enjoignant à la défenderesse Metro Paper Industries de déposer sa défense dans les 30 jours, interdisant à la défenderesse d'enlever la rembobineuse de papier de son établissement et de l'endroit relevant de la compétence du tribunal ou permettant aux demanderesse d'examiner la rembobineuse et de la soumettre à des essais avant qu'elle soit enlevée—Question de savoir si la Cour doit faire droit à la demande présentée par les demanderesse en application de la Règle 470 en vue de la conservation de la rembobineuse de papier Gemini II—Les demanderesse allèguent que la rembobineuse installée chez Metro contrefait le brevet de Perini America—Les critères applicables en vertu de la Règle 470 sont semblables à ceux qui ont été fixés lorsqu'il s'agit d'accorder une injonction interlocutoire—Examen de la jurisprudence—Le critère préliminaire de la «question sérieuse à trancher» est la norme applicable aux affaires de propriété intellectuelle—Le critère exige que les demanderesse prouvent qu'il y a une question sérieuse à trancher relativement à l'action sur le fond et non relativement à la demande procédurale fondée sur la Règle 470—L'allégation de contrefaçon est étayée par la preuve—Les demanderesse ont satisfait au premier critère préliminaire de la question sérieuse à trancher—Question de savoir si les dommages-intérêts constituent une réparation adéquate pour la demanderesse—L'omission d'accorder l'ordonnance conservatoire pourrait entraîner un préjudice irréparable pour les demanderesse—La preuve du préjudice irréparable doit être catégorique et non conjecturale—En l'absence de preuve de la part de Metro, le bénéfice du doute doit être accordé aux demanderesse—La preuve est catégorique et non conjecturale, et satisfait aux conditions de l'injonction interlocutoire—Une demande fondée sur la Règle 470 est le seul moyen de garantir l'efficacité de l'ordonnance si une ordonnance d'examen est accordée au stade de la communication—La rembobineuse sera démontée en l'absence d'une ordonnance conservatoire—Les demanderesse ont fait tout ce qu'elles pouvaient faire—Les dommages-intérêts ne constitueraient pas une réparation adéquate à défaut d'une ordonnance rendue sous le régime de la Règle 470—Une ordonnance conservatoire n'aurait pas le même effet qu'une injonction interdisant aux défenderesse Consani de se livrer à leurs activités commerciales—L'ordonnance ne vise pas les défenderesse Consani, mais Metro, et a pour but de garantir que la rembobineuse ne sera pas démontée ou enlevée—L'octroi de dommages-intérêts aux défenderesse constituerait une réparation adéquate—La preuve présentée par les défenderesse Consani ne montre pas que la délivrance de l'ordonnance causerait un inconvénient notable—Les demanderesse ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour démontrer qu'elles subiraient un préjudice irréparable si l'ordonnance conservatoire n'était pas rendue—La prépondérance des inconvénients favorise les demanderesse—La Règle 470(5) n'interdit pas une ordonnance conservatoire pour les fins visées en l'espèce—L'expression «jusqu'à la fin du procès» vise la période précédant le procès ainsi que la

BREVETS—Suite

durée du procès—La demande vise les fins énoncées à la Règle 470(5)—Ordonnance rendue à certaines conditions—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 470.

PERINI AMERICA INC. C. ALBERTO CONSANI NORTH AMERICA INC. (T-2334-91, juge Rothstein, ordonnance en date du 6-10-92, 17 p.)

PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance infirmant l'ordonnance par laquelle le protonotaire en chef a accueilli la requête présentée par la défenderesse en vue de l'obtention de détails au sujet de certains paragraphes de la déclaration, suspendant l'exécution de l'ordonnance du protonotaire en chef en attendant que la requête soit tranchée, et prorogeant le délai de production des détails—Action en contrefaçon de brevet concernant des systèmes de cloisons de bureau—Selon un principe général en matière de plaidoiries, la déclaration doit énoncer les faits essentiels sur lesquels le demandeur se fonde—Dans une affaire de contrefaçon de brevet, le demandeur doit donner une description succincte des caractéristiques essentielles que le défendeur se serait appropriées ainsi que les faits constituant la violation de ses droits par le défendeur—Les demanderesse prétendent que leurs droits sont définis par les revendications de leurs brevets et non par les allégations figurant dans la déclaration, et qu'elles ne devraient pas être tenues de les énoncer en d'autres termes dans les détails—Elles prétendent que la déclaration en l'espèce est beaucoup plus explicite que dans une affaire où la production de détails n'a pas été ordonnée—Les demanderesse soutiennent que l'ordonnance frappée d'appel exigerait qu'elles plaident que la défenderesse a contrefait le brevet soit littéralement, soit en s'appropriant des éléments précis considérés comme essentiels aux inventions au point d'en prendre la substance—Les demanderesse soutiennent qu'elles ne devraient pas être tenues de procéder ainsi, compte tenu de la doctrine de l'«interprétation fondée sur l'objet visé» s'appliquant en matière de brevets—Dans ces circonstances, puisque les demanderesse ont incorporé par renvoi les réclamations énoncées dans les deux brevets, dont chacun des éléments aurait été contrefait, la défenderesse a le droit d'obtenir des détails au sujet de l'invention qu'elle se serait illégalement appropriée et qu'elle aurait utilisée—Les principes généraux régissant les plaidoiries dans les actions en contrefaçon de brevet s'appliquent également en matière de contrefaçon d'un dessin industriel—Il est difficile de décrire par écrit les caractéristiques d'un dessin industriel qu'on pourrait illégalement s'approprier et utiliser, mais lors du procès, les demanderesse devront énoncer en toutes lettres en quoi consiste la contrefaçon du dessin industriel si elles veulent avoir gain de cause—La défenderesse a le droit d'obtenir des détails sur les faits qui servent de fondement à l'action afin de préparer sa défense, de faire subir aux témoins un interrogatoire préalable et de se préparer pour le procès—Les détails doivent être four-

BREVETS—Fin

nis dans les 30 jours—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 336(5), 341A (éditée par DORS/79-57, art. 8), 1909.

TEKNION FURNITURE SYSTEMS C. PRECISION MFG. INC. (T-193-92, juge MacKay, ordonnance en date du 13-11-92, 11 + 2 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Compétence de la Cour fédérale*

Sursis à l'expulsion—Demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion en attendant l'examen de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire—Il a été conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par la requérante, qui vient de la Trinité, n'avait pas de minimum de fondement—Le juge n'a été informé de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire que trois mois plus tard—Le fait que la Cour a tardé à examiner l'affaire ne devrait pas nuire à la requérante—La demande soulève une question défendable—La requérante et sa famille subiraient un préjudice irréparable si le sursis était refusé—Le mari se remet d'une opération—La présence continue de la requérante auprès de sa famille au Canada en attendant le règlement de la demande éviterait de perturber la famille—Demande accueillie.

MAHADEO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-757, juge MacKay, ordonnance en date du 27-11-92, 4 p.)

Demande de prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel de l'ordonnance rejetant la requête en vue de l'obtention d'une ordonnance prorogeant le délai de dépôt d'affidavits et d'observations écrites à l'appui de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la décision portant qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire—L'ordonnance dont il a été interjeté appel a été rendue parce que si peu de documents avaient été versés au dossier qu'il était impossible de déterminer si la requête était fondée—Le requérant allègue qu'aucun préjudice ne serait causé à l'intimé si l'autorisation était accordée, et que l'intérêt de la justice exige l'octroi de l'autorisation puisque le bien-fondé de la demande d'autorisation n'a pas été examiné—Demande rejetée—Le pouvoir général que possède la Cour de proroger le délai de dépôt d'un appel en vertu de l'art. 27(2) de la Loi sur la Cour fédérale est interprété à la lumière des dispositions de la Loi sur l'immigration concernant les procédures devant la Cour fédérale—L'art. 84.2(2) de la Loi sur l'immigration prévoit que les dispositions des art. 82.1 à 84.1 de cette Loi l'empor-

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—
Suite**

tent sur les dispositions incompatibles de la Loi sur la Cour fédérale—L'art. 27(2) de la Loi sur la Cour fédérale repose sur l'existence, en général, d'un droit d'appel à la Cour d'appel contre une décision de la Section de première instance—En vertu de l'art. 82.2(1), une demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire fondée sur l'art. 82.1 ne peut pas faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel—S'il ne peut y avoir d'appel relativement à la question en litige, la Section de première instance n'est pas autorisée à proroger le délai d'appel—La décision rejetant la demande de prorogation du délai de dépôt de documents fait partie intégrante de la compétence que possède la Cour d'examiner la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire en vertu de l'art. 82.1—L'art. 82.2(1) interdit l'introduction d'un appel de cette décision—Puisqu'il ne peut y avoir d'appel à la Cour d'appel relativement à cette décision, la Cour n'a pas compétence, en vertu de l'art. 27(2) de la Loi sur la Cour fédérale, pour proroger le délai de dépôt de l'appel—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 53), 82.2 (mod., idem, art. 54), 84.2 (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 7).

RAFIQUE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-991, juge MacKay, ordonnance en date du 29-10-92, 5 p.)

Sursis à l'expulsion—Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'exclusion en attendant qu'il soit définitivement statué sur la demande d'autorisation d'intenter une action en contrôle judiciaire de la décision rendue par le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement—Il a été conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas de minimum de fondement—La demande de contrôle judiciaire doit être examinée par la Cour à bref délai—La demande de sursis n'est pas urgente puisqu'aucune date n'a été fixée pour le renvoi des requérants du Canada—Demande ajournée.

AULAKH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1082, juge MacKay, ordonnance en date du 13-11-92, 3 p.)

Sursis à l'exécution—Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant le règlement définitif de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire—Il a été conclu à l'insuffisance des raisons d'ordre humanitaire justifiant la présentation d'une demande de résidence permanente à partir du Canada—La demande d'autorisation n'a pas encore été examinée—La Cour a compétence pour entendre l'affaire en vertu de l'art. 18(2) de la Loi sur la Cour fédérale—Il n'est pas établi que les requérants subiront un préjudice irréparable si le sursis n'est pas accordé—Les inconvénients, le bouleversement et les difficultés financières ne sont pas des facteurs qui sont réputés constituer un préjudice irréparable—Il ne s'agit

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pas d'un cas exceptionnel justifiant l'intervention de la Cour—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1311, juge MacKay, ordonnance en date du 6-11-92, 6 p.)

Sursis à l'expulsion—Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'exclusion en attendant le règlement définitif de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la décision ministérielle—L'examen des raisons d'ordre humanitaire a révélé qu'il n'existait pas suffisamment de motifs pour justifier la recommandation qu'en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, le droit d'établissement soit accordé à la requérante à partir du Canada—Question de savoir s'il y a une question sérieuse à trancher, si un préjudice irréparable sera subi si le sursis n'est pas accordé et si la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi du sursis—Des questions sérieuses ou défendables sont soulevées devant la Cour—La question du droit possible de la requérante de se voir accorder le droit de faire examiner sa demande d'établissement à partir du Canada en vertu de l'art. 46.04 de la Loi n'a pas été abordée par l'avocat de l'intimé à l'audience—La situation générale au Kenya crée de graves difficultés pour les musulmans—Le renvoi de la requérante causera probablement une perturbation émotive et physique pour la requérante, pour sa petite fille née au Canada et pour le père de celle-ci—Les difficultés causeraient un préjudice irréparable si le sursis demandé n'était pas accordé—La Cour peut intervenir pour rendre une ordonnance provisoire suspendant d'autres procédures jusqu'au règlement des questions dont elle est saisie en vertu de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale—La prépondérance des inconvénients favorise l'octroi d'un sursis à l'exécution de la mesure d'exclusion—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.04 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14), 82.1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 53), 114(2).

HAIDER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1459, juge MacKay, ordonnance en date du 13-11-92, 14 p.)

Demande en vue de l'obtention de l'autorisation de présenter une demande de sursis provisoire à l'enquête visée par l'art. 27 ainsi qu'en vue de l'obtention d'un sursis provisoire à l'enquête concernant le requérant Lenford Smith—Demande d'autorisation de présenter, en vertu de l'art. 18, une demande interdisant la poursuite de l'enquête et de faire annuler la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour permettre au requérant de demander le droit d'établissement à partir du Canada—La requérante Ann Smith a rencontré Lenford Smith en 1989, époque à laquelle elle était en instance de divorce et avait un enfant de dix mois issu d'une relation antérieure—Quelques mois plus tard, Lenford a emménagé chez la requérante—Les requérants se sont mariés quelques semaines après le divorce

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

d'Ann Smith—En mai 1991, le couple a eu un enfant—En août 1991, à la suite d'une dispute, Ann a informé l'immigration que Lenford travaillait illégalement—Ann a payé le cautionnement pour obtenir la libération de Lenford—Les conjoints vivent encore ensemble; ils ont eu un deuxième enfant en septembre 1992—Les trois enfants sont très attachés à Lenford Smith—Lenford ne connaît personne en Jamaïque qui pourrait l'accueillir, car il a perdu de vue sa parenté—En septembre 1992, Lenford Smith a été informé qu'[TRADUCTION] «aucune raison d'ordre humanitaire ne justifiait le traitement du dossier à partir du Canada»—Il est reconnu que le refus est fondé sur la conclusion selon laquelle les requérants n'avaient pas contracté un mariage véritable, bien qu'aucune explication n'ait été donnée—Si une mesure d'expulsion était prise, Lenford devrait obtenir l'autorisation du ministre pour revenir—Le traitement d'une demande de résidence permanente à partir de la Jamaïque prend plusieurs années—Il n'y a aucun avantage à attendre qu'une décision soit rendue à la suite de l'audience tenue en application de l'art. 27—Il existe une question sérieuse à trancher, à savoir si les requérants ont contracté un véritable mariage et si le dossier peut être traité à partir du Canada—Quant à la question du préjudice irréparable, la perte de leur père bien-aimé risque d'avoir des effets néfastes sur les enfants sur le plan émotif et psychologique—La prépondérance des inconvénients favorise Lenford—S'il fallait attendre qu'une décision soit rendue sur la demande de contrôle de la décision rejetant la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et s'il fallait attendre l'issue du contrôle, l'intimé connaîtrait tout au plus des retards supplémentaires, mais si Lenford était expulsé, sa famille et lui subiraient un inconvénient majeur—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, idem, art. 5), 18.2 (édicte, idem)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27, 114(2).

SMITH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1552, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 23-11-92, 11 p.)

Sursis à l'expulsion—Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant le règlement de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la décision par laquelle on a refusé d'accorder un traitement de faveur pour des raisons d'ordre humanitaire—Le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi ne peut être accordé si la validité de la mesure n'est pas contestée—La contestation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration n'est pas la contestation de la validité de l'exécution d'une mesure de renvoi—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

ALI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1647, juge Strayer, ordonnance en date du 17-11-92, 2 p.)

Sursis à l'expulsion—Appel du refus de la Section de première instance d'accorder un sursis à l'exécution de la mesure

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

de renvoi prise dans une affaire de réfugié—En vertu de la règle établie par la CAF dans les arrêts récents, la Cour ne peut pas suspendre l'exécution d'une mesure de renvoi lorsque, en vertu de l'art. 82.2(1) de la Loi sur l'immigration, elle n'est pas compétente pour connaître d'un appel formé contre une décision de la Section de première instance—Même l'allégation selon laquelle un droit garanti par la Charte est violé parce que la Section de première instance a conclu qu'il y avait une question sérieuse à trancher ne peut conférer à la Cour une compétence légale pour entendre un appel si le législateur a jugé opportun de la lui refuser—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 54).

DUGGAL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1480-92, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 16-11-92, 2 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes non admissibles

Appel du rejet par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de l'appel interjeté contre le refus de l'agent d'immigration d'accueillir la demande parrainée du droit d'établissement d'une mère veuve et de ses deux filles à charge—La demande avait été refusée pour le motif qu'une des filles était atteinte de déficience mentale, ce qui, de l'avis d'au moins un médecin, pouvait vraisemblablement imposer un fardeau excessif aux services de santé ou aux services sociaux—La Commission a conclu que le refus était valide en se fondant sur les diagnostics concordants de déficience mentale—Elle a conclu qu'aucune raison d'ordre humanitaire ne justifiait un redressement spécial puisque l'appelant était établi et avait réussi à s'adapter au Canada et que sa famille, en Inde, était autosuffisante et offrait de la sécurité pour la jeune fille atteinte de déficience mentale—La Commission avait des doutes au sujet de la réticence de la famille à reconnaître que la jeune fille souffrait d'une insuffisance plus sérieuse que la timidité extrême devant les étrangers—Appel accueilli—La Commission a commis une erreur sur des questions d'équité et de validité du refus—La Commission ne peut pas remettre en question le diagnostic des médecins, mais, sur demande, elle devrait enquêter sur le caractère raisonnable de la conclusion tirée au sujet du fardeau probable sur les services gouvernementaux—La Commission a supposé, en se fondant sur le seul fait qu'on s'entendait au sujet de la déficience mentale, que la conclusion était raisonnable—Le fait que la jeune fille est atteinte de déficience mentale n'entraîne à lui seul aucune conclusion particulière, car la déficience mentale englobe une vaste gamme de possibilités, depuis l'incapacité totale de fonctionner indépendamment jusqu'à un état presque normal—Le degré de déficience mentale et les conséquences probables en découlant lorsqu'il s'agit d'imposer un fardeau excessif aux services gouvernementaux entrent en ligne de compte—La Commission n'a pas évalué le degré de déficience mentale—En outre, la formule d'avis médical remplie par les deux médecins indiquait que l'emploi prévu était celui de [TRADUCTION] «travailleuse nouvellement embauchée», ce qui est destiné à s'appliquer aux requérants indépendants plutôt

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

qu'aux personnes à charge parrainées—On a peut-être imposé une norme plus élevée d'admissibilité médicale parce qu'on ne s'était pas rendu compte qu'une personne à charge parrainée était en cause—La Commission a commis une erreur dans l'exercice de la compétence qu'elle a en *equity* pour accorder un redressement spécial pour des raisons d'ordre humanitaire—Elle a uniquement tenu compte de la réticence compréhensible de la famille lorsqu'il s'est agi de faire face au fait que la jeune fille était déficiente et de la bonne marche des deux ménages—Elle n'a pas tenu compte de la nature de l'état de santé de la jeune fille, de la dépendance psychologique que la déficience engendre et des étroits liens d'affection noués dans pareille famille à la lumière de l'objectif de la Loi, qui est de faciliter la réunion de proches parents au Canada—Si la demande en vue de l'obtention du droit d'établissement était accueillie, toute la famille immédiate serait réunie au Canada—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3c).

DEOL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-280-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 27-11-92, 5 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande d'injonction interdisant à la Couronne ou au ministre de l'Emploi et de l'Immigration d'empêcher l'admission au Canada de David Irving en vue d'assister à une réunion de la demanderesse—Demande rejetée—Lorsqu'il est allégué que l'on se sert de la loi pour empêtrer sur un droit constitutionnel, il y a une question sérieuse à trancher—Le fait qu'on s'est ingéré dans le dîner-causerie de la société demanderesse devant avoir lieu à Victoria par suite de l'omission de décerner une injonction ne constitue pas un préjudice grave et irréparable, mais uniquement un inconvénient temporaire—Lorsqu'on établit l'équilibre entre les droits d'un particulier et l'intérêt public dans l'application des lois provinciales ou fédérales par l'administration publique, il faut accorder à l'intérêt public l'importance qui convient—La Loi sur l'immigration autorise l'application d'un système de contrôle de l'entrée des non-citoyens au Canada—Le public a grandement intérêt à ce que les mesures légitimement autorisées par la Loi soient prises—Il n'a pas été démontré que les mesures que le ministre était autorisé à prendre étaient illicites—Il est plus opportun d'exercer un recours fondé sur la Loi sur l'immigration—L'arbitre devrait en premier lieu entendre l'affaire—Si l'injonction était accordée, la demanderesse obtiendrait la réparation ultime, modifiant le statu quo—L'exigence prévue à l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale, voulant qu'un avis d'au moins dix jours soit donné au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces, lorsque la validité, l'application ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi fédérale est en cause, n'est pas satisfaite—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

CANADIAN FREE SPEECH LEAGUE C. CANADA (T-2557-92, juge Strayer, jugement en date du 27-10-92, 5 p.)

Requête en vue du réexamen de l'ordonnance rendue en vertu des Règles 324 et 1733—La revendication par le requérant du statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

L'intimé a reçu signification de la demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Commission—Le requérant s'est vu accorder une prorogation du délai de dépôt des observations écrites—Nouveau fait découvert après le jugement: l'avocat du requérant n'a pas déposé l'affidavit requis à l'appui de la demande d'autorisation d'interjeter appel—Le requérant n'a pas fait preuve d'une diligence raisonnable—Exigences de la Règle 1733 et de la jurisprudence non satisfaites—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 1733.

ABDI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-3481, juge Heald, J.C.A., ordonnance en date du 25-11-92, 3 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle de la décision selon laquelle la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas de minimum de fondement—Le requérant est un déserteur de l'armée d'El Salvador—Le tribunal a conclu que le requérant n'était pas un témoin crédible compte tenu des contradictions existant dans la preuve—Au moment de l'audience, le requérant avait 18 ans, n'avait que trois années de scolarité et a témoigné avec l'aide de l'interprète—Demande accueillie—Le tribunal a commis une erreur dans certaines conclusions de fait—Il a conclu que la preuve au sujet de l'âge du requérant constituait une contradiction lorsqu'il est devenu clair que pareille preuve avait été présentée uniquement afin d'établir qu'il ne s'agissait pas d'un mineur qui avait besoin d'un représentant à l'audience—Le tribunal a mal compris la preuve présentée par le requérant au sujet des mesures prises pour obtenir un passeport—Le tribunal a conclu que la description du lac figurant dans la formule de renseignements personnels était incompatible avec la preuve présentée pendant le contre-interrogatoire, mais la preuve présentée au moment de l'audience relative au contrôle judiciaire établissait que la description du lac dans la formule avait été mal traduite—Le tribunal a également omis de tenir compte de la preuve documentaire concernant la façon dont El Salvador traite les déserteurs—Les fréquentes interruptions par les membres du tribunal et les longues questions posées par l'agent chargé de présenter les cas pendant le contre-interrogatoire ont grandement contribué à la confusion.

MEMBRENO-GARCIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1312-92, juge McGillis, ordonnance en date du 2-12-92, 4 p.)

L'appelant, un Tamoul du Sri Lanka, craint la persécution de la part de l'armée sri-lankaise ainsi que de trois autres groupes—La Commission a commis une erreur de droit en omettant de se prononcer expressément sur la question de la détention antérieure d'un mois, accompagnée d'un mauvais traitement considérable de la part de l'armée—L'affaire est renvoyée à une autre formation de la Commission pour une nouvelle audience.

SUNDRALINGAM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-116-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 23-11-92, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

La demanderesse s'est vu adjuger le marché pour le remplacement d'un réservoir et l'installation d'une pompe à Hay River (Territoires du Nord-Ouest)—La défenderesse a résilié le marché pour mauvaise exécution—Dans sa déclaration, la demanderesse conteste la validité de la résiliation—La demanderesse demande un jugement par suite du défaut de déposer une défense dans le délai de 30 jours—La demanderesse demande la suspension des procédures pour le motif que la Cour n'a pas compétence pour entendre la demande reconventionnelle envisagée—Examen des arrêts de la Cour suprême du Canada concernant la compétence de la Cour fédérale—Le fait que la Cour fédérale peut avoir à appliquer le droit provincial afin de résoudre un litige ne la prive pas de sa compétence lorsque la demande relève valablement du droit fédéral—Il est plus difficile de savoir dans quels cas l'élément provincial est si important que l'affaire ne relève plus du droit fédéral, particulièrement lorsque la compétence de statuer sur une demande accessoire est contestée—Avant le 1^{er} février 1992, la loi accordait à la Section de première instance une compétence exclusive pour connaître en première instance de la plupart des demandes intentées contre la Couronne en matière délictuelle—Les actions étaient souvent scindées entre les tribunaux—Les modifications apportées à la Loi sur la Cour fédérale accordent à la Cour une compétence concurrente, en règle générale, et une compétence exclusive dans certains cas—La Cour a clairement la compétence légale voulue pour connaître de la demande présentée par la demanderesse en vertu de l'art. 17(2)b) de la Loi sur la Cour fédérale, puisque la demande est fondée sur un contrat passé avec la Couronne, ainsi que de la demande présentée par la Couronne, en vertu de l'art. 17(5)a), puisqu'il s'agit d'une action en réparation intentée au civil par la Couronne—Les deux demandes sont également fondées sur l'art. 23c) (demande en matière d'ouvrages publics s'étendant au-delà des limites d'une province)—La common law en matière d'ouvrages publics fédéraux est le droit fédéral applicable—Le fait que la Couronne cherche à appliquer les principes de la compensation, incorporant la common law provinciale, ne constitue qu'un élément accessoire dans la demande reconventionnelle—Les lois des Territoires du Nord-Ouest sont des «lois du Canada»—Même la common law ayant trait à des questions relevant normalement de la compétence provinciale fait partie du droit fédéral lorsqu'elle s'applique aux Territoires—Demandes rejetées—La défense doit être déposée immédiatement—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 402(2)a), 432, 433—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 23, 50.1 (édicte, idem, art. 16).

KARL MUELLER CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (T-464-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 27-11-92, 7 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant un mandat de saisie de soutes à pétrole à bord d'un navire pour le motif que la Cour n'a pas compétence pour décerner le mandat ou que la défenderesse n'est pas propriétaire des soutes—La demanderesse sollicite la prise d'une mesure de protection provisoire afin que les soutes restent soumises à la compétence canadienne en attendant l'issue des procédures d'arbitrage—Dans la déclaration, il est allégué que la défenderesse était l'af-

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

fréteur à temps du navire et la propriétaire des soutes—La cause d'action découle d'un litige relatif à un affrètement à temps antérieur mettant en cause les mêmes parties, lequel fait l'objet d'un arbitrage à Londres—Aucune des parties ne réside au Canada; l'affrètement à temps a été signé à Londres, ne porte pas sur un transport à destination ou en provenance du Canada, et n'a aucun lien avec le Canada—Le mandat de saisie a été obtenu pour protéger la partie non garantie de la réclamation dans les procédures d'arbitrage—En vertu de l'art. 22(2*i*) de la Loi sur la Cour fédérale, la Section de première instance a compétence relativement à une demande fondée sur une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, à l'usage ou au louage d'un navire, par charte-partie ou autrement—L'art. 43(3) prévoit que la compétence *in rem* prévue à l'art. 22(2*i*) ne saurait être exercée que si, au moment où l'action est intentée, le véritable propriétaire des biens en cause est le même qu'au moment où la cause d'action a pris naissance—Demande accueillie—La cause d'action qui sous-tend l'action *in rem* découle du litige sur l'affrètement à temps qui fait l'objet de l'arbitrage à Londres—Au moment envisagé par l'art. 43(3), la défenderesse n'était pas la véritable propriétaire des soutes à pétrole faisant l'objet de l'action *in rem*—Requête de la demanderesse rejetée—Aucune preuve n'a été présentée au sujet (1) du fait que la défenderesse ne serait pas en mesure de payer si la demanderesse avait gain de cause, (2) du bien-fondé de l'affaire soumise à l'arbitrage, (3) de la prépondérance des inconvénients—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(2*i*), 43(3).

DATLINE NAVIGATION CO. C. GLOBAL CONTAINER LINES (BAHAMAS) LTD. (T-2725-92, juge Noël, ordonnance en date du 9-11-92, 4 p.)

Appel de l'ordonnance de la Section de première instance ([1990] 3 C.F. F-23) rejetant la demande de contrôle judiciaire et annulant la révocation d'un visa concernant une série de bandes vidéo en vertu du Règlement de l'impôt sur le revenu—La décision d'émettre un visa et la révocation subséquente n'ont de conséquences que sur la cotisation fiscale—Ces décisions peuvent être examinées à l'occasion d'un appel devant la Section de première instance sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu, mais ne peuvent pas être attaquées au moyen d'une action fondée sur l'art. 18—Appel rejeté.

BRYDGES C. KINSMAN (A-786-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 30-11-92, 2 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant la sommation de payer adressée par le MRN à la banque de la requérante, ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance déclaratoire enjoignant au MRN de rembourser l'argent ainsi perçu et d'un bref de prohibition interdisant d'autres vérifications du compte de retenues à la source de l'impôt de l'employée de la requérante pour les années d'imposition 1988, 1989 et 1990—Il a été conclu que, dans ses déclarations T4/T4A, la requérante avait commis des erreurs et omissions pour ce qui était du calcul des cotisations au Régime de pen-

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

sions du Canada et des primes d'assurance-chômage—Des avis d'opposition aux cotisations du ministre ont été déposés—La Couronne a ratifié les cotisations et a envoyé chez la requérante un avis de ratification par lettre recommandée—La requérante ne peut pas demander le bref de *certiorari* mentionné au paragraphe 1 de l'avis de requête et l'ordonnance déclaratoire mentionnée au paragraphe 2—L'appel prévu à la Loi de l'impôt sur le revenu n'est pas supplanté par une demande présentée à la Cour en vertu de l'art. 18; il s'agit du seul moyen de contester une cotisation ou une nouvelle cotisation établie par le ministre—Le ministre n'est pas tenu de signifier à personne l'avis de ratification—Il est uniquement tenu de signifier un document au contribuable par lettre recommandée—Le ministre s'est conformé aux exigences de la Loi—Sa Majesté la Reine ne peut être partie à une demande fondée sur l'art. 18, car celui-ci ne s'applique qu'aux actions et décisions des offices fédéraux—La Cour rend une ordonnance mettant Sa Majesté la Reine hors de cause et radiant les paragraphes 1 et 2 de l'avis de requête—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

MCCAFFREY C. CANADA (T-1907-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-12-92, 11 p.)

COURONNE

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Action intentée pour voies de fait et séquestration—En revenant des É.-U. où il s'était rendu pour acheter de l'essence, le demandeur a été arrêté par des agents de la GRC à un barrage routier destiné à permettre d'attraper les conducteurs en état d'ébriété—L'agent de la GRC a donné un avertissement pour certaines infractions (plaque d'immatriculation partiellement cachée par une plaque commerciale, feux arrière ne fonctionnant pas)—Le demandeur a refusé de produire son permis de conduire et le certificat d'immatriculation car il les avait apparemment laissés chez lui—Le demandeur a donné son nom une fois, mais il a refusé à plusieurs reprises de l'épeler—Le demandeur a de fait convenu qu'il était nécessaire que l'agent l'arrête puisqu'il ne voulait pas s'identifier—L'agent a fermement placé sa main sur le haut du bras du demandeur pour l'accompagner jusqu'à la voiture de police—Le demandeur a brusquement retiré son bras—L'agent a tenté de faire une prise de tête au demandeur—Le second agent a saisi les jambes de pantalon du demandeur, de sorte que le demandeur et le premier agent sont tombés—L'agent, qui était plus grand et plus lourd, est tombé par-dessus le demandeur—L'agent a serré la gorge du demandeur et a menacé de l'[TRADUCTION] «étouffer» s'il ne collaborait pas—Le demandeur a indiqué qu'il était prêt à collaborer passablement rapidement—Ayant refusé, au poste de police, d'apposer sa signature sur le relevé d'empreintes digitales, le demandeur a été mis dans une cellule—Le demandeur a également refusé de signer la formule confirmant quels objets avaient été remis—Il a été libéré le lendemain matin lorsque quelqu'un qui le connaissait est venu le chercher et après qu'il eut signé le relevé d'empreintes digitales et la promesse de comparaître—Le demandeur affirme avoir souffert de malaises au cou, avoir ressenti de la douleur et avoir eu mal

COURONNE—Fin

à la tête—Les agents de la GRC agissaient à titre d'agents de la paix provinciaux—Au moment pertinent, la loi provinciale considérait comme une infraction le fait de conduire un véhicule non muni de l'équipement adéquat et de refuser ou d'omettre de produire un permis de conduire ou un certificat d'immatriculation quand un agent de la paix en faisait la demande—Il était raisonnable d'arrêter le demandeur sous les inculpations prévues en vertu de la Motor Vehicle Act, étant donné en particulier que celui-ci venait d'entrer au Canada sans pièces d'identité—L'intérêt public exigeait que le demandeur soit identifié—Le demandeur a agi d'une manière déraisonnable—L'agent a employé une force excessive contre le demandeur en le saisissant à la gorge, compte tenu de la différence de taille, de sa position (il était par-dessus le demandeur) et du fait qu'il y avait un autre agent à proximité—Absence de crainte raisonnable de danger immédiat—Le demandeur a fait preuve d'insolence et d'obstruction et a mis sciemment le système à l'épreuve—Étant donné qu'aucun détail n'a été fourni, des dommages-intérêts spéciaux ne sont pas accordés—Étant donné que la force excessive employée n'était ni préméditée ni soutenue, la demande de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires est rejetée—Des dommages-intérêts généraux de 500 \$ sont accordés pour les malaises et inconvénients inutiles subis—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, ch. R-9, art. 18—Police Act, R.S.B.C. 1979, ch. 331, art. 13, 16—Offence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 305, art. 122—Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 25, 450 (mod. par S.R.C. 1970) (2^e Supp.), ch. 2, art. 5)—Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 64(1)b) (mod. par S.B.C. 1980, ch. 37, art. 23; 1985, ch. 78, art. 9), 67 (mod. par S.B.C. 1982, ch. 36, art. 13), 216 (mod. par S.B.C. 1983, ch. 21, art. 10).

WREN C. CANADA (T-2696-87, juge Strayer, jugement en date du 26-11-92, 15 p.)

DOMMAGES-INTÉRÊTS

COMPENSATOIRES

Action intentée pour les dommages causés au bateau et à la remise de bateaux du demandeur—La responsabilité n'est pas en litige—Des dommages considérables ont été causés à la structure de la remise de bateaux par le navire du défendeur—Le témoin du demandeur est expérimenté et fiable—Le témoin a conclu qu'il serait plus économique de construire une nouvelle remise que de tenter de réparer celle qui existait déjà—Compte tenu de la méthode employée par leur expert maritime et de sa participation à l'évaluation des travaux à entreprendre, les défendeurs ont laissé les choses traîner et ont tardé à agir—Absence de preuve digne de foi et suffisante, de la part des défendeurs, permettant de remettre en question le coût des réparations effectuées par le constructeur de remise, et par la personne chargée des réparations—Toutes les réparations effectuées par celui-ci étaient nécessaires—Le compte était raisonnable et bien en deçà d'estimations éclairées—Un jugement au montant de 102 209,83 \$, avec l'intérêt avant jugement, est rendu en faveur du demandeur.

ALEXANDER C. EL PRIMERO (LE) (T-2431-91, juge Rouleau, jugement en date du 16-11-92, 9 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR L'ACCISE

Action en revendication d'une chaloupe et de deux moteurs saisis en vertu de l'art. 88(2) de la Loi sur l'accise—La chaloupe et les moteurs saisis avaient servi au transport de 60 caisses de tabac qui n'était ni empaqueté ni estampillé conformément à l'art. 240(2) de la Loi—Le transport en question a été fait hors la connaissance et sans la participation de la demanderesse—La déclaration en revendication de la demanderesse est fondée sur l'art. 116 de la Loi et non sur l'art. 164(1) et constitue nécessairement une action *in rem* en condamnation d'une chose—La demanderesse qui ne demande pas «une ordonnance déclarant son intérêt» a intenté son action 30 jours après la saisie—Comme elle a reconnu que la chaloupe et les moteurs saisis avaient servi au transport de tabac en contravention de la Loi sur l'accise et que les prescriptions de cette dernière ont été respectées par les agents de la GRC, son action doit être rejetée—Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), ch. E-14, art. 88(2), 116, 164, 240(2).

POURVOIRIE HART C. CANADA (T-2374-91, juge Pinard, jugement en date du 18-11-92, 6 p.)

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel en vertu de l'art. 81.22 de la Loi sur la taxe d'accise d'une cotisation ou détermination faite par le ministre du Revenu national—Admissions écrites déposées par les procureurs des parties—Les machines, appareils et pièces (*subject goods commercial type*) ne sont pas visés à l'art. 1a)(i) de la partie XIII de l'annexe III de la Loi sur la taxe d'accise—Ces marchandises ne sont pas vendues à des personnes qui sont des «producteurs ou fabricants» au sens de l'art. 42 de la Loi—Les machines, appareils et pièces (*subject goods commercial type*) sont visés à l'art. 3 de la partie V de l'annexe III de la Loi sur la taxe d'accise—Les expressions «*manufacturer or producer*», «*manufactured or produced*» et «*manufacture or production*», qui figurent à divers endroits et dans des contextes différents dans la Loi, sont utilisées à des fins différentes—Les exonérations de taxe contenues dans des parties distinctes de l'annexe III de la Loi diffèrent par leur objet—Les dispositions de l'annexe III prévoyant ces exonérations sont indépendantes et doivent être considérées et appliquées séparément—L'art. 3 de la partie V de l'annexe III de la Loi doit être interprété de façon à exempter ces marchandises—Les machines, appareils et pièces (*subject goods domestic type*) ne sont pas visés à l'art. 1a)(i) de la partie XIII de la Loi sur la taxe d'accise—Ces marchandises ne sont pas vendues comme il se doit à des personnes qui sont des «producteurs ou fabricants» au sens de l'art. 42 de la Loi—Les machines, appareils et pièces (*subject goods domestic type*) ne sont pas visés à l'art. 3 de la partie V de l'annexe III de la Loi sur la taxe d'accise—Le législateur a établi les exonérations de taxe dans les parties V et XIII de l'annexe III de la Loi dans le contexte d'une activité de «fabrication ou production» commerciale et non domestique—Appel accueilli seulement en ce qui concerne les machines, appareils et pièces désignés comme «*subject goods commercial type*»—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 81.22, annexe III, partie V, art. 3, partie XIII, art. 1a)(i).

FAEMA DISTRIBUTEUR INC. C. M.R.N. (T-1992-91, juge Pinard, jugement en date du 4-12-92, 10 p.)

DOUANES ET ACCISE—Fin

LOI SUR LES DOUANES

Demande de prorogation du délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 au sujet d'une attestation de non-paiement émise sous le régime de l'art. 145 de la Loi sur les douanes, et enregistrée devant la Cour fédérale, ou de demandes de paiement de la somme soumise à une confiscation obligatoire en vertu de l'art. 124 de la Loi—La demande de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 18.1 a été présentée trois mois après l'expiration du délai, en ce qui concerne l'attestation de non-paiement, et dix-huit mois après l'expiration du délai, en ce qui concerne la confiscation obligatoire—Le requérant allègue que l'avocat de l'aide juridique n'a pas suivi les instructions qu'il lui avait données de déposer un avis d'appel pendant son incarcération; entre le moment où il a été acquitté d'accusations fondées sur la Loi sur les douanes et celui où il a reçu l'attestation de non-paiement, le requérant a cru que les procédures criminelles avaient réglé toutes les poursuites portées contre lui—Demande rejetée—L'attestation de non-paiement n'est pas visée par l'art. 18.1—L'attaque portée contre l'attestation de non-paiement ne constitue pas une attaque contre la créance—Le contrôle judiciaire de l'attestation de non-paiement se limite à une enquête très circonscrite portant sur l'observation de l'art. 145—Le requérant n'a pas établi l'existence d'une cause raisonnablement défendable en ce qui a trait à l'attestation de non-paiement, en soutenant que les avis de confiscation compensatoire étaient abusifs et illégaux—Cette question relève d'une décision prise en vertu de l'art. 124, et ne se pose pas à l'égard de l'attestation de non-paiement prévue à l'art. 145—En ce qui a trait aux avis de confiscation compensatoire, on n'a pas établi l'existence d'une cause raisonnablement défendable selon laquelle la Cour peut exercer un contrôle judiciaire direct à l'égard d'un avis prévu à l'art. 124—L'art. 127 prévoit que la créance résultant d'une réclamation effectuée en vertu de l'art. 124 est définitive et n'est susceptible de révision que selon les modalités prévues à l'art. 129—L'art. 129 prévoit qu'une demande en vue de l'obtention d'une décision par le ministre en vertu de l'art. 131 doit être présentée dans les 30 jours suivant la signification de l'avis—L'art. 135 prévoit que la décision du ministre peut faire l'objet d'un appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale—Étant donné que ces dispositions constituent un régime légal prévoyant une procédure d'appel contre une confiscation compensatoire, elles excluent le contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale—De plus, l'art. 127 de la Loi sur les douanes est un genre de clause privative visant à limiter à la procédure prévue par la Loi les contestations des confiscations compensatoires—Si la procédure prévue par la Loi pour l'introduction d'un appel de la décision du fonctionnaire devant le ministre, puis devant la Cour fédérale, est suivie, tout acte arbitraire ou abusif peut être corrigé—Absence de disposition prévoyant la prorogation du délai pour demander la décision au ministre—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 124, 127, 129, 135 (mod. par L.C. 1990, ch. 9, art. 49), 145—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 18.5 (édicte, idem).

SMITH C. CANADA (T-1872-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 24-11-92, 8 p.)

DROIT D'AUTEUR

PRATIQUE

Action en violation de droits d'auteur dans laquelle il est allégué que les défenderesses ont permis l'exécution en public d'œuvres musicales faisant partie du répertoire de la demanderesse, et ce, sans avoir de licence—La demanderesse cherche à faire radier certains paragraphes de la défense et à obtenir des détails—Les détails fournis répondent de façon satisfaisante à la requête de la demanderesse—La défenderesse allègue que les distributeurs et producteurs de films l'ont autorisée à exécuter les œuvres musicales—Elle a fourni le nom des distributeurs et producteurs et a indiqué que l'autorisation avait été obtenue au moment où la licence avait été donnée pour présenter les films en cause—Le fait que la défenderesse ne connaît pas l'origine juridique des droits des distributeurs et producteurs ne rend pas les détails insuffisants—Les détails indiquent également que le montant des droits versés pour l'acquisition des droits qui avaient censément été transférés à la défenderesse est compris dans le prix d'achat de la licence permettant de présenter le film au public, et peut facilement être établi à l'interrogatoire préalable ou à l'instruction—Quant à la requête en radiation, la défenderesse oppose une fin de non-recevoir à la demanderesse, aux producteurs et aux distributeurs—Si la défenderesse peut établir que les distributeurs et producteurs avaient le droit d'autoriser l'exécution d'œuvres musicales, il serait raisonnable d'invoquer une fin de non-recevoir à leur encontre—Le plaidoyer est retenu—La fin de non-recevoir soulevée en défense à l'encontre de la demanderesse est fondée sur l'acquiescement de la demanderesse et de ses prédécesseurs depuis 1972—La demanderesse fait valoir que les actes de ses prédécesseurs ne peuvent pas la lier—Étant donné qu'il n'y a rien devant la Cour qui permette de tirer une conclusion à cet égard, ce plaidoyer est également retenu—La défenderesse allègue que l'art. 67.2 de la Loi sur le droit d'auteur contrevient aux art. 2b) et 15 de la Charte—Les faits importants sur lesquels la demanderesse entend s'appuyer sont plaidés—L'attaque vise la partie du régime législatif qui autorise la Commission du droit d'auteur à fixer les redevances que la demanderesse aura le droit de percevoir pour l'exécution de ses œuvres par des tiers—Il n'est pas clair et évident que l'attaque fondée sur la Charte ne peut pas triompher—La défenderesse soutient que le pouvoir législatif de la Commission du droit d'auteur de fixer les redevances, par son caractère véritable, intéresse la propriété et les droits civils et n'est pas accessoire relativement aux pouvoirs que possède le législateur d'adopter des lois sur le droit d'auteur—Cet argument va directement à l'encontre d'une jurisprudence bien établie selon laquelle le pouvoir que possède la Commission de fixer les droits de licence n'est pas une question de nature contractuelle, mais de nature légale qui constitue un élément accessoire de la compétence du législateur en matière de droit d'auteur, conformément à l'art. 91(23) de la Loi constitutionnelle de 1867—L'attaque n'est pas fondée sur des constitutions différentes, un contexte factuel en évolution ou un nouvel aspect pertinent sur le plan de la compétence—Le plaidoyer ne révèle aucune défense raisonnable—Il est tout à fait clair qu'il ne peut pas triompher et qu'il devrait être radié—La défenderesse allègue que le montant des redevances certifiées par la Commission du droit d'auteur constitue une entrave au commerce, sert à augmenter les prix et va à l'encontre de l'art. 32 de la Loi sur la concurrence—Elle allègue que la fixation des redevances par

DROIT D'AUTEUR—Fin

la Commission du droit d'auteur constitue une fixation illégale du prix et une pratique commerciale injuste et monopolistique qui nuit au public canadien—L'art. 32 de la Loi sur la concurrence ne s'applique pas—Les activités de la demanderesse et de la Commission, dans le cadre de l'art. 67 de la Loi sur le droit d'auteur, sont expressément sanctionnées par les lois fédérales et elles ne sont pas régies par l'art. 32 sous la rubrique «défense de l'industrie réglementée»—La fixation des taux par la Commission fait partie de son mandat législatif et est réputée viser l'intérêt public—Plaidoyer radié—La défenderesse a demandé à bref délai une ordonnance pour qu'à l'avenir, toute requête interlocutoire soit tenue à Edmonton, là où elle réside—Il est allégué que la présentation des requêtes interlocutoires à Ottawa, là où résident les procureurs de la demanderesse, constitue une injustice, et qu'elle est opprimante et vexatoire pour la défenderesse—La requête n'a pas été entendue à bref délai, mais la Cour a indiqué qu'il ne faut pas abuser de la capacité d'une partie au litige de déposer une requête au greffe de son choix—Il n'existe aucune règle permettant à une partie de présenter des requêtes dans la ville de son choix sans tenir compte des inconvénients causés à l'autre partie—Dans les affaires où des requêtes préliminaires prolongées sont en cause, les parties doivent partager les inconvénients indépendamment de la partie qui présente la requête, et les avocats doivent garantir le résultat—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 67 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12), 67.2 (édicte, idem)—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 18), art. 32 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 29)—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^o 44], art. 2b), 15—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3, (R.-U.) (mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe à la Loi constitutionnelle de 1982, n^o 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5], art. 91(23).

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA C. LANDMARK CINEMAS OF CANADA LTD. (T-633-92, juge Noël, ordonnance en date du 13-11-92, 11 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de suspension interlocutoire de l'audience du Tribunal canadien des droits de la personne en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de la demande de contrôle judiciaire—La requête introductive d'instance est fondée sur le défaut de diligence, l'entorse à la justice naturelle et l'inobservation de l'équité procédurale en ce sens que le fait qu'on a extrêmement tardé à traiter la plainte est préjudiciable aux intérêts de la requérante—La requête interlocutoire soulève une question sérieuse à trancher et fait pencher la prépondérance des inconvénients du côté de la requérante—La Commission canadienne des droits de la personne n'a pas avisé le plaignant de l'offre d'embauchage faite par la requérante le 6 juin 1988—Près de quatre ans et demi se sont écoulés entre le moment où l'offre a été faite et le moment de l'audience—La Commission a agi d'une manière illicite—Les faits sont suffisants pour

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

permettre de rendre une ordonnance de suspension interlocutoire des procédures du Tribunal canadien des droits de la personne—Demande accueillie.

CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD. C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-2340-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 17-11-92, 8 p.)

ÉLECTION

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant au directeur d'élection de la circonscription électorale où est domicilié le requérant d'inscrire le nom de celui-ci sur la liste des électeurs de façon à lui permettre de voter—Demande rejetée—On sollicite en fait un bref de *mandamus*, qui exige clairement l'existence d'une obligation légale expresse—En l'espèce, l'obligation légale exige que le directeur d'élection n'inscrive pas le requérant parce qu'il n'est pas citoyen—Si le requérant avait gain de cause, l'ordonnance contraindrait le directeur d'élection à agir contrairement à une obligation légale—En outre, la demande a déjà été tranchée à l'encontre du requérant par le juge Joyal, qui a radié l'action.

ROACH C. CANADA (MINISTRE D'ÉTAT (MULTICULTURALISME ET CITOYENNETÉ)) (T-460-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 19-10-92, 5 p.)

ÉNERGIE

Action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la demanderesse a engagé des «frais admissibles» au sens de la Loi sur le programme canadien d'encouragement à l'exploration et à la mise en valeur (PCEEMV) à l'égard des phases trois et quatre du programme de forage de puits de gaz mis en œuvre à Brooks (Alberta) en 1989—La demanderesse cherche également à obtenir un bref de *mandamus* obligeant le ministre défendeur à ordonner le paiement sur le Trésor de certaines subventions—La Loi prévoit l'octroi de subventions destinées à encourager l'exploration et l'aménagement du territoire en vue de la production d'hydrocarbures autres que le charbon—Le ministre des Finances a soudainement annulé le programme, les frais engagés pour les puits «amorcés» avant le 27 avril 1989 ou conformément aux «engagements exécutés» conclus avant cette date étant quand même subventionnés—En mai 1988, la demanderesse a entrepris le forage, en quatre phases, de 97 puits de gaz dans la région de Brooks, sur des terres où PanCanadian Petroleum Limited possédait des droits miniers—Les associées Chevron détenaient conjointement les droits miniers de PanCanadian sur les terres de la phase quatre—Le 30 septembre 1988, le ministre a annoncé qu'au lieu de réduire, comme prévu, les subventions, certaines sommes continueraient à être versées au taux de 25 p. 100 pour les frais engagés jusqu'au 30 juin 1989, puis seraient réduites jusqu'à la fin de 1989, le programme devant alors prendre fin—En janvier 1989, la demanderesse a conclu un accord avec PanCanadian, comme en témoignent les lettres échangées, cet accord ayant été consigné dans des documents intitulés [TRADUCTION] «concession de gaz naturel», à l'égard des terres de la phase trois—Le modèle de document ne correspond pas à

ÉNERGIE—Suite

la [TRADUCTION] «concession de gaz naturel» habituellement utilisée dans le secteur, c'est-à-dire une entente par laquelle le titulaire de droits miniers accorde à une compagnie pétrolière le droit de se livrer à des travaux d'exploration et d'extraction de gaz naturel sans se garder de rôle dans ce processus—Quand à la phase quatre, la correspondance indique que la demanderesse et les associées Chevron avaient l'intention de conclure un accord «d'amodiation», mais la proposition de la demanderesse n'a jamais été acceptée—Au moment où l'annulation du PCEEMV a été annoncée, la demanderesse et les associées Chevron avaient conclu un accord exécutoire prévoyant que la demanderesse pouvait entreprendre le forage aux conditions énoncées dans sa proposition du 6 février 1989—L'accord lui-même a finalement été consigné par écrit par la suite seulement (il a été signé en février 1990)—À la date de l'annulation, la demanderesse avait contracté avec des tiers des obligations pour procéder au forage des puits pour les phases trois et quatre—Si elle n'était pas allée de l'avant, elle aurait engagé sa responsabilité à divers degrés envers ces tiers ainsi qu'envers PanCanadian et les associées Chevron—En mai 1989, la demanderesse a reçu les lignes directrices proposées en vue de la suppression graduelle du PCEEMV—Il était mentionné que les frais seraient admissibles à condition d'avoir été engagés en vertu d'obligations contractuelles conclues «par écrit» avant le 26 avril 1989—Compte tenu de l'annonce faite par le ministre, les demandes de subventions dans le cadre du PCEEMV jusqu'au 30 juin 1989 que la demanderesse avait présentées ont été refusées parce que les frais n'avaient pas été engagés en vertu d'une convention écrite—Ce n'est que le 25 janvier 1990 qu'un règlement a été adopté pour modifier rétroactivement la définition de «frais admissibles»—Selon la définition, les frais admissibles doivent avoir été engagés aux termes d'une convention écrite prévoyant une obligation inconditionnelle d'engager ces frais—Voici les questions en litige: (1) En ce qui a trait à la phase trois, la «concession» conclue par la demanderesse et PanCanadian est-elle exclue de la définition d'une «convention écrite» parce qu'il s'agit d'un «bail franc»? (2) En ce qui a trait à la phase quatre, y a-t-il eu une convention écrite? (3) Le ministre était-il contraint, à cause d'une fin de non-recevoir, à subventionner les frais engagés après qu'il eut fait l'annonce, compte tenu des renseignements donnés à la demanderesse quant à l'admissibilité de frais engagés depuis mai 1989?—Les lois qui portent atteinte aux droits d'un citoyen doivent être interprétées strictement: *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493—(1) Il est bien établi dans la jurisprudence qu'une concession de pétrole et de gaz naturel n'est pas un «bail», mais un «profit à prendre» ou un permis qui autorise le détenteur de la concession à effectuer des travaux d'exploration et d'extraction du pétrole et du gaz naturel sur les terres où le bailleur possède des droits miniers—Le rédacteur du règlement connaissait probablement la jurisprudence et, s'il avait voulu exclure les conventions portant sur un profit à prendre, il l'aurait précisé—Le formulaire de «concession de gaz naturel» employé par PanCanadian à l'égard des terres de la phase trois comprend de nombreuses stipulations figurant habituellement dans les accords d'amodiation—Même si les stipulations normalement contenues dans les concessions de pétrole et de gaz étaient visées par la définition du «bail franc», dans le règlement, les conventions comprennent d'autres stipulations qui ne pourraient pas

ÉNERGIE—Fin

l'être—Les frais engagés à l'égard de la phase trois, du 27 janvier au 31 décembre 1989, constituaient des frais admissibles aux fins du PCEEMV—(2) Les frais engagés au cours de la même période à l'égard de la phase quatre ne sont pas admissibles à moins que la demanderesse n'ait eu l'obligation inconditionnelle de les engager à l'égard de travaux sismiques sur le terrain en vertu d'une convention écrite conclue avec les associées Chevron—Le 26 avril 1989, les lettres échangées entre les quatre parties n'équivalaient pas à une «convention écrite», même s'il existait un consensus et une entente quant aux rôles respectifs des parties—La Cour est prête à accepter qu'une convention écrite puisse être constituée de plusieurs documents échangés entre les parties si ces documents tendaient ensemble à établir une volonté commune, mais il n'existe aucun tel ensemble de documents en l'espèce—(3) Étant donné que la demanderesse aurait entrepris le forage même s'il était clair qu'aucune subvention ne serait versée dans le cadre du PCEEMV, le plaidoyer de fin de non-recevoir ne peut pas être retenu car il ne peut pas être démontré qu'elle a agi à son détriment compte tenu de la conduite ou des déclarations de la défenderesse—Loi sur le programme canadien d'encouragement à l'exploration et à la mise en valeur, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 15 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 27)—Règlement sur le programme canadien d'encouragement à l'exploration et à la mise en valeur, DORS/87-514, art. 2 (mod. par DORS/90-96, art. 1), 4 (mod., idem, art. 2).

NUGAS LTD. C. CANADA (T-1692-90, juge Strayer, jugement en date du 9-11-92, 20 p.)

FONCTION PUBLIQUE

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande d'examen et d'annulation de la décision d'un membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique siégeant comme arbitre—Décision faisant suite à deux griefs logés par le requérant et soumis à l'arbitrage en vertu de l'art. 92 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—Le grief en vertu duquel le requérant demandait à son employeur d'attribuer une classification et une cote numérique à une description de fonctions datée du 9 juillet 1987 a été rejeté—Le requérant, qui œuvre au sein des Services correctionnels du Canada, possède le titre d'«Agent d'administration des sentences» et la classification CR-4—Son poste a fait l'objet de trois descriptions de fonctions—L'arbitre n'a pas agi d'une manière qui justifie l'intervention de la Cour—Il importe peu que le requérant ait signé ou non la troisième description de fonctions—La responsabilité de rédiger la description d'un poste incombe au gestionnaire—L'arbitre n'a pas refusé d'exercer sa compétence quant à la deuxième description de fonctions—Il a décidé à bon droit que cette description était inexacte et n'existait pas puisqu'elle n'avait pas été approuvée par les stipulations de la classification régionale—La responsabilité en matière de classification des postes appartient au Conseil du Trésor et aux ministères à qui il la délègue—Cette responsabilité n'est pas affectée par les dispositions

FONCTION PUBLIQUE—Fin

régissant les relations de travail dans la fonction publique—Demande rejetée—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92.

BROCHU C. CANADA (A-800-91, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 23-11-92, 6 p.)

Demande d'examen et d'annulation d'une décision rendue par un arbitre nommé en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—L'arbitre a maintenu deux griefs déposés par l'intimé touchant le calcul par l'employeur de l'ajustement rétroactif du salaire auquel l'employé avait droit suite à la signature d'une nouvelle convention collective—L'intimé a été nommé à un poste classé AU-02 en date du 29 juillet 1987—Son nouveau traitement annuel de 38 377\$ a été calculé conformément aux art. 65 et 66 du Règlement sur les conditions d'emploi dans la fonction publique—Il s'agissait d'une «promotion» aux termes de l'art. 65(1)—L'intimé a ensuite bénéficié d'une «mutation» en date du 1^{er} août 1988—Nouvelle convention collective conclue le 18 août 1988—Le litige entre les parties porte sur l'effet de l'art. 27 de la nouvelle convention collective et sur l'application du Règlement—L'art. 65 du Règlement doit être interprété de manière à permettre, tant à l'employeur qu'à l'employé, de savoir immédiatement si une nouvelle nomination constitue une promotion, une réduction de rang ou une simple mutation—L'interprétation proposée par l'employeur ne tient pas compte de la première ligne de la grille et du mot «de» qui indique clairement que c'est là qu'il faut chercher le point de départ du calcul—Il faut d'abord tenir compte de toute modification possible de l'échelon avant de passer à la révision de la rémunération—La révision salariale de l'intimé prenait effet au 29 juillet 1987, la date de sa nomination au poste AU-02—Il touchait à cette date un traitement annuel de 38 377\$ et c'est à partir de ce chiffre qu'il fallait calculer ses nouveaux taux de rémunération—Demande rejetée—Règlement sur les conditions d'emploi dans la fonction publique, DORS/67-118, art. 65, 66.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. LAJOIE (A-894-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10-11-92, 11 p.)

GRC

Requête en *certiorari* contre un agent de la Commission canadienne des pensions qui aurait refusé de répondre à la question du requérant de savoir si sa maladie était reliée à son travail, et en *mandamus* contre un agent du service Administration et personnel de la GRC—Le requérant voulait se prévaloir des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu qui permettent à un membre de la GRC de déduire de son revenu un montant égal à ce qu'il aurait reçu de la Commission des accidents du travail au cours d'un congé de maladie attribuable à une blessure ou à une maladie reliée au travail—L'attestation donnant droit à cette déduction lui a été refusée—Le requérant a demandé à la Commission canadienne des pensions de reconnaître que sa maladie était reliée à son travail—La demande de *certiorari* est irrecevable car c'est la procédure prévue au Bulletin AM-1437 du Manuel d'administration de la GRC qui s'appliquait et non le Bulletin AM-1703—Le requérant a mal interprété l'art. 2c) du Bulletin AM-1703: il ne pouvait s'adresser à la Commission que pour faire une demande de

GRC—Fin

pension et non pour faire déclarer un lien entre la maladie et le travail—La requête en *mandamus* est également irrecevable, étant mal dirigée et ne démontrant pas de la part de l'agent du service Administration et personnel un devoir légal d'agir—L'agent en question a rempli le devoir qui lui incombait—Requête rejetée.

LAQUERRE C. GUAY (T-896-92, juge Denault, ordonnance en date du 20-11-92, 9 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel du rejet par la Cour de l'impôt de l'appel concernant la déductibilité des frais de déménagement déclarés en 1985—La demanderesse, qui était fonctionnaire, a travaillé et habité à Paris (France) de 1982 à 1985—Au printemps 1985, elle a été informée qu'elle serait mutée au Canada—En août, elle a épousé un homme qui possédait une maison en Angleterre et a laissé son appartement à Paris—Elle a commencé à se rendre régulièrement à la maison située en Angleterre—Ses meubles et effets personnels ont été expédiés au Canada et entreposés jusqu'en octobre et ont alors été transportés dans sa nouvelle maison à Ottawa—Son employeur lui a intégralement remboursé les frais engagés pour le déménagement de ses meubles et effets personnels de Paris à Ottawa—De septembre à novembre, la demanderesse a travaillé à l'ambassade à Paris ou en dehors de Paris dans le cadre d'une affectation temporaire ou elle allait au Royaume-Uni en congé annuel et en congé de service à l'étranger—Elle occupait un logement temporaire non commercial—Elle a passé la plus grande partie du mois de novembre chez son mari en Angleterre—Elle n'a jamais eu l'intention de s'installer en Angleterre—En décembre, elle a commencé à occuper son nouveau poste—Elle a déduit 20 024,62 \$ à titre de somme représentant les frais de déménagement de ses effets personnels et de ceux de son mari d'Angleterre à Ottawa—Le ministre a refusé la déduction—L'art. 62(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet à un contribuable de déduire les frais de déménagement engagés pour déménager d'une résidence où il résidait habituellement au Canada à sa nouvelle résidence habituelle dans ce pays—En vertu de l'art. 250(1), un fonctionnaire du Canada qui résidait au Canada immédiatement avant sa nomination à l'étranger est réputé avoir été un résident de ce pays pendant toute l'année d'imposition—En vertu de l'art. 63.1, lorsqu'un contribuable est réputé être, aux termes de l'art. 250, un résident du Canada, il ne doit pas être tenu compte, à l'art. 62.1, des mots «au Canada»—Il s'agit uniquement de savoir si la demanderesse résidait habituellement en Angleterre avant de venir s'établir au Canada—Appel rejeté—La résidence habituelle s'entend de la résidence occupée dans le cadre du mode de vie habituel de la personne en question, par opposition à une résidence spéciale, occasionnelle ou fortuite: *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209—Une personne ne peut pas avoir deux résidences habituelles en même temps: *Rennie, J. c. M.R.N.* (1989), 90 DTC 1050 (C.C.I.)—La demanderesse ne résidait pas habituellement en Angleterre avant de venir à

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Ottawa—Elle n'y résidait qu'à l'occasion—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 62 (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 21), 63.1 (édicte par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 22), 250.

MALLETT C. M.R.N. (T-435-89, juge McGillis, jugement en date du 29-9-92, 7 p.)

GAINS EN CAPITAL

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a conclu que la superficie totale d'un terrain de 8,99 acres sur lequel était située la résidence du défendeur constituait la résidence principale de celui-ci et que le produit de la disposition n'était nullement assujéti à l'impôt sur les gains en capital—Le défendeur a acheté la propriété en 1966 et a habité à cet endroit jusqu'en 1980, année où la propriété a été vendue—Au moment de l'achat, le règlement de zonage exigeait que les lots aient une superficie d'au moins trois acres—Les autres immeubles situés sur la propriété comprenaient une grange, une serre, des remises, un enclos où le défendeur gardait des chevaux d'équitation pour son usage personnel—La moitié du terrain du côté ouest était un pâturage, qui servait aux chevaux du défendeur ainsi qu'aux chevaux que des propriétaires de Calgary laissaient en pension—Le défendeur exploitait une entreprise de revendeur d'œufs à partir d'un garage attenant à la maison—Il était également censé exploiter une entreprise agricole, mais plus de 90 p. 100 de son revenu brut provenait de la revente d'œufs—Selon une modification apportée en 1980 au règlement de zonage, les logements non attenants devaient être situés sur des fonds de terre d'une superficie d'au moins 80 acres, mais les usages dérogatoires continuaient à être autorisés—En 1980, la ville de Calgary a acheté le fonds de terre entier pour la somme de 899 000 \$—La même année, le défendeur a acheté, près de Calgary, un terrain de quatre acres où il habite encore, ainsi qu'un terrain de 196 acres à l'ouest de la ville—Dans sa déclaration d'impôt de 1980, le défendeur a déclaré que sa résidence principale comprenait une maison et un acre de terrain adjacent, le reste du terrain de 8,99 acres étant utilisé pour son entreprise agricole—Il a choisi de traiter les terrains de quatre acres et de 196 acres acquis en 1980 comme biens acquis en remplacement de la fraction de 7,99 acres—Dans une nouvelle cotisation, le ministre a décidé que la résidence principale comprenait la maison et le terrain adjacent de trois acres—La Cour de l'impôt a jugé nécessaire d'examiner la superficie minimale de terrain légalement exigée pour une résidence au moment de sa disposition, pour définir ce qu'était une «résidence principale» conformément à *La Reine c. Yates (W. et M.)*, [1983] C.T.C. 105 (1^{re} inst.); conf. par [1986] 2 C.T.C. 46 (C.A.F.)—Appel accueilli—Dans *Yates*, il a été jugé que la superficie minimale de fonds de terre que le contribuable était légalement tenu de posséder relativement à sa résidence au moment de la disposition du fonds de terre permettait d'établir objectivement la superficie de fonds de terre associée à la «résidence principale»—La superficie minimale sur laquelle le contribuable avait le droit d'avoir une résidence, après la modification du règlement, était le minimum autorisé par le règlement antérieur, c'est-à-dire trois acres—Le défendeur ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait de démontrer qu'une superficie plus grande était nécessaire à l'usage et à la jouissance de la maison—Il n'a pas prouvé l'allégation selon laquelle le reste du fonds de terre

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

était principalement utilisé pour l'entreprise agricole—Étant donné qu'il n'a pas démontré qu'il avait exercé la moindre activité agricole d'importance sur le reste de la superficie, le défendeur n'a pas le droit de traiter le terrain de 196 acres comme un bien acquis en remplacement d'un «ancien bien d'entreprise», puisqu'il n'a pas utilisé l'ancien bien en question «principalement en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou de lui faire produire un revenu»—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 44(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 18), (5) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 32, art. 8), 54g) (mod. par S.C. 1973-1974, ch. 14, art. 14; 1974-75-76, ch. 26, art. 25; 1976-77, ch. 4, art. 14), 248(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 98).

M.R.N. C. AUGART (T-1396-89, juge Strayer, jugement en date du 23-11-92, 8 p.)

PRATIQUE

Appel de l'ordonnance par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté la demande de prorogation du délai de dépôt de la réponse à l'avis d'appel—En vertu de l'art. 44, la réponse doit être déposée et signifiée dans les soixante jours qui suivent la signification de l'avis d'appel, mais si, dans ce délai, l'intimé demande à la Cour une prorogation du délai dans lequel la réponse peut être déposée et signifiée, celle-ci peut accorder la prorogation si elle le juge nécessaire—En vertu de l'art. 12, la Cour peut proroger ou abréger le délai imparti par les Règles, à des conditions appropriées—La requête qui vise à l'obtention de la prorogation d'un délai peut être présentée avant ou après l'expiration de celui-ci—La Cour de l'impôt a jugé que l'art. 12 n'a pas pour effet d'empiéter sur les délais prescrits par l'art. 44, qui vise particulièrement le dépôt et la signification des réponses—Appel accueilli—L'art. 12 s'applique pour autoriser la Cour, dans des circonstances appropriées, à proroger le délai prévu à l'art. 44 après l'expiration de celui-ci—La forme ne doit pas prévaloir sur le fond—La réponse à l'avis d'appel a été signifiée le 60^e jour, mais elle n'a été déposée que le lendemain, par suite de l'inexécution inexplicquée de ses fonctions par le messenger chargé du dépôt—Le critère ne consiste pas à savoir si tout ce qui était possible a été fait en vue d'assurer le dépôt de la réponse dans les délais, mais plutôt à savoir si ce qui a été fait était raisonnable compte tenu des circonstances—Dans le contexte de ce litige, l'addition d'un jour au délai de dépôt (mais pas à celui de la signification) de la réponse n'entraîne aucune conséquence—Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale), DORS/90-688, art. 12, 44.

M.R.N. C. CAREW (A-1240-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10-11-92, 3 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Injonctions interlocutoires—Demande d'injonction interlocutoire empêchant les défenderesses de fabriquer, d'importer, d'annoncer, de vendre ou de distribuer des marchandises contrefaisant la marque de commerce «Indian Motorcycle» des demandeurs—La marque de commerce est employée en liaison avec des sweat-shirts, des chandails de rugby, des tee-shirts, des vestes de cuir, des vestes de coton, des casquettes de base-

MARQUES DE COMMERCE—Suite

ball, des tasses, des pendules et des chaînes à clés—Le demandeur emploie la marque de commerce depuis 1986 à l'égard de ces marchandises—Les défenderesses se sont mises à distribuer des tee-shirts et d'autres vêtements portant le dessin d'Indian Motorcycle Manufacturing Company, d'Albuquerque (Nouveau-Mexique), en vertu d'un contrat de licence daté du mois de juin 1992—Demande accueillie—Les défenderesses ont admis qu'il y avait de sérieuses questions de validité et de contrefaçon à trancher—Les marchandises des demandeurs et celles des défenderesses portent les mots «Indian Motorcycle»—Certains éléments de preuve tendent à établir que la ressemblance de ces mots cause de la confusion dans l'esprit du public ou des détaillants—La preuve de préjudice irréparable doit être catégorique et non conjecturale—La contrefaçon ne constitue pas en soi un préjudice irréparable lorsque la validité de la marque de commerce est contestée—Les marchandises des défenderesses sont offertes à un prix bien inférieur à celui des demandeurs—La différence de prix traduit vraisemblablement une différence de qualité—Les défenderesses ont communiqué avec des détaillants qui vendaient déjà les marchandises des demandeurs parce qu'ils connaissent la marque et qu'il y aurait possibilité d'obtenir un rendez-vous avec ces clients—Il est incompatible pour les défenderesses de contester la validité de la marque de commerce des demandeurs parce qu'elle n'est pas distinctive, et d'avoir néanmoins conclu un contrat de licence leur permettant de fabriquer des produits portant les mêmes mots—Rien n'indique que les défenderesses aient les moyens de payer des dommages-intérêts si l'injonction interlocutoire n'est pas accordée et si les demandeurs ont gain de cause au procès—Le préjudice ne peut pas être totalement compensé par des dommages-intérêts—Dans certains cas, il peut être impossible de déterminer les dommages subis par les demandeurs par suite de la perte de ventes et d'achalandage et par suite de la moins-value de la marque de commerce—La preuve établit clairement un préjudice qui ne peut raisonnablement être quantifié ni compensé par des dommages-intérêts—Les demandeurs subiraient un préjudice irréparable si l'injonction interlocutoire n'était pas accordée—D'après la preuve, la société demanderesse se verra contrainte à cesser ses activités si l'injonction interlocutoire n'est pas accordée—Les défenderesses ont plusieurs possibilités d'exploitation de licence—Rien n'indique qu'elles seraient menacées de faillite si l'injonction interlocutoire était accordée—Le fait que les défenderesses veulent retarder l'audition de cette demande, bien que la période des achats soit imminente, montre qu'elles sont moins pressées que les demandeurs à se lancer de nouveau sur le marché—Étant donné qu'elle n'est pas convaincue de la suffisance de la garantie fournie conformément à l'ordonnance accordant l'injonction provisoire, la Cour a tenu compte de la prépondérance des inconvénients—La prépondérance des inconvénients joue en faveur des demandeurs—La marque de commerce est employée depuis 1986—Les marchandises «Indian Motorcycle» sont vendues au Canada depuis mai 1989—La marque a été enregistrée en 1991—L'entreprise de la société demanderesse consiste exclusivement dans la distribution de marchandises «Indian Motorcycle»—Le demandeur a tenté de se créer un créneau sur le marché haut de gamme en ce qui concerne les marchandises «Indian Motorcycle»—Les défenderesses ont obtenu leur licence en 1992—L'entreprise des défenderesses consiste à détenir diverses licences et à exploiter ce qui est en

MARQUES DE COMMERCE—Suite

vogue—Les défenderesses, en toute connaissance de cause, sachant que quelqu'un d'autre s'était lancé avant elles sur le marché en utilisant la marque de commerce «Indian Motorcycle», ont décidé d'aller de l'avant quelles que soient les conséquences—Le «moyen de défense Woods» soulève la question de savoir si la décision d'accorder ou de refuser l'injonction interlocutoire aurait pour effet de régler définitivement le litige puisque la partie qui succomberait n'aurait plus intérêt à continuer jusqu'au procès—D'après les faits de l'espèce, le «moyen de défense Woods» militerait en faveur de l'octroi de l'injonction interlocutoire—Si les demandeurs ont gain de cause à ce stade et si les défenderesses réussissent au procès, ces dernières auront simplement perdu une possibilité de commercialisation pendant la durée de l'injonction—Elles pourront se lancer de nouveau sur le marché après le procès—Si les défenderesses ont gain de cause en l'espèce, l'exclusivité de la marque de commerce des demandeurs est perdue—Il ne servirait à rien de continuer jusqu'au procès pour tenter de rétablir l'exclusivité une fois le marché haut de gamme et le marché bas de gamme inondés de marchandises «Indian Motorcycle»—Le maintien du statu quo existant avant le moment où les défenderesses sont entrées sur le marché, à supposer que les demandeurs aient agi sans tarder, est compatible avec le fait que la prépondérance des inconvénients penche du côté des demandeurs—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 317, 469—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 6, 7, 19, 20, 22, 52(4).

COOPER C. BARAKETT INTERNATIONAL INC. (T-1569-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 21-10-92, 44 p.)

ENREGISTREMENT

Appel de la décision par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce a rejeté l'opposition de l'appelante à l'enregistrement de la marque de commerce «Kola Loka»—Opposition fondée sur la confusion créée avec la marque de commerce «Krazy Glue» de l'appelante—Il a été conclu que les marques de commerce «Kola Loka» et «Krazy Glue», employées en liaison avec de la colle, étaient distinctives en soi—Absence de probabilité raisonnable de confusion—L'appelante soutient que la Commission a eu tort de conclure que la marque «Kola Loka» ne créait pas de confusion avec «Krazy Glue» et que la thèse des équivalents étrangers ne s'appliquait pas au Canada et en omettant de tenir compte de l'art. 6 *bis* de la Convention de Paris—En vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce, il incombe à l'appelante d'établir que le registraire a commis une erreur—Le juge qui entend l'appel doit tenir compte de tous les faits pertinents—La probabilité de confusion doit être examinée, en fait de première impression, du point de vue d'un consommateur moyen qui a un souvenir vague ou imparfait de la première marque de commerce—Il faut tenir compte de tous les éléments de preuve produits devant la Cour pour trancher la question de la confusion—«Kola Loka» ne crée pas de confusion avec «Krazy Glue», en fait de première impression, pour le consommateur moyen qui a un souvenir vague et imparfait—«Krazy Glue» est une marque de commerce distinctive, bien connue, qui a droit à une protection d'une grande portée au Canada—Les marchandises liées aux deux marques de commerce sont identiques et seraient écoulées par les mêmes débouchés commerciaux—«Krazy Glue» et «Kola Loka» ne se ressemblent

MARQUES DE COMMERCE—Fin

nullement, ni dans la présentation, ni dans le son—Une proportion minimale de la population canadienne seulement parle ou comprend l'espagnol suffisamment pour pouvoir faire la traduction de l'espagnol en anglais—Absence de preuve concernant l'emballage que l'intimée a l'intention d'utiliser au Canada—La question de l'emballage ne constitue pas une circonstance susceptible d'accroître la confusion—Le litige mexicain concernant «Krazy Glue» et «Kola Loka» ne constitue pas une circonstance de l'espèce susceptible de conduire à la confusion—La Loi sur les marques de commerce n'a pas été adoptée pour assurer l'exécution des obligations de la Convention internationale pour la protection de propriété industrielle (la Convention de Paris) dont le Canada est signataire—La Convention de Paris n'a pas été adoptée comme loi du Canada et peut être utilisée seulement comme un instrument d'interprétation lorsque la loi est ambiguë—Les dispositions pertinentes de la Loi ne sont pas ambiguës—L'art. 6 *bis* de la Convention de Paris n'aide pas à interpréter ces dispositions—La thèse américaine des équivalents étrangers n'est pas fondée sur une disposition législative, mais simplement sur un principe devant s'appliquer pour déterminer le caractère enregistrable d'une marque de commerce—Absence de fondement permettant d'incorporer cette thèse dans le droit canadien compte tenu de l'économie de la Loi en ce qui concerne la détermination de la confusion—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56.

B. JADOW AND SONS, INC. C. GRUPO CYANOMEX, S.A. DE C.V. (T-2729-89, juge McGillis, jugement en date du 27-10-92, 18 p.)

Appel du rejet par le registraire de l'opposition à l'enregistrement «Babies-R-Us» à titre de marque de commerce destinée à être employée en liaison avec des services de photographie—Le registraire a conclu que l'appelante n'avait pas établi qu'il y avait confusion étant donné que sa marque était en soi faible (qu'elle évoquait fortement des marchandises et services) et que la première partie des marques était différente—Il a appliqué le critère de la première impression, du souvenir imparfait—Appel rejeté—Le fait que les deux marques contiennent l'élément «R Us» ne permet pas de conclure que celles-ci causent de la confusion—L'effet de la marque de commerce dans son ensemble doit être pris en considération—Le registraire a appliqué le critère requis par la Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13.

TOYS «R» US (CANADA) LTD. C. BABIES-R-US INC. (T-770-91, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 19-11-92, 4 p.)

PÉNITENCIERS

Demande en vue de l'annulation de la décision de transférer le requérant de l'établissement d'Edmonton à l'unité spéciale de détention du pénitencier de Prince Albert ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* ordonnant aux intimés de le ramener à l'établissement d'Edmonton—Le requérant est un homosexuel agressif qui attaquait souvent d'autres détenus—Le 21 février 1991, il a reçu un avis de recommandation de transfèrement non sollicité, auquel il a répondu en déposant une lettre non datée de trois pages—Il a en outre reçu copie du

PÉNITENCIERS—Fin

rapport récapitulatif sur l'évolution du cas—Évaluation et recommandation, daté du 27 février 1991—Le 22 mars 1991, il a été transféré au centre psychiatrique régional, en Saskatchewan, pour fin d'évaluation—Il a été ramené à l'établissement d'Edmonton le 12 juin 1991—Le comité régional des transfèvements a examiné la documentation concernant le transfèrement et a recommandé le transfèrement à l'unité spéciale de détention—Le sous-commissaire régional intérimaire a approuvé le transfèrement le 27 juin 1991, et a expliqué que la décision avait été reportée en raison du transfèrement au centre psychiatrique régional—Le requérant prétend que les intimés n'ont pas observé la directive du commissaire, selon laquelle une décision relative à une recommandation de transfèrement non sollicité vers un établissement de sécurité plus élevée doit être rendue dans les trente jours de la date à laquelle le détenu a reçu l'avis écrit de cette recommandation, les motifs de la décision devant être donnés dans les dix jours qui suivent celle-ci—*R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.) appliqué—L'inobservation de la directive du commissaire n'entraîne pas la perte de compétence du preneur de décision—L'inobservation du délai de 30 jours ne constitue pas une violation de l'obligation d'agir équitablement—Les directives du commissaire n'ont pas force de loi et ne confèrent aucun droit à un détenu—Le personnel des services correctionnels n'a envers les détenus aucune obligation de respecter les directives—Il s'agit simplement de règles visant la procédure interne destinées à faciliter la gestion du système pénitentiaire—La Cour a compétence pour annuler la décision si l'inobservation de la directive du commissaire donne lieu à une iniquité ou à un déni de justice—En l'espèce, l'observation stricte du délai n'aurait rien changé d'important—La dérogation n'est que de nature formelle et n'entraîne aucune violation de l'obligation d'agir équitablement—Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), ch. P-5, art. 15(3), 37—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

LEPRETTE C. CANADA (DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT D'EDMONTON) (T-3041-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 10-11-92, 9 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Demande d'injonction interlocutoire—La requérante cherche à obtenir la nomination d'un administrateur-séquestre auquel la Couronne remettrait aussitôt toutes les sommes qu'elle détient au crédit de la bande ainsi que tous les revenus pétroliers futurs à payer à la Couronne en fiducie pour la bande—En 1946, certains terrains de réserve d'où sont tirés les revenus pétroliers en cause ont été cédés à la Couronne; les réserves, les ressources naturelles et les redevances devaient être détenues par la Couronne en fiducie à l'usage et au profit de la bande—La Couronne a une obligation de fiduciaire envers la bande—Les redevances sont détenues dans le Trésor et gérées par la Couronne au profit de la bande—La bande allègue que les fonds en question n'ont pas été gérés convenablement (qu'ils ont été transférés pour le propre usage de la Couronne), que leur conservation exige qu'ils soient soustraits au contrôle de la Couronne, qu'il y a eu violation de l'obligation de fiduciaire, et que les dispositions pertinentes sont

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

inconstitutionnelles—Les parties ne s'entendent pas sur la façon dont les fonds sont qualifiés en vertu des diverses lois et sur la teneur de l'obligation fiduciaire—Demande rejetée—Le critère de la prépondérance des inconvénients n'est pas satisfait—Les «pertes intangibles» alléguées par les requérantes existent depuis de nombreuses années—Il est possible que la requérante puisse continuer à subir un désavantage jusqu'au procès, mais ce délai supplémentaire ne crée pas un préjudice irréparable qui ne peut pas être évalué avec précision sur le plan pécuniaire—L'ordonnance ne vise pas au maintien du statu quo—La réparation sollicitée entraînerait des changements radicaux—La condition nécessaire selon laquelle l'ordonnance de *mandamus* doit être fondée sur une obligation de nature publique exprimée de façon claire et non équivoque dans la loi applicable n'est pas remplie—L'ordonnance trancherait définitivement l'action—Cela équivaudrait à accorder un jugement sommaire, l'intimée étant privée d'une occasion appropriée de plaider sa cause—L'intérêt public empêche la délivrance d'une ordonnance à ce stade—Il est possible qu'il y ait de profondes ramifications pour de tierces personnes étant donné que la décision pourrait toucher quiconque a des fonds déposés au Trésor—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod., idem, art. 4), 44—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 319 (mod. par DORS/88-221, art. 4), 469, 470—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2, 61, 62, 64 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 10), 69—Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. (1985), ch. I-7, art. 4—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 2, 17.

BANDE ET NATION INDIENNES DE SAMSON C. CANADA (T-2022-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 16-10-92, 12 p.)

POSTES

Demande d'ordonnance de prohibition ou d'injonction empêchant l'intimée de procéder à un plan de conversion du service postal fourni à la ville de Stoney Creek—Les demandeurs sont fiers du patrimoine historique de Winona, de Vinemount et de Fruitland—Ils craignent la suppression des localités en tant qu'entités par suite des changements envisagés par Postes Canada—Les noms en question n'ont aucun statut légal, et ne sont reconnus dans aucune loi municipale de l'Ontario—Les requérants allèguent l'existence d'un droit d'usage coutumier—Les conventions ou les usages ne sont pas exécutoires en vertu d'une loi dans un contexte constitutionnel—Le désir de maintenir des noms «non officiels» n'est fondé sur aucune règle de droit permettant d'invoquer des droits contre d'autres parties—Les requérants n'ont pas établi qu'il existait une question sérieuse à trancher—La prépondérance des inconvénients favorise l'intimée—Demande rejetée.

CONCERNED CITIZENS OF VINEMOUNT, FRUITLAND AND WINONA C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-2229-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 27-11-92, 10 p.)

PRATIQUE

Procédure vexatoire—Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance rejetant les demandes présentées par la demanderesse dans deux dossiers ainsi que d'une ordonnance en application de l'art. 40 de la Loi sur la Cour fédérale, laquelle interdirait à la demanderesse d'engager d'autres procédures devant la Cour fédérale du Canada, à moins que celle-ci ne l'y autorise—Les demandes présentées par la demanderesse dans les deux dossiers ont été rejetées car elles ne révélaient aucune cause raisonnable d'action—La demanderesse a intenté diverses actions devant la Cour depuis 1984—Elle a omis de comparaître devant la Cour à plusieurs reprises et a manqué de respect envers celle-ci en quittant la salle d'audience—La demanderesse a persisté à engager des procédures vexatoires ou a agi de façon vexatoire—Le libellé de l'art. 40 de la Loi sur la Cour fédérale est semblable à celui de l'art. 150(1) de la Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires de l'Ontario—Dans les arrêts de l'Ontario, il a été jugé qu'il y avait procédure vexatoire dans les cas où il n'y avait pas de cause raisonnable d'action, où le point litigieux avait déjà été tranché en justice et où un appel déjà rejeté était poursuivi—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 40 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 11)—Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 150(1).

VOJIC C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-663-92, T-1300-92, juge McGillis, ordonnance en date du 2-10-92, 9 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance portant que toutes les requêtes présentées à l'avenir en l'espèce seront entendues à Ottawa—La question du lieu de l'audition d'une requête doit être réglée compte tenu de la prépondérance des inconvénients—Il ne convient pas de prescrire à l'avance et immuablement le lieu d'audition des requêtes—Requête rejetée—La commodité pour les demanderesse et l'intérêt public, qui exige l'administration efficace de la justice, sont les facteurs dont il faut tenir compte—En l'espèce, l'intérêt de la justice exige qu'on ait recours à des avocats expérimentés à Toronto—Les coûts et inconvénients découlant de l'envoi à Ottawa d'avocats connaissant l'affaire sont tels qu'il est fort préférable d'entendre l'affaire à Toronto.

OLYMPIA INTERIORS LTD. C. CANADA (T-1436-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 6-11-92, 6 p.)

Appel d'un jugement de la Section de première instance (T-1211-90, juge Roulcau, jugement en date du 19-12-90) qui a accueilli la requête de l'intimé fondée sur la Règle 324—Celle-ci n'est pas le véhicule approprié pour obtenir un jugement sur le fond dans une affaire contestée—Le juge ne pouvait disposer de la requête sans s'assurer que chacune des parties avait eu la possibilité de présenter ses observations écrites relativement à ladite requête—Cette omission a eu pour effet de condamner une partie sans même lui accorder l'occasion de se faire entendre—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

ST-ONGE C. CANADA (A-13-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 12-11-92, 2 p.)

PRATIQUE—Suite

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Requête en vue de l'annulation de l'ordonnance enjoignant à la défenderesse de répondre à certaines questions dans le cadre de l'interrogatoire préalable—Action en contrefaçon de brevet—L'invention brevetée est un appareil d'exercices convertible conçu pour permettre de ramer et de faire d'autres exercices—Le brevet avait été jugé valide dans une action antérieure contre Tye-Sil Corp. Ltd. (*Diversified Products Corp. et autres c. Tye-Sil Corp. Ltd.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1^{re} inst.)) où la défenderesse avait invoqué une connaissance et un usage antérieurs de l'appareil à ramer-exerciseur Beacon 3002—Le juge de première instance a conclu que l'invention n'était pas identique au Beacon 3002—La défenderesse en l'espèce allègue également l'invalidité fondée sur la connaissance et l'usage antérieurs du Beacon 3002—Les questions litigieuses se rapportent à la question de savoir si les défenderesses s'appuient sur la même pièce d'équipement que celle qui a été utilisée dans *Tye-Sil*—Le juge Teitelbaum a déjà décidé qu'une autre question concernant la présentation par Weslo d'une preuve matérielle visant à aider Tye-Sil dans un litige antérieur n'avait pas à recevoir de réponse pour le motif qu'elle n'était pas pertinente—Les demanderesses soutiennent que si la même preuve matérielle est utilisée dans les deux affaires, les conclusions de fait peuvent avoir une valeur probante—Appel accueilli—Le juge de première instance doit déterminer la valeur probante des conclusions de fait, selon la nature de la preuve et le mode de présentation dans la seconde affaire—Les questions relatives à des points factuels de la preuve dans *Tye-Sil* ne sont pas pertinentes en l'espèce—Les faits constatés dans *Tye-Sil* n'ont d'importance qu'à l'égard des parties et des demandes entre celles-ci dans cette affaire-là.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. c. WESLO DESIGN INTERNATIONAL INC. (T-1153-85, juge MacKay, ordonnance en date du 2-11-92, 8 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Le requérant était associé du cabinet d'avocats représentant une société connue sous le nom de Geddes Contracting Co. Ltd. relativement à l'acquisition d'une société faisant affaire sous la raison sociale Grand Bell Property Ltd.—On lui a personnellement signifié un document intitulé «Demande de production de documents» en vertu de l'art. 231.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le requérant a revendiqué le privilège des communications entre client et avocat—Question de savoir si les rapports de vérification environnementale, les rapports d'évaluation et les états financiers que l'avocat obtient pour donner des conseils juridiques sont protégés—Toutes les communications entre un client et son avocat dans lesquelles une opinion juridique est donnée sont visées par le privilège des communications entre client et avocat: *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] R.C.É. 27— Les documents, à l'exception des documents comptables, préparés par des tiers pour un avocat et au nom de celui-ci, ne sont visés par le privilège que s'ils ont été préparés aux fins ou en prévision d'un litige—Les documents comptables sont visés par le privi-

PRATIQUE—Suite

lège des communications entre client et avocat si le comptable agit en tant que représentant d'un client en vue d'obtenir un conseil juridique—Ce principe s'applique lorsqu'un avocat, dont l'avis a été demandé par un client, exige des renseignements d'un comptable pour préparer une opinion juridique—Le rapport de vérification environnementale et le rapport d'évaluation de terres agricoles inoccupées ne sont pas protégés—Le fait que certains renseignements figurant dans l'opinion juridique donnée par le requérant proviennent du rapport de vérification environnementale ne suffit pas en soi pour que ce document soit assujéti au privilège des communications entre client et avocat—Les états financiers sont protégés pour la même raison à titre de rapport du comptable—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.2 (édifié par S.C. 1986, ch. 6, art. 121).

GREGORY C. M.R.N. (T-1423-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 21-9-92, 19 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Cautionnement pour dépens—Étant donné que la première ordonnance de cautionnement rendue avec le consentement de la demanderesse ne prévoyait pas la possibilité d'un rajustement futur si les circonstances changeaient, il n'est pas juste pour la Cour d'ordonner maintenant un cautionnement supplémentaire—En consentant à l'ordonnance, la demanderesse était en droit de s'attendre à ce que ses obligations à cet égard se limitent à cette somme.

PROSPEC INTERNATIONAL LTD. c. CUSTOM GLASS LTD. (T-360-87, juge Strayer, ordonnance en date du 18-11-92, 1 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance adjugeant les dépens au demandeur en vertu de la Règle 344—En l'espèce, il convient d'accorder une somme forfaitaire à l'égard des dépens—Le demandeur a offert de régler la demande à deux reprises—Le montant des deux offres était inférieur à celui qui a été accordé au procès—La somme forfaitaire accordée pour les dépens est fondée sur l'augmentation des dépens entre parties et notamment des sommes versées à des experts—Il convient d'accorder une somme forfaitaire qui est trois fois plus élevée que celle prévue au tarif (23 925 \$), plus les débours, y compris les sommes payées à des experts (10 262,50 \$).

JESIONOWSKI C. WA-YAS (LE) (T-1536-89, juge Reed, ordonnance en date du 19-11-92, 3 p.)

Appel de l'«ordonnance du type Bullock» rendue en première instance et enjoignant aux appelants, à titre de défendeurs n'ayant pas eu gain de cause, de payer les frais du procès engagés par les défendeurs qui ont eu gain de cause—Le juge des requêtes n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle—Appel rejeté.

CANADA C. JERVIS CROWN (LE) (A-389-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-11-92, 2 p.)

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. JERVIS CROWN (LE) (A-387-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-11-92, 2 p.)

PRATIQUE—Suite

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Suspension d'exécution

Demande de suspension de l'exécution de l'ordonnance enjoignant à la défenderesse de fournir certains détails plus amples et plus précis en attendant l'audition de l'appel de ladite ordonnance—Action en contrefaçon du brevet concernant l'invention appelée «Tablet Formulation»—La Règle 1909 des Règles de la Cour fédérale permet à la Cour, à sa discrétion, et pour tout motif, si c'est dans l'intérêt de la justice, de suspendre l'instance dans toute cause ou affaire—Demande rejetée—Les pouvoirs discrétionnaires d'accorder une suspension d'instance et de prononcer une injonction interlocutoire sont exercés d'une manière similaire: *Honeywell Inc. c. Litton Systems Canada Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 227 (C.F. 1^{re} inst.)—Le requérant doit démontrer qu'il a une cause défendable, qu'il subira un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients penche de son côté—*Apotex, Inc. c. Hoffman-La Roche Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 117 (C.F. 1^{re} inst.): la suspension ne devrait être accordée que dans les cas très clairs—Le requérant ne subira aucun préjudice irréparable si la suspension n'est pas accordée et la prépondérance des inconvénients ne penche pas de son côté—En l'absence de preuve sur la question de l'argent, le fait qu'il faudrait consacrer beaucoup d'efforts ou d'argent n'entraîne pas un préjudice irréparable—Si l'appel est accueilli, les détails fournis pourraient simplement être mis de côté—Le fait que l'appel ne doit être entendu que dans trois ou quatre mois est non pertinent—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1909.

WELLCOME FOUNDATION LTD. C. NOVOPHARM LTD.
(T-2998-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 8-10-92, 7 p.)

PLAIDOIRIES

Requête visant la tenue d'audiences séparées en vue de trancher la question de la responsabilité délictuelle—Analyser cette question en même temps que celle des dommages-intérêts occasionnerait une dépense énorme aux demandresses—En séparant les deux questions, la Cour réduit énormément les interrogatoires au préalable—Requête accueillie.

FRIGAULT, SUCCESSION C. CANADA (T-1011-89, juge Rouleau, ordonnance en date du 10-11-92, 2 p.)

Modifications

Demande de modification de la déclaration—Le demandeur allègue que son troupeau a été détruit par les vols à faible altitude des avions à réaction de la base de la Défense nationale à Cold Lake—Les modifications proposées changeraient la nature fondamentale de l'action en ajoutant deux défendeurs et la possibilité que les dommages aient été causés par des appareils appartenant à des forces étrangères—Il s'agirait d'une poursuite différente, d'un grief différent, d'un type différent de plainte contre des parties différentes—Les nouvelles réclamations sont frappées de prescription—On ne peut permettre une

PRATIQUE—Suite

modification afin d'éviter la période de restriction intermédiaire—Demande rejetée, sauf si l'on consent à changer la date d'un événement, au mois de mai 1988.

YADLOWSKI C. CANADA (T-649-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 13-11-92, 5 p.)

Requête remettant en question la suffisance de la défense modifiée de nouveau à deux reprises—L'avocat invoque les dispositions de la Règle 411 et les conditions de l'ordonnance du 2 juin 1992—L'ordonnance du 2 juin prorogeait le délai prévu à la Règle 402(2)a) et n'influaient pas sur les dispositions de la Règle 402(2)b)—Absence de délai en vue du dépôt de la défense modifiée de nouveau à deux reprises—L'acte de procédure subséquent diffère à trois égards de l'ancien: il contient deux ajouts et une modification—Les deux ajouts ne s'excluent pas l'un l'autre—La Règle 411 n'entend pas interdire d'élargir ou de clarifier une défense en la modifiant—Un acte de procédure modifié n'est pas, en théorie, incompatible avec un acte de procédure antérieur parce que ce dernier a été subsumé sous l'acte de procédure modifié pour en faire partie—Des détails doivent être fournis au sujet des paragraphes 6 et 10—La défense modifiée de nouveau à deux reprises est radiée avec autorisation de la modifier—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 402, 411.

SAMSONITE CANADA INC. C. COSTCO WHOLESALE CORP.
(T-500-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 10-11-92, 5 p.)

Requête en radiation

Question de savoir si le protonotaire adjoint a dépassé les limites de l'enquête prévue par la Règle 419—La Cour a le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la plaidoirie dans son ensemble et, en l'absence d'un préjudice causé à une partie, de rendre, à l'égard de la plaidoirie, l'ordonnance qui permettra de faire avancer la cause et d'éviter une multitude de procédures se rapportant au même objet—Le protonotaire adjoint devrait tenir compte des Règles 408 et 415 en appliquant la Règle 419—La défenderesse n'a pas signifié l'avis d'appel en dehors du délai—Le délai d'appel commence à courir à la date du dépôt et non à la date de l'ordonnance—L'avis d'appel constitue un avis approprié au moment de la délivrance de l'ordonnance officielle seulement—La requête présentée oralement en vue de la prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel est accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 408, 415, 419.

SAMSONITE CANADA INC. C. BENTLEY LEATHER INC.
(T-789-92, juge Joyal, ordonnance en date du 2-12-92, 2 p.)

Fondée sur l'absence de qualité pour agir ou sur l'inexistence d'une cause raisonnable d'action—Le demandeur allègue qu'un fonctionnaire du ministère du Revenu national a illicitement exercé ses pouvoirs, ce qui a donné lieu à la perception de sommes excédentaires entre les mains des acheteurs de biens—La déclaration ne révèle aucune cause d'action contre Sa Majesté la Reine—Les sommes qui auraient été perçues entre les mains des acheteurs de biens sont détenues par les compagnies qui les ont perçues—La Cour n'est pas autorisée à ordonner que des mesures disciplinaires soient prises contre de

PRATIQUE—Suite

hauts fonctionnaires du Ministère ou qu'il soit procédé à des enquêtes et vérifications indépendantes—Le demandeur n'a pas qualité pour intenter l'action—Demande accueillie.

WEITEN C. CANADA (T-1695-92, juge McGillis, ordonnance en date du 12-11-92, 4 p.)

PREUVE

Demande visant à faire verser au dossier un affidavit destiné à mettre à jour les renseignements concernant les gestionnaires et les gestionnaires adjoints des services agricoles—La demande fondée sur l'art. 28 vise à faire annuler l'accréditation du syndicat intimé à titre d'agent négociateur des employés à plein temps d'Alberta Wheat Pool, à l'exclusion notamment des directeurs de districts et de ceux de rang supérieur—La requérante conteste la compétence constitutionnelle du Conseil à l'égard des employés qui vendent des approvisionnements et services agricoles, et notamment les employés travaillant dans les centres agricoles et dans les centres d'approvisionnement agricole, de même que les gestionnaires et gestionnaires adjoints des services agricoles—Le dossier et les motifs du Conseil indiquent que l'ordonnance du Conseil incluait les gestionnaires et gestionnaires adjoints des services agricoles, même si les motifs demeurent silencieux sur la question—Question de savoir si des motifs spéciaux justifient de verser au dossier l'affidavit—Demande rejetée—Le but de la Règle 1102 n'est pas de permettre à une partie de présenter de nouveau sa cause—*Mercer et al. c. Sijan et al.* (1976), 14 O.R. (2d) 12 (C.A.), dans lequel il a été jugé qu'un pouvoir discrétionnaire de cette nature ne devrait être exercé que dans le cas où la preuve ne pourrait être obtenue, en usant d'une diligence raisonnable, avant la fin du procès, et que cette preuve est tout à fait crédible et presque concluante à l'égard d'une question soulevée dans l'action, est appliqué—Les exigences de *Mercer* ne sont pas satisfaites—Le Conseil disposait d'une preuve abondante sur la question de la compétence constitutionnelle—Le Conseil a examiné la question dans son ordonnance, même si les motifs de sa décision n'ont pas été donnés—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1102(1).

ALBERTA WHEAT POOL C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL) (A-1271-91, juge Heald, J.C.A., ordonnance en date du 9-11-92, 6 p.)

REJET DES PROCÉDURES*Défaut de poursuivre*

Le nom de M. Giagnocavo avait déjà été radié de la demande et M^{me} Giagnocavo s'était vu accorder un délai lui permettant de déposer une demande modifiée—L'avis d'appel de l'ordonnance a été déposé—Appel ajourné à quelques reprises—Pendant ce temps, l'affaire s'est poursuivie comme si aucun avis d'appel n'avait été déposé—Demande modifiée déposée sous réserve et défense déposée—Requête en vue du rejet pour défaut de poursuite ajournée—On ne saurait poursuivre l'affaire pendant que l'appel est en instance—L'appel devrait reprendre ou être rejeté par le juge pour défaut de poursuite—La requête reconventionnelle visant au rejet de la requête, déposée par M. Giagnocavo et exposant les arguments de la demanderesse dans l'action principale, est radiée pour le

PRATIQUE—Fin

motif qu'elle n'a pas été déposée par la demanderesse—Une preuve par affidavit et la présentation d'observations constituent la réponse appropriée à la requête—Requête reconventionnelle inutile.

GIAGNOCAVO C. CANADA (T-2475-88, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 11-11-92, 2 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Demande de contrôle de décisions prises par le Commissaire à l'information en vertu de l'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—L'intimé sollicite une ordonnance radiant une partie de la requête visant au contrôle de la décision prise par le Commissaire en vertu des art. 7 et 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Les art. 7 et 8 interdisent la communication de renseignements concernant un particulier sans le consentement de celui-ci à moins que ces renseignements ne soient utilisés pour des usages qui sont compatibles avec les fins auxquelles ils ont été recueillis—Plainte portant sur la communication irrégulière de renseignements personnels au sujet de Gauthier par une direction d'un ministère à une autre direction du même ministère—L'intimé soutient qu'étant donné l'absence de refus de donner accès à des renseignements personnels, la Cour n'a pas compétence pour réviser la question de la communication irrégulière—Requête de l'intimé accueillie—*X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (C.F. 1^{re} inst.) appliqué—Le fait que la Loi sur la protection des renseignements personnels accorde des pouvoirs de révision limités aux tribunaux a été critiqué par C. H. H. McNairn et C. D. Woodbury dans *Government Information: Access and Privacy*, (Don Mills, Ont.: DeBoo, 1989)—La Loi empêche expressément les plaignants d'intenter une action ordinaire en dommages-intérêts fondée sur une faute—Les art. 67(1) et 74 prévoient expressément une immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis de bonne foi—Le comité permanent de la Chambre des communes qui a examiné tant la Loi sur l'accès à l'information que la Loi sur la protection des renseignements personnels a exprimé son inquiétude au sujet de l'absence de recours susceptibles d'être exercés par ceux qui prétendent que des renseignements personnels ont été communiqués irrégulièrement—Il a recommandé la création et la clarification des recours dont peuvent se prévaloir des personnes qui prétendent que les Lois n'ont pas été respectées: Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels, Rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur l'examen de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection des renseignements personnels, Imprimeur de la Reine, 1987—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), art. 7, 8, 41, 67, 74.

GAUTHIER C. CANADA (MINISTRE DE LA CONSOMMATION ET DES AFFAIRES COMMERCIALES) (T-468-92, juge Reed, ordonnance en date du 16-11-92, 5 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande présentée, en vertu de l'art. 18.1, en vue du contrôle judiciaire de la décision rendue par l'arbitre désigné en vertu du Code canadien du travail accueillant une plainte de congédiement injuste—L'intimé s'était absenté de son travail sans autorisation pendant une heure et demie pour amener ses enfants chez le dentiste parce que sa femme était soudainement tombée malade—La requérante soutient que l'arbitre s'est posé la mauvaise question en vertu de l'art. 242(3)a) du Code—La théorie de l'incident culminant adoptée par l'arbitre est reconnue en droit canadien du travail—Affaire d'absentéisme de bonne foi—L'arbitre n'a commis aucune erreur de compétence

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

—La théorie de l'incident culminant ne supprime pas la décision portant sur le caractère juste ou injuste du congédiement; elle est plutôt un instrument d'analyse permettant de parvenir à la décision prescrite par la Loi—L'arbitre a tenu compte de toutes les circonstances—Les conclusions de l'arbitre ne sont pas manifestement déraisonnables, excessives ou injustifiables à première vue—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242(3)a), 243.

ALBERTA WHEAT POOL C. JACULA (T-958-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 16-11-92, 9 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9